OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XXXVI 2003

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto
Pekka Vihervuori, puheenjohtaja
Antti Jokela
Matti Ilmari Niemi
Pekka Timonen

Toimittaja
Mika Hemmo

Tilausosoite
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 603 567, f. (09) 604 668
sly@lakimies.org
www.lakimies.org

© 2003 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys
ISSN 0355-8215
ISBN 951-855-213-4
ISBN 978-951-855-735-0 (verkkokirja)
Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2003

Sisällys

Janne Aer:	Oikeusturva ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti hallintolainkäytössä	5
Suvianna Hakalehto-Wainio:	Korvausvastuu koulukiusauksella aiheutetusta vahingosta	63
Henrikki Harsu:	Kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistaminen	135
Timo Kaisanlahti:	Extended liability and externalisation of risk at stock market	259
Kaisa Korpijaakko-Labba:	Valtionmaat Suomen kiinteistöjärjestelmässä – erityisesti silmällä pitäen saamelaisten maaoikeusasiaa	295
Salla Lötjönen:	Regulation of Clinical Medical Research on the Decisionally Impaired Adults in Europe	351
Panu Minkkinen:	Lainoppi ja metafysiikan vastustus: B. C. Carlsonin ”konstruktiivisesta oikeustieteestä”	421
Tiina Satti:	Ihmiseen kohdistuvat lääketutkimukset ja eettiset toimikunnat niiden valvojina	467

Janne Aer

OIKEUSTURVA JA OIKEUDENMUKAINEN OIKEUDENKÄYNTI HALLINTOLAINKÄYTÖSSÄ

Sisällys

1. KYSYMYKSENASETTELU 9

2. OIKEUSVALTIOPERIAATE 12

3. RIGHT TO A FAIR TRIAL 18

4. OIKEUSTURVA PERUSOIKEUTENA 21

5. OIKEUS TUOMIOISTUINKÄSITTELYYN 24

6. FAIR HEARING -VAATIMUS HALLINTOLAIN-KÄYTÖSSÄ 32

7. SUULLINEN KÄSITTELY 39

8. PERUSTELUVELVOLLISUUS 45

9. HALLINTOLAINKÄYTÖN JULKISUUS 49

10. IHMISOIKEUDET HALLINTOLAINKÄYTÖN HAASTEENA 57

LÄHTEET 59

THE PROTECTION UNDER THE LAW AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN THE ADMINISTRATIVE APPEAL PROCEEDINGS 62

Oikeusturva ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti hallintolainkäytössä

1. KYSYMYKSENASETTELU

Suomalainen lainkäyttö on muuttunut viimeisen vuosikymmenen aikana. Uudenlaisissa kansallisissa ja kansainvälisissä olosuhteissa erityisesti hallintolainkäytön yhteiskunnallinen merkitys on kasvanut. Tänä päivänä hallintotuomioistuimissa ratkaistaan aivan toisessa määrin asioita, joilla on sekä kansainvälistä että perustuslaillista merkitystä. Vielä 1980-luvulle asti hallintolainkäytön asiaprofiili muodostui verovalitustulvasta, ja hallintotuomioistuinten nykyisestä monipuolisesta asiarakenteesta voitiin tuolloin voitiin vain haaveilla. Yleisen tason muutos on tapahtunut hallinnon ja tuomioistuinlaitoksen suhteissa. Hallintolainkäyttö on pääosin keskitetty riippumattomille tuomioistuimille. EY-oikeus ja ihmisoikeussopimukset painottavat nimenomaan tuomioistuinten tehtävää oikeusturvan takaajina.

Hallintolainkäytön yhteiskunnallinen merkitys tuli varsin huomiota herättävällä tavalla julkisuuteen vuoden 2002 aikana, kun EY-tuomioistuin totesi KHO:n ennakkoratkaisupyynnön perusteella antamassaan tuomiossa, että Suomen autoverolainsäädäntö on eräiltä osin EY-oikeuden vastainen. Tämä ratkaisu merkitsi, että Suomen autoverolainsäädäntö oli noilta osin uudistettava.[1] Laajempaa merkitystä oli myös KHO:n päätöksellä Vuotos-hankkeen lupaasiassa. Päätöksen mukaan Vuotoksen tekoaltaan ja voimalaitoksen rakentaminen ja vesistön säännöstely oli vastoin vesilakia eikä lupaa hankkeeseen voitu myöntää (KHO 2002:86). Hallintolainkäytön yhteiskunnallisen näkyvyyden korostuminen antaa uutta suuntaa myös keskustelulle tuomioistuinten vallasta ja yhteiskunnallisesta vastuusta, tuomarivaltiosta.

Hallintolainkäytön uudenlaisen roolin vaikutukset ulottuvat myös menettelyyn hallintotuomioistuimissa. Hallintolainkäytössä edellytetään noudatettavan

[1] Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio asiassa C-101/00, *Siilin*,19.9.2002. Sen perusteella KHO antoi päätöksen 2002:85. Autoverolaki muutettiin 15.5.2003 voimaantulleella lailla 266/03 (ks. HE 271/2002).

oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia. Ratkaisujen yhteiskunnallisen vaikuttavuuden ja merkityksen kasvaessa on tärkeää, että hallintolainkäytön menettely kykenee takaamaan asioiden oikeudenmukaisen ja luotettavan käsittelyn, jotta ratkaisut voidaan tehdä aineellisesti oikeina ja lakia oikein soveltaen. Kun perinteisesti hallintolainkäyttö on tapahtunut joustavin muodoin osaksi hallinnon sisäisenä menettelynä, niin hallintolainkäytön edellytetään tänä päivänä tapahtuvan pääosin tuomioistuimissa oikeudenkäyntimenettelyssä. Tämä arvopohjan muutos on välittynyt ennen kaikkea Euroopan ihmisoikeussopimuksen kautta ja se ilmenee myös oikeusturvaa koskevassa perusoikeussäännöksessä. Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin sisältyy Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen eli *Ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen* (myöh. EIS) 6 artiklaan ja *Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen* (myöh. KP-sopimus) 14 artiklaan. Myös EY-oikeus asettaa omat tasovaatimuksensa oikeussuojalle. Oikeutta tehokkaisiin oikeussuojakeinoihin ja puolueettomaan tuomioistuimeen koskee *Euroopan Unionin Perusoikeuskirjan* 47 artikla, joskaan kyseisellä perusoikeuskirjalla ei ole oikeudellista sitovuutta.

Oikeusturva on vahvistettu perusoikeutena Suomen Perustuslain (myöh. PerL) 21 §:ssä. PerL:ssa on vahvistettu ne oikeudelliset arvot, joille yhteiskunnan kehitys rakentuu, kuten todetaan PerL koskevassa hallituksen esityksessä. Perustuslain sisällöinen lähtökohta on vaatimus, että julkisen vallan ja yksilön välistä suhdetta koskevat valtiolliset perusratkaisut ilmenevät kattavasti perustuslaista ja kaikki julkisen vallan käyttö on voitava viime kädessä johtaa perustuslaista, vaikka siinä ei voidakaan säännellä julkisen vallan käytön järjestämistä koko laajuudessaan. (HE 1/1998 vp s. 6) Perusoikeus- ja ihmisoikeussäännöksiä on tarkasteltava osana valtiosäännön kokonaisuutta. Hallintotuomioistuinten rooli oikeusturvan ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteuttajina ei ole erillään muista valtioelimistä ja niiden tehtävistä.

Tämän esityksen kohteena on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen sisältö hallintolainkäytössä. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijöistä tarkastellaan lähemmin seuraavia: (1) oikeus saada asia käsiteltäväksi riippumattomassa ja puolueettomassa lainkäyttöelimessä, (2) ”Fair hearing” -vaatimus menettelyperiaatteena, (3) kuuleminen ja suullinen käsittely, (4) perusteluvelvollisuus, (5) menettelyn ja päätöksen julkisuus. Esityksen ulkopuolelle jäävät kysymykset asian käsittelystä kohtuullisessa ajassa, oikeudenkäyntikuluista ja oikeusavun turvaamisesta, joilla sinänsä on merkitystä myös hallintolainkäytössä. Oikeusavusta on annettu uusi 1.6.2002 voimaan tullut oikeusapulaki (257/2002), jolla laajennettiin oikeusavun saatavuutta. Esityksessä ei myöskään tarkastella tuomarien esteellisyyttä. OK 13 luvun esteellisyyssään-

nökset on sittemmin uudistettu lailla 441/2000, joka tuli voimaan 1.9.2001.[2]

Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta tarkastellaan hallintolainkäytön oman toimintalogiikan näkökulmasta. Keskeistä on sen täsmentäminen, millainen merkitys tällä vaatimuksella on hallintolainkäytön käytännön toimintatavoille. Aikaisemmassa tutkimuksessa käytännön hallintolainkäytön kannalta merkityksellisiä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin useimpia osatekijöitä on tarkasteltu varsin suppeasti eikä tutkimus ole muutoinkaan painotuksiltaan pragmaattista. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksia hallintolainkäytössä tarkastelevassa *Leena Halilan* tutkimuksessa[3] painotus on kansallisen hallintolainkäyttöjärjestelmän ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten yleisen tason tarkastelussa ja tutkimus keskittyy kansallisen oikeusturva-ajattelun ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten oikeusideologisen taustan ja historian selvittelyyn.

Abstraktilla tasolla oikeusturvaa ja oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä edellyttävät perus- ja ihmisoikeussäännökset saavat sisältöä hallintolainkäyttölaissa (586/96), myöhemmin HLL.[4] Esityksessä tarkastellaan muutoksenhakua viranomaisen päätökseen, minkä vuoksi sen ulkopuolelle jää HLL 69 §:ssä säädetty hallintoriitamenettely. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista tarkastellaan ensisijaisesti HLL:n kannalta, vaikka esitysteknisesti lähdetään hierarkisesti ylemmistä ja yleisluonteisista säännöksistä ja edetään sitten erityissäännöksiin. Tämä esitystapa ei kuitenkaan tarkoita, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takaamisessa PerL ja EIS olisivat ensisijaisia oikeuslähteitä. Lainsoveltamisen logiikka on juuri päinvastainen, ja lähtökohtana on yleensä kyseistä menettelyä koskeva erityisnormi, kuten HLL. Kysymystä oikeusturvasta ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksesta tarkastellaan oikeusjärjestyksen sisäisestä näkökulmasta eikä esityksessä pyritä kriittisesti arvioimaan sitä, millä tavoin oikeusturva toteutuu hallintolainkäytössä. Hallinto-

---

[2] Merkittävä osa EIS:n 6 artiklan soveltamista koskevista korkeimpien oikeuksien ratkaisuista koskee nimenomaan esteellisyyttä (KKO:n tuomiot 1995:185, 1996:80, 1996:124, 1997:102, 1997:192, 1997:194, 1998:3, 1998:100, 2000:13, 2000:21, 2000:49, 2001:69 sekä KHO:n päätökset 1999:49, 2002:64. KHO:n päätös 2002:91 koskee uudistettuja esteellisyyssäännöksiä.) Uusissa säännöksissä on pyritty ottamaan huomioon EIT:n käytäntö. Onkin todennäköistä, että uudet säännökset kattavat erilaiset esteellisyystilanteet niin hyvin, ettei tuomioistuimilla jatkossa ole tarvetta ratkaista esteellisyyskysymyksiä suoraan EIS 6 artiklan perusteella. EIT:n oikeuskäytännöllä on silti edelleen merkitystä sen arvioinnissa, millaisissa tilanteissa tuomaria voidaan pitää esteellisenä. EIT:n tuomioista ks. *Piersack* 1.10.1982*, Campell & Fell* 28.6.1984*, Hauschildt* 24.5.1989, *Thorgeir Thorgeirson* 25.6.1992, *Fey* 24.2.1993, *Saraiva de Carvalho* 22.4.1994.

[3] *Leena Halila*: Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Vammala 2000.

[4] Kuntalain (365/95) mukaisessa järjestyksessä tehtävän valituksen käsittelyssä sovelletaan HLL:a sikäli kuin kuntalaissa ei ole toisin säädetty (Kuntalaki 100 §). Samoin on säädetty Kirkkolain 24:8 :ssä.

lainkäytön rakenteita olen tarkastellut laajemmassa yhteiskunnallisessa perspektiivissä tutkimuksessani ”Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa” ja viittaan tässä yhteydessä yleisesti tuossa teoksessa esittämiini näkökohtiin.[5]

2. OIKEUSVALTIOPERIAATE

Euroopan Unionista 7.2.1992 tehdyn sopimuksen 6 artiklan mukaan unioni perustuu jäsenvaltioille yhteisiin vapauden, kansanvallan, ihmisoikeuksien ja perusvapauksien kunnioittamisen sekä oikeusvaltion periaatteisiin. Unioni pitää arvossa yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina perusoikeuksia sellaisina kuin ne taataan EIS:ssa ja sellaisina kuin ne ilmenevät jäsenvaltioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä. EIS:n johdannossa lausutaan, että sopimukseen sitoutuneilla valtioilla on ”yhteinen poliittisten perinteiden, ihanteiden, vapauden ja oikeusjärjestelmän perintö” (*a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law*). Ei ole kuitenkaan syytä vetää yhtäläisyysmerkkejä EIS:n johdannon ja Unioni sopimuksen 6 artiklan 1 kohdan välille. EIS:n englannin kielisessä sopimustekstissä johdannossa käytetään ilmausta *”the rule of law”* ja ranskankielisessä ”*prééminence de droit*”. Terminologia viittaa anglosaksiseen oikeuteen ja kyse on oikeusjärjestyksen ensisijaisuudesta ja sitovuudesta.[6] Unionisopimuksen 6 artiklan 1 kohdan oikeusvaltiokäsite viittaa sen sijaan mannermaiseen *rechtstaat*-ajatteluun, mikä ilmenee varsin selkeästi sopimuksen eri kieliversioista.[7]

Suomen valtiojärjestys perustuu *demokratia- ja oikeusvaltioperiaatteille*. PerL 2 §:n 1 momentin mukaan valtiovalta kuuluu Suomessa kansalle, jota edustaa valtiopäiville kokoontunut eduskunta. Säännös ilmaisee kansansuvereniteetin periaatteen ja osoittaa, että valtiojärjestys rakentuu edustuksellisen demokratian varaan. Saman pykälän 3 momentissa säädetyn oikeusvaltioperiaatteen mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin, ja kaikessa julki-

---

[5] *Janne Aer*: Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Jyväskylä 2000.

[6] Vrt. norjalaisen käännöksen ”rettsstatsprinsipper”, tanskalaisen ”lovens suverenitet”, saksalaisen ”Vorherrschaft des Gesetzes” ja ruotsalaisen ”grundläggande rättsuppfattning”.

[7] Maastrichtin sopimuksen suomenkielisen tekstin käännöstermi ”*oikeusvaltio*” vastaa valtaosaa sopimuksen erikielisistä versioita eikä kyse ole englanninkielisen ”the rule of law” -termin käännöksestä. Ranskaksi ” l’État de droit”, saksaksi ”die Rechtsstaat”, tanskaksi ”retsstat”, espanjaksi ”el Estado de Derecho”, italiaksi ”stato di diritto”, hollanniksi ”rechtsstaat”, portugaliksi ”Estado de direito”. Näistä ilmauksista poikkeaa englanninkielisen version ilmaus ”the rule of law”.

sessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Suomalaisessa oikeusajattelussa on perinteisesti korostettu lainsäätäjän ensijaisuutta oikeussääntöjen asettajana ja torjuttu tavanomaisen oikeuden laajamittainen esiintyminen. Oikeusvaltioperiaate sisältää ennen kaikkea vaatimuksen *lainsäädännön ensisijaisuudesta* viranomaisten toiminnan perustana.

Oikeusvaltioperiaate edellyttää PerL:a koskevan hallituksen esityksen (HE 1/1998 vp s. 74) mukaan, että julkisen vallan käyttäjällä tulee aina olla viime kädessä eduskunnan säätämään lakiin palautettavissa oleva toimivaltaperuste. Viranomaisilla ei voi olla sellaista julkisen vallan käyttämistä tarkoittavaa toimivaltaa, jolla ei olisi nimenomaista tukea oikeusjärjestyksessä. Julkinen valta tarkoittaa tietyn tyyppistä toimintaa. Julkisen vallan käyttö ei ole palautettavissa yksinomaan valtion toiminnaksi. Myös esimerkiksi kunnat, kuntayhtymät, Ahvenanmaan maakunta ja evankelis-luterilainen kirkko itsehallintoyhdyskuntina samoin kuin niin sanotun välillisen julkishallinnon organisaatiot, kuten kansaneläkelaitos ja julkisoikeudelliset yhdistykset käyttävät merkittävää julkista valtaa. Julkisen vallan käytön sisällöstä lausutaan hallituksen esityksessä seuraavasti:

> ”Julkisen vallan käytön piiriin luetaan ensinnäkin sellaiset norminanto-, lainkäyttö- ja hallintopäätökset, jotka tehdään yksipuolisesti ja joiden vaikutus ulottuu yksityisiin oikeussubjekteihin. Toisena keskeisenä julkisen vallan käytön muotona voidaan pitää välitöntä voimakeinojen käyttämistä ulkopuolisiin nähden. Julkisen vallan käytön ydinalueeseen kuuluvat esimerkiksi poliisitoimi, tuomioistuinlaitoksen lainkäyttötoiminta, ulosottotoimi ja verotus sekä viranomaisen oikeus määrätä ulkopuolisille virallisia seuraamuksia (esim. uhkasakko). Julkisen vallan alaa ei voida kuitenkaan tyhjentävästi määritellä, vaan sitä voidaan tarpeen mukaan ja perustuslain sallimissa rajoissa lainsäädännöllä laajentaa tai supistaa. Julkisen vallan väärinkäyttöä vastaan on perustuslaissa luotu useita takeita. Keskeinen merkitys on tältä osin erityisesti perusoikeussäännöksillä (2 luku), jotka täsmentävät 3 momentin julkisen vallan käyttämiselle asettamia vaatimuksia.”

Oikeusvaltioperiaatteelle antaa konkreettista merkitystä se, että perusoikeuksien rajoittaminen on PerL mukaan yleensä mahdollista vain muodollisella lailla ja perusoikeussäännöksiin sisältyvät perustuslailliset toimeksiannot edellyttävät niiden toteuttamista eduskuntalailla. Lisäksi PerL:n mukaan lain alaan kuuluvat yleisestikin yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista säätäminen, mikä rajaa asetusvaltaa (PerL 88 §). Perusoikeussäännösten tulkinta tapahtuu ensisijassa lainsäädäntömenettelyn yhteydessä, kun perustuslakivaliokunta ottaa kantaa siihen, sisältääkö lakiesitys sellaista puuttumista perusoikeuksiin, jolla on merkitystä lainsäätämisjärjestykselle (PerL 74 §). Valiokunta on kytkenyt perusoikeuksien rajoitusedellytykset varsin vahvasti ihmis-

oikeussopimuksiin. Perustuslakivaliokunta listasi perusoikeusuudistusta koskevassa mietinnössään perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä (PeVM 25/1994 vp s. 5). Valiokunta mainitsi muun muassa seuraavat rajoitusedellytykset:

> ”– Rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviä. Rajoittamisen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima. Hyväksyttävyyden arvioinnissa merkitystä voi olla esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaavanlaista oikeutta koskevilla määräyksillä, ainakin siltä osin kuin niihin sisältyy tyhjentävä luettelo ihmisoikeuksien hyväksyttävistä rajoitusperusteista. Perusoikeussäännöksiä on perusteltua tulkita yhdenmukaisesti ihmisoikeuksien kanssa niin, että vain ihmisoikeussopimuksen asianomaisen sopimusmääräyksen mukaan hyväksyttävät rajoitusperusteet voivat olla vastaavan perusoikeussäännöksen sallittuja rajoitusperusteita./…/
>
> – Rajoitusten on oltava suhteellisuusvaatimuksen mukaisia. Rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Jokin perusoikeuden rajoitus on sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin. Rajoitus ei saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään./…/
>
> – Rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa. Perusoikeusuudistus lähentää entisestään Suomen perusoikeusjärjestelmää sisällöllisesti kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Tämän vuoksi perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien tulkinnallinen harmonisointi on aiempaakin tärkeämpää.”

EIS:ssa turvattujen vapauksien ja oikeuksien rajoittamisesta on annettu erityyppiset määrätykset kuin PerL:ssa. EIS 8–11 artikloissa edellytetään, että niissä säädettyjä oikeuksia voidaan rajoittaa vain silloin kun laki sen sallii ja se on demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä. Lisäksi edellytetään hyväksyttävää tarkoitusta, jota koskevat määräykset eri artikloissa hieman vaihtelevat. Vaatimus siitä, että ”lain” on sallittava rajoitus tarkoittaa aineellista lakia. Rajoituksen on perustuttava yleensä oikeusjärjestykseen. Sen sijaan PerL:ssa asetettu vaatimus perusoikeuksien rajoittamisesta eduskunnan hyväksymällä muodollisella lailla korostaa aivan eritavoin eduskunnan asemaa keskeisenä valtioelimenä.

Oikeusvaltioperiaatteen yksi ulottuvuus on vaatimus hallinnon lainalaisuudesta. PerL 3 §:n 3 momentin mukaan kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Säännös vastaa Hallitusmuodon 92 §:n 1 momentin säännöstä. Hallinnon lainalaisuusvaatimuksessa heijastuu ilmiö, josta *Kelsen* käytti osuvaa ilmaisua valtion ja oikeusjärjestyksen identiteetti. Oikeusvaltioperiaatteen mukaan oikeusjärjestys määrittää julkisen vallan käytön edellytykset ja seuraukset. Oikeusvaltioperiaate samaistaa aineellisen ja muodollisen

oikeuden, ja lakisidonnaisuus merkitsee, ettei hallintoviranomaisilla ole eikä voikaan olla mitään omaa intressiä siihen nähden, miten lakia sovelletaan. Hallintoviranomaisten tehtävänä on oikeusjärjestyksen toteuttaminen yhteiskunnassa. Oikeusjärjestyksen tasolla valtio toimii aina eri toimijoiden kautta eikä valtiolla sinänsä ole itsenäistä näiden toimijoiden kompetensseista erottuvaa tehtävää. Näin ollen julkisen vallan käyttöön liittyvä kaikenlainen julkisen intressin toteuttaminen on lain sääntelemää.

Hallinnon lainalaisuuden painottaminen määrittää myös hallintolainkäytön ja hallinnon suhdetta. Velvollisuus noudattaa lakia koskee yhtälailla sekä hallintoviranomaisia että tuomioistuimia, ja näiden sidottuisuus lakiin on samanlainen. Viranomaisten velvollisuudesta noudattaa tarkoin lakia seuraa, että hallintoviranomaisen ratkaisu määräytyy oikeusjärjestyksen mukaan eikä viranomaisilla ole oikeusjärjestyksestä riippumatonta hallinnolliseen tai muuhun perusteeseen nojautuvaa oikeutta itse määrätä tästä hallinnollisesta ratkaisusta, vaan pikemmin todeta, mitä oikeusjärjestys edellyttää asiassa. Viranomaisen harkinnan laajuus yksittäisessä tapauksessa riippuu oikeussäännöksen väljyydestä. Hallintoviranomaisilla on samalla myös ensisijainen vastuu laillisuuden toteuttamisesta hallintoasioissa. *Holopainen* on aiheellisesti todennut: ”Ensisijaista on hallinto, jossa tehdään ratkaisut. Lainkäytön tehtävänä on, kun hallinnon ratkaisujen lainmukaisuus saatetaan sen tutkittavaksi, selvittää ja ratkaista, ovatko hallintoviranomaiset niissä toimineet niin kuin HM 92.1 §:ssä säädetään.”[8] Tämä käsitys laillisuudesta tulee esiin myös hallintolainkäytön tehtävän määrittelyssä (HE 217/1995 vp s. 4):

> ”Oikeusturvan toteutuminen julkishallinnossa edellyttää, että eri keinoin turvataan hallintotoiminnan lainmukaisuus. Julkisoikeudellista hallintotehtävää suoritettaessa on myös oikeusturvatekijät otettava huomioon. Tavoitteena on, että hallintopäätökset tulevat oikeiksi niin varhain kuin mahdollista. Tähän vaikuttavat hallinto-organisaatio, hallinnossa sovellettava materiaalinen lainsäädäntö, hallintomenettely ja hallinnon valvonta.
>
> Hallintolainkäyttö on hallinnon jälkikäteisenä valvontamuotona oikeusturvan välttämätön osa. Sen tehtävänä on korjata hallinnossa kaikesta huolimatta sattuvat virheet, ratkaista lopullisesti hallinnon alalla syntyvät oikeusriidat sekä antaa varmuus siitä, että hallinnossa menetellään lainmukaisesti.”

Käsitys hallintolainkäytön toisssijaisuudesta ja jälkikätisyydestä on keskeinen hallintolainkäytön asemaa määrittävä periaate. On kyse hallintolainkäytön subsidiaarisuudesta: hallintoasiat tulee pääsääntöisesti ratkaista hallintomenettelyssä ja hallintolainkäytön tehtävä rajoittuu sen valvontaan, että hallinnon toi-

[8] *Toivo Holopainen*: Valitusoikeus ja valituskielto hallinnossa. Juhlajulkaisu Lassi Kilpi 1920-4/2-1990. Vammala 1989 s. 53–54.

minnassa oikeusvaltioperiaatteen mukaisesti oikeusjärjestystä tarkoin noudatetaan. Hallintolainkäytön toiminta turvaa siten osaltaan lainsäädäntövaltaa käyttävän eduskunnan aseman ylimpänä valtioelimenä suhteessa hallintoon.

Demokratiaperiaatteen mukaan keskeisten arvoratkaisujen tekeminen yhteiskunnassa kuuluu demokraattisesti valituille elimille. Tällä periaatteella on merkitystä siinä, miten perus- ja ihmisoikeuksien toteuttaminen yhteiskunnallisesti tapahtuu. Suomalaisen perusoikeuskäsityksen mukaan perusoikeudet kohdistuvat ensijassa lainsäätäjään. Kyse on myös siitä, että suomalaisessa valtiojärjestyksessä vastuu perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisesta kuuluu ensisijassa lainsäädäntövaltaa käyttävälle kansanedustuslaitokselle. Lainsäädäntövaltaa käytettäessä konkretisoidaan perus- ja ihmisoikeussäännöksissä ilmaistuja yhteiskunnassa yleisesti hyväksyttyjä perusarvoja. Käytännössä perus- ja ihmisoikeussäännösten abstraktisuudesta johtuu, että arvosisältö on olennaisesti merkittävämpi kuin hyvin yleisellä tasolla ilmaisu oikeusnormi.

PerL 106 §:n säännöksessä perustuslain etusijasta omaksuttu ratkaisu, jonka perusteella lainsäädäntöratkaisuja ei voida lakien säätämisen jälkeen yleisesti riitauttaa, korostaa eduskunnan asemaa ylimpänä valtioelimenä. Demokratiaperiaatteen mukaista on siten, että tuomioistuimet ovat sidottuja eduskuntakäsittelyn yhteydessä perustusvaliokunnan kannanottoon nojautuvaan ratkaisuun lain perustuslainmukaisuudesta. Perustuslakivaliokunnan kannanotolla on ratkaiseva merkitys myös arvioitaessa, milloin lain säännös on sillä tavoin ilmeisessä ristiriidassa PerL:n kanssa, että tuomioistuimen on annettava PerL 106 §:n nojalla etusija PerL:lle. Perustuslakivaliokunnan perustuslaista antamassa mietinnössä on todettu (PeVM 10/1998 vp s. 31):

> ”Ristiriidan ilmeisyyttä arvioitaessa on merkitystä sillä, onko perustuslakivaliokunta lain säätämisvaiheessa tutkinut asian valtiosääntöoikeudelliselta kannalta. Jos valiokunta on tällöin todennut lain perustuslainmukaisuuden, ei vastakkaista kantaa voida pitää tarkoitetulla tavalla selvänä ja riidattomana siltä osin kuin valiokunta on arvioinut tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa yksittäistapauksessa esillä olevan kaltaista tulkintatilannetta. Valiokunnassa lain perustuslainmukaisuutta tutkitaan kuitenkin ikään kuin yleisellä tasolla, in abstracto, kun taas tuomioistuin joutuu arvioimaan kysymystä konkreettisessa oikeustapauksessa. Siksi on mahdollista, että tuomioistuimessa tulee jonkin lain osalta esille sellainen ristiriitatilannetta koskeva asetelma, jota valiokunta ei ole lainkaan arvioinut. Tällaisessa tilanteessa ilmeisyysvaatimus saattaa poikkeuksellisesti täyttyä perustuslakivaliokunnassa käsitellyn lainkin osalta.”

Euroopan Neuvostoon ja Euroopan yhteisöihin liittymisen myötä Suomi on tullut osaksi sellaista järjestelmää, jossa tuomioistuinten yhteiskunnallinen rooli hahmotetaan eri tavoin kuin Suomessa. Oikeusvaltioperiaatteen toteuttajana

tuomioistuimilla on suurempi rooli anglosaksisessa ja mannermaisessa ajattelussa kuin pohjoismaissa. EY-oikeus painottaa kuten EIS:kin nimenomaan tuomioistuinten tehtävää yksilön oikeusturvan takaajina. Oikeusvaltioperiaate sisältää EIT:n tulkinnan mukaan muun ohessa sen, että toimeenpanovallan puuttuminen yksilön oikeuksiin tulee olla tehokkaassa valvonnassa, jonka pitää olla ainakin viimeisessä vaiheessa tuomioistuinlaitoksen takaama. Tuomioistuinten on katsottu samalla tarjoavan parhaat takeet riippumattomalle, puolueettomalle ja asianmukaiselle menettelylle.[9]

EIS 6 artiklassa oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei tarkoita ainoastaan oikeudenkäyntimenettelyä, vaan siihen sisältyy myös institutionaalinen ulottuvuus. Oikeudenkäynti tulee tapahtua laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa (*an independent and impartial tribunal established by law*). Tribunaali-käsite, jota artiklassa käytetään, ei tarkoita ainoastaan tuomioistuimia, muodollisessa klassisessa merkityksessä, vaan kaikkia niitä elimiä, jotka täyttävät EIS 6 artiklan mukaiset edellytykset. Tribunaalin käsitettä luonnehtii sisällöllisesti sen lainkäyttötehtävä eli asioiden päättämien toimivaltansa puitteissa oikeusvaltioperiaatteen mukaisesti (*determining matters within its competence on the basis of the rule of law*) määrätynlaista menettelyä noudattaen. Lisävaatimuksia ovat riippumattomuus toimeenpanovallasta, puolueettomuus, toimielimen jäsenten toimikauden kesto sekä menettelyn tarjoamat oikeusturvatakeet.[10]

EY-oikeuden tehokas toteuttaminen jäsenvaltioiden tasolla on edellyttänyt, että tuomioistuimet takaavat kansalaisille EY-oikeuden tasolla vahvistettujen subjektiivisten oikeuksien toteutumisen myös kansallisia viranomaisia vastaan. Tuomioistuinten aseman vahvistuminen on seurausta hallintoon kohdistuvan kontrollivaatimuksen tiukentumisesta ja kansalaisten oikeuksien vahvistumisesta. EY-oikeuden yleinen periaate on velvollisuus tehdä mahdolliseksi kansallisten viranomaisten kaikkien päätösten valvonta tuomioistuimissa. Tämä periaate pohjautuu EY-tuomioistuimen mukaan jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja se on ilmaistu EIS:n 6 ja 13 artikloissa.[11]

Pohjoismainen laillisuusperinne on Suomessa merkinnyt pikemmin hallintoviranomaisten toiminnan lakisidonnaisuuden korostamista kuin tuomioistuinkeskeistä yhteiskuntamallia. Perinteinen vallanjakoajattelu tulee PerL:ssa esille

---

[9] *Golder* 21.2.1975, *Klass ym* 6.9.1978.

[10] Ks. *Le Compte, Van Leuven & De Meyere* 23.6.1981, *H. v. Belgia* 30.11.1987, *Belilos* 29.4.1988, *Campbell & Fell* 28.6.1989.

[11] Ks. EY-tuomioistuimen tuomiot: C-222/84, *Johnston*, 15.5.1986; C-222/86, *Heylens*, 15.10.1987; C-97/91, *Borelli*, 3.12.1992; C-1/99, *Kofisa Italia*, 11.1.2001; C-226/99, *Siples*, 11.1.2001; C-424/99 *Komissio, v. Itävalta*, 27.11.2001; C-269/99 *Carl Kühne GmbH & Co. KG*, 6.12.2001.

lähinnä siinä, että tuomiovalta kuuluu riippumattomille tuomioistuimille (PerL 3 §:n 3 mom). Tuomioistuinten riippumattomuus liittyy PerL:a koskevan hallituksen esityksen mukaan kiinteästi perusoikeutena ja ihmisoikeutena turvattuun oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukseen (HE 1/1998 vp s. 76). Viime kädessä tuomioistuinten riippumattomuuden turvaaminen on välttämätöntä juuri yksilön oikeusturvan takaamiseksi. Riippumattomuus merkitsee sitä, että tuomioistuinten tulee olla lainkäyttötoiminnassaan riippumattomia muiden tahojen vaikutuksesta.

EIS:n ja EY-oikeuden ilmenevä oikeusvaltioperiaatteen kytkeminen vaatimukseen hallintoviranomaisten toiminnan tuomioistuinkontrollista ei korostu suomalaisessa oikeusvaltiokäsityksessä. EY-oikeudessa ja EIS:n tulkintakäytännössä omaksuttu oikeusvaltiokäsitys painottuu enemmän tuomioistuinten harjoittamaan kontrolliin kuin Suomessa. Täällä on myös suhtauduttu varauksin tuomioistuinten yhteiskunnallisen roolin kasvuun. Tämän asetelman luomat jännitteet tulivat esiin jo EIS:n liittymisen yhteydessä käydyssä keskustelussa. EIS:een liittymisen nähtiin lisäävän tuomioistuinten valtaa merkittävällä tavalla suhteessa eduskuntaan. EY:n jäsenyys korostaa kansallisten tuomioistuinten roolia, koska niiden tehtävänä on varmistaa EY:n toteutuminen jäsenvaltioissa, vaikka vastoin kansallisten päätöksentekijöiden tahtoa. Tästä on kouriintuntuva esimerkki on Suomen autoverotus. Oikeusvaltioajattelun sisällä voidaan siten paikallistaa selvää jännitettä perinteisesti lainsäätäjän vallan ensisijaisuutta koskevien painotusten ja tuomioistuinten muuttuvan yhteiskunnallisen roolin välillä. Tässä uudessa kontekstissa määrittyy oikeusturvan ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin asema hallintolainkäyttömenettelyssä.

3. RIGHT TO A FAIR TRIAL

EIS 6 artiklassa on määräykset oikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin (*Right to a fair trial*). Kysymys on, toisin kuin muissa EIS:n määräyksissä, menettelyllisistä oikeuksista. EIS on Suomessa voimassa englannin- ja ranskankielisenä. EIS:n suomenkielisiä käännöksiä ei voida käyttää sopimusmääräysten tulkinnan lähtökohtana. EIS 6 artiklan 1 kohdan englanninkielinen teksti kuuluu

> In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or

> national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

Varsin samansisältöinen on Suomessa jo vuonna 1976 voimaansaatetun KP-sopimuksen 14 artikla. KP-sopimus on Suomessa voimassa englannin-, kiinan-, ranskan- ja venäjänkielisenä, jotka ovat yhtä todistusvoimaisia kieliä. KP-sopimuksen suomenkielistä käännöstä ei voida käyttää sopimusmääräysten tulkinnassa ja on huomattava, että EIS:n ja KP-sopimuksen suomenkieliset käännökset eroavat terminologisestikin, vaikka sopimusten vastaavat englannin ja ranskankieliset tekstit ovat pitkälle kielellisesti yhtenevät.

EIS on Suomessa saatettu voimaan lailla 438/1990 ja KP-sopimus lailla 107/1975. Sopimusten määräykset ovat Suomessa valtionsisäisesti voimassa normihierarkisesti laintasoisina. Perustuslakivaliokunta totesi EIS:n valtionsisäisestä merkityksestä seuraavaa, kun sopimuksen hyväksymistä käsiteltiin eduskunnassa (PeVL 2/1990 vp s. 2):

> ”Kun yleissopimus lisäpöytäkirjoineen saatetaan Suomessa voimaan lailla, on sopimus valtionsisäisesti samassa asemassa kuin lait yleensä. Mahdollisissa tulkintatilanteissa on merkitystä yleisillä tulkintasäännöillä, kuten myöhemmän lain etusijalla aiemmin annettuihin nähden ja erityislain etusijalla yleislakeihin verrattuna. Toisaalta Suomen on sisäisestä lainsäädännöstään riippumatta Euroopan neuvoston piirissä sopimuksesta johtuvien velvoitteidensa sitoma.”

Vuonna 1996 voimaan tullut HLL:lla on sekä myöhemmin annetun lain että erityislain etusija EIS:ään nähden, minkä vuoksi EIS:n välitön soveltaminen hallintolainkäytössä ei yleensä tule kysymykseen siltä osin kuin asia on säännelty erikseen HLL:ssa. Tämän vuoksi EIS:n merkitys painottuu hallintolainkäytössä tulkintaan. EIS:n eduskuntakäsittelyn yhteydessä perustuslakivaliokunta muotoili *ihmisoikeusystävällisen tulkinnan maksiimin*: ”Tulkintatilanteissa olisi erilaisista perusteltavissa olevista vaihtoehdoista pyrittävä omaksumaan sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista” (PeVL 2/1990 vp s. 3).

Keskeinen kysymys kuuluu, mikä merkitys EIT:n tulkintakäytännöllä on oikeuslähteenä kansallista oikeutta tulkittaessa. Suomen liityttyä EIS:n käytiin keskustelua siitä, mikä on EIT:n ratkaisujen oikeuslähdeopillinen status Suomessa, ovatko ratkaisut maan sisäisesti voimassaolevaa oikeutta. EIS:een liittyttäessä ehkä yliarvioitiin EIT:n tuomioiden merkitystä ennakkopäätöksinä. Sen enempää EIS:lla kuin EIT:n tuomioillakaan ei ole EY-oikeuteen verrattavaa etusijaa kansalliseen oikeuteen verrattuna. EIT:n ratkaisujen sitovaa luonnetta

voidaan perustella sillä, että Suomi liittyessään EIS:een hyväksyi samalla sekä yksilövalituksen ja EIT:n toimivallan että saattoi EIS:n valtionsisäisesti voimaan. Kun EIT:lla on yksinomainen valta tulkita EIS:a sitovalla tavalla, EIT:n ratkaisut ovat myös valtion sisäisesti auktoritatiivisia tulkintoja EIS:n soveltamisesta. Lähtökohtaisesti voidaan olettaa, että EIS on tarkoitettu olemaan Suomessa valtionsisäisesti voimassa sen sisäisenä kuin sopimusta on EIT:n käytännössä tulkittu.

Kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon EIT:n käytäntö kun tuomioistuin käyttää EIS:sta oikeuslähteenä eikä tuomioistuimella ole syytä soveltaa EIS:ta toisin kuin EIT on sitä tehnyt. Tässä kohdin voi syntyä jännitettä kansallisen normiston ja EIS:n mukaisten vaatimusten kesken. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus määrittyy EIS:n tasolla autonomisesti riippumatta kansallisessa normistossa olevista prosessuaalisista säännöksistä, ja EIS:n perusteella voidaan kriittisesti arvioida, täyttääkö tietty kansallinen menettelytapa järjestely EIS:n mukaisen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan standardin.

Ihmisoikeussopimukset rajoittavat oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen asioihin, joissa on kyse ”kansalaisen asemaan liittyvistä” oikeuksista ja velvollisuuksista (*civil rights and obligations*). Hallintolainkäyttömenettelyssä on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten vuoksi pidettävä aina silmällä sitä, onko kyse asiasta, joka kuuluu ”oikeuksien ja velvollisuuksien” piiriin. Oikeuskäytäntö on laajaa, ja koska sitä on jo tarkastelu oikeuskirjallisuudessa, tässä yhdessä ei ole tarvetta EIT:n tuomioiden laajempaan analysointiin. EIS 6 artiklan 1 kohdan soveltamisalan ulkopuolelle jäävät sellaiset asiat, joissa on kyse valtiollisesta auktoriteetista ja joissa yleiset intressit ovat vallitsevat. Kyse ei ole kansalaisyhteiskunnan piiriin kuuluvista oikeuksista ja velvollisuuksista.

> Tuomiossa *Pellegrin* 8.12.1999 omaksui uuden funktionaalisen kriteerin sille, milloin virkasuhdetta koskeva asia kuuluu EIS 6 artiklan soveltamisalaan. Vain sellaiset asiat on suljettu EIS 6 artiklan ulkopuolelle, jotka koskevat sellaisessa julkisessa palvelussuhteessa olevia, joiden velvollisuudet ovat tyypillisiä julkishallinnolle sikäli kuin virkamies toimii julkisen vallan haltijana ja vastuussa valtion tai muiden julkisyhteisöjen yleisten etujen turvaamisesta. Tästä esimerkkeinä on mainittu armeija ja poliisi. Tuomioistuin arvioi liittyykö henkilön tehtävään suoraa tai epäsuoraa osallistumista sellaiseen julkisen vallan käyttöön, jonka oikeusjärjestys antaa julkisyhteisöjen yleisten etujen turvaamiseen.
>
> Ulkomaalaisen karkottamista koskevassa tuomiossa *Maaouia* 5.10.2000 tuomioistuin katsoi, ettei kyse ollut EIS 6 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta oikeudesta. Se seikka, että karkotuksella on merkittäviä seurauksia henkilön yksityiselle ja perhe-elämälle, ei ollut riittävä peruste tuomaan asiaa EIS 6

artiklan 1 kohdan piiriin. Tuomioistuin perusteli tulkintaa sillä, että seitsemännen lisäpöytäkirjan 1 artiklan säännökset muukalaisten karkottamisesta, osoittivat, ettei karkotusasioita ollut tarkoitettu ottaa EIS 6 artiklan 1 kohdan alaan.

Ferrazzini 12.7.2001 tapauksessa annettu tuomio koski verotusta. Tuomioistuin katsoi, etteivät verotuksen alalla tapahtuneet muutokset ole vaikuttaneet veron maksuvelvollisuuden perusluonteeseen. Verotus muodostaa edelleen osan julkiseen valtaan kuuluvan prerogatiivin kovasta ytimestä. Siinä verovelvollisen ja veroviranomaisen välinen julkinen suhde on hallitseva. Tämän vuoksi verotusta koskevat asiat jäävät EIS 6 artiklan 1 kohdan ulkopuolelle. Kahdessa 23.7.2002 annetussa tuomiossa, *Janosevic* ja *Västberga Taxi Ab,* EIT on katsonut, että veronkorotuksessa on kyse EIS 6 artiklassa tarkoitetusta rikossyytteestä (*criminal charge*), vaikka itse veroasiaan ei EIS 6 artiklaa sovellettu.

4. OIKEUSTURVA PERUSOIKEUTENA

Perusoikeusuudistuksen yhteydessä sisällytettiin perustuslakiin oikeusturvaa koskeva perusoikeussäännös Hallitusmuodon 16 §, nykyisin PerL 21 §. Oikeusturvasäännöksellä on ehkä kaikista perusoikeuksista läheisin yhteys kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. EIS 6 artiklan määräys oli säännöksen esikuvana, mutta samalla katsottiin, että EIS 6 artiklan 1 kappale on osoittautunut vaikeatulkintaiseksi. PerL 21 §:n rakenne onkin selvästi erilainen. Säännös kuuluu

> Jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi.
>
> Käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla.

Perustuslain oikeusturvasäännöksessä on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin rinnalla hallintoa koskevana normatiivisena vaatimuksena hyvä hallinto. Oikeusturvaa koskevassa säännöksessä tulee selvästi esille suomalaisen valtio-organisaation rakenne: ensiasteen päätöksenteko on jaettu tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kesken. Muutoksenhakueliminä toimivat riippumattomat lainkäyttöelimet. Valtio-organisaation rakenne näkyy myös siinä, miten oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja hyvä hallinto rinnastetaan. Siinä, ettei oikeusturvasäännös korosta tuomioistuinten roolin eroavuutta muista viran-

omaisista, heijastuu suomalaisen oikeuskulttuurin perinne. Suomi on vahvan hallinnon maa.

PerL 21 §:n 1 momentin alkuosa säätää oikeuden saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja viivytyksettä ja oikeuden muutoksenhakuun. Tältä osin lainkohta on muotoiltu sillä tavoin täsmällisesti, että säännös on suoraan sovellettavissa eli muutoksenhakusäännöstä voidaan soveltaa lain vaietessa tai lain sanamuoto sivuuttaen. PerL 21 § 2 momentin mukaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Käsite oikeudenmukainen oikeudenkäynti on hallituksen esityksen (HE 309/1993 vp s.74) mukaan englanninkieliselle ”fair trial” -termille EIS 6 artiklan suomennoksessa annettu käännös. Ilmaus ”*a fair trial”, ”un procés equitable”* käännettiin oikeudenmukaiseksi oikeudenkäynniksi, mikä mukailee muissa pohjoismaissa käytettyjä käännöksiä. KP-sopimuksen käännöksessä täysin vastaava ilmaus on käännetty rehelliseksi oikeudenkäynniksi. Mikään näistä ilmauksista ei sinänsä tavoita common law -järjestelmistä lainatun *fair trial* -käsitteen ajatusta.

Oikeuskirjallisuudessa *Scheinin* on todennut, että viittaus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on yleisluontoinen perusoikeussäännös alalla, jolla kansainväliset ihmisoikeusnormit ovat yksityiskohtaisia ja jolla niiden soveltamisesta on olemassa sekä kansainvälinen että kotimainen tulkintakäytäntö.[12] Myös *Viljasen* mukaan on ilmeistä, että oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevat osat saavat sisältönsä suoraan siitä erittäin laajasta kansainvälisestä oikeuskäytännöstä, joka näistä kysymyksistä on olemassa. Hän katsoo, että EIS 6 artiklan laaja soveltamistraditio ja oikeusturvasäännöstä yksityiskohtaisempi kirjoittamistapa johtanevat siihen, että kyseinen sopimusmääräys säilyttää asemansa suomalaisessa lainkäytössä.[13]

Oikeusturvasäännöksen 2 momentilla ei ole oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osalta oikeastaan lainkaan itsenäistä sisältöä. Kyse on *yleisluontoisesta* perusoikeussäännöksestä, lainkäytön järjestämisen tavoitteita koskevasta arvolausekkeesta. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin sisältöä ei voida tuosta arvolausekkeesta johtaa eikä lauseketta voida myöskään suoraan soveltaa. Perustuslain oikeusturvasäännös on menettelystandardina niin avoin, ettei käytännössä voi ilmetä tilannetta, jossa tietyn oikeudenkäyntimenettelyä koskevan lain säännöksen soveltaminen olisi sillä tavoin ilmeisessä ristiriidassa PerL 21 §:n 2 momentin kanssa, että tuomioistuimen tulisi PerL 106 §:n nojalla antaa etusija annettava PerL:n säännökselle.

---

[12] *Martin Scheinin*: Poikkeuslait ja perusoikeusuudistus. Lakimies 1996 s. 826–829.

[13] *Veli-Pekka Viljanen:* Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Lakimies 1996 s. 801–802.

Perusoikeusuudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunta muotoili ihmisoikeusystävällisen laintulkinnan periaatetta mukailevan *perustuslainmukaisen tai perusoikeusmyönteisen laintulkinnan maksiimin*: ”Tuomioistuinten tulee valita perusteltavissa olevista lain tulkintavaihtoehdoista sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka eliminoi perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot” (PeVM 25/1994 vp s.4). Tulkinnallista apua PerL 21 §:n 2 momentista olisi saatavissa lähinnä siten, että säännös edellyttää prosessisäännöksiä sovellettavan tavalla, joka pyrkii maksimoimaan ”oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin” saatavuuden. Säännöksen yleisluontoisuus vähentää kuitenkin sen merkitystä myös tulkintatilanteessa. *Scheinin* on osuvasti todennut, että lainkäytössä oikeusturvasäännöksen 2 momentti saattaa jäädä kuoreksi, jonka sisällä sovelletaan kansainvälisiä ihmisoikeusnormeja.[14] EIT:n tulkintakäytäntö konkretisoi EIS 6 artiklan tarkoittaman oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin merkityssisältöä tavalla, jota PerL 21 §:n 2 momentti ei abstraktiudessaan voi tavoitella, ja antaa perustan ihmisoikeusystävälliselle tulkinnalle.

Perusoikeussäännösten tulkinta tapahtuu ensisijassa lainsäädäntömenettelyn yhteydessä, kun perustuslakivaliokunta ottaa kantaa siihen, sisältääkö lakiesitys sellaista puuttumista perusoikeuksiin, jolla on merkitystä lainsäätämisjärjestykselle. Tällöin perustuslakivaliokunta voi lausuntotoiminnassaan antaa PerL 21 §:lle sellaista konkreettisempaa sisältöä, jonka perusteella myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen tulkinnallinen merkitys voi nousta.[15]

PerL 21 §:ään ei sisälly lainkaan omia erityisiä rajoitusperusteita, minkä vuoksi lainkohdassa säädetyn perusoikeuden rajoitusten hyväksyttävyyttä pitäisi arvioida aina myös sen kannalta, missä määrin EIS sallii rajoitettavan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. PerL 21 § saa pääasiallisen sisältönsä juuri EIS 6 artiklan soveltamiskäytännön kautta. EIS:n mukaiset rajoitusedellytykset muodostavat vain vähimmäisedellytykset ja kansallisella tasolla tulisikin pyrkiä tätä vahvempaan perusoikeussuojaan.

Perustuslakivaliokunnan käytännössä on pidetty erillään lakiehdotusten perustuslainmukaisuuden ja ihmisoikeussopimuksenmukaisuuden arviointi. Perustuslakivaliokunnan käytännössä ei ole rajoitusperusteiden tulkintaa sidottu

---

[14] *Scheinin* 1996 s. 826.

[15] Perustuslakivaliokunta on tuoreessa lausunnossaan katsonut, että oikeudenkäyntikulujen korvaamisvelvollisuuden sääntely on merkityksellistä yksilön oikeusturvatakeisiin kuuluvien oikeuksien tosiasiallisten käyttömahdollisuuksien ja -edellytysten kannalta. Perusoikeuksien toteutumista hallintolainkäytössä ei tässä mielessä ole omiaan edistämään sääntely, jonka perusteella hylätyksi tulleen valituksen tehnyt henkilö on pääsäännön mukaan korvausvelvollinen. Valiokunta ei pitänyt hyväksyttävinä sääntelytavoitteina viranomaisten työmäärän vähentämista tai turhiksi oletettujen oikeudenkäyntien välttämistä, millä ehdotusta oli perusteltu (PeVL 64/2002 vp).

ihmisoikeussopimuksiin sillä tavoin kuin perustuslakivaliokunta perusoikeusuudistuksen yhteydessä linjasi. Tuolloin perustuslakivaliokunta hyväksyi *Viljasen* mukaan vaatimuksen rajoitusten sopusoinnusta ihmisoikeussopimuksiin nähden osana perusoikeuksia koskevia yleisiä oppeja. Tämä sääntö merkitsee, että perusoikeuden rajoitusta ei voida pitää perustuslainmukaisena, jos rajoitus ulottuu niin pitkälle, että se samalla loukkaisi ihmisoikeussopimuksia. Vaatimus siitä, että rajoitusperuste sisältyisi ihmisoikeusmääräykseen on välttämätön, mutta ei riittävä ehto sille, että rajoitusperuste on myös perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä. Ihmisoikeussopimukset tulee ottaa huomioon rajoitusten vähimmäisedellytyksiä selviteltäessä.[16] Rajoitusperusteiden hyväksyttävyysarvioinnissa on muiden perusoikeuksien suojaaminen noussut merkittäväksi kriteeriksi. Tämä käytäntö on problemaattinen PerL 21 §:n ja EIS 6 artiklan merkityksen kannalta.

EIS 6 artiklan mukaan voidaan rajoittaa lehdistön ja yleisön pääsyä oikeudenkäyntitilaisuuteen, mutta muunlaisia rajoitusperusteita artiklaan ei sisälly. EIS 6 artikla eroaa sopimuksen 8–11 artikloista, kuten yksityiselämän suojasta siten, että EIS 6 artiklaan ei sisälly lainkaan yleistä rajoituslauseketta, jonka mukaan oikeuksia voidaan rajoittaa lailla hyväksyttävässä tarkoituksessa ja rajoittamista voidaan pitää demokraattisessa yhteiskunnassa välttämättömänä. Oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei voida EIS:n kannalta rajoittaa samalla tavoin kuin aineellisia perusoikeuksia. Taustalla on se, että oikeudenmukainen oikeudenkäynti on se keino, jolla varmistetaan muiden oikeuksien toteuttaminen ja tehdään mahdolliseksi sen valvominen, että viranomaiset noudattavat lakia. Oikeudessa oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on kysymys lainkäyttömenettelyn arvioimisesta kokonaisuutena.

5. OIKEUS TUOMIOISTUINKÄSITTELYYN

Oikeudesta tuomioistuinkäsittelyyn säädetään normihierarkisesti usealla tasolla. Tuomioistuimen näkökulmasta on luontevaa pitää sellaista normia ylemmän asteisena, joka syrjäyttää sen kanssa ristiriidassa olevan toisen normin. EY-oikeuden säännöksillä on etusija kansallisen oikeusjärjestelmän säännöksiin nähden. Tuomioistuimen on jätettävä soveltamatta sellaiset kansallisen oikeusjärjestyksen säännökset, jotka ovat ristiriidassa sovellettavan EY-oikeuden kanssa. Perustuslain 106 §:n mukaan perustuslailla on etusija lakiin nähden, milloin laki on ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Kansainvälisten

[16] *Viljanen* 1996. s. 803–806.

ihmisoikeussopimusten hierarkinen taso riippuu puolestaan siitä, millaisella lainsäädäntötoimella ne on saatettu valtionsisäisesti voimaan. Oikeusnormien hierarkia voidaan tuomioistuimen soveltamistilanteessa muodostaa seuraavasti: 1) EY-oikeus, 2) PerL, 3) EIS, KP-sopimus ja tavallinen laki.

Euroopan yhteisöjen perustamissopimuksen 10 artiklan (ent. 5 artikla) yhteistyöperiaatteen mukaisesti yhteisön oikeuden säännösten ja määräysten välittömään oikeusvaikutukseen perustuvan yksityisten oikeussubjektien oikeussuojan varmistaminen kuuluu kansallisille tuomioistuimille. Välitön oikeusvaikutus on yhteisön asetuksilla sekä sellaisilla perustamissopimuksen artikloilla ja direktiivien määräyksillä, jotka ovat sisällöltään riittävän täsmällisiä ja ehdottomia.

Oikeussuojan toteuttamisessa EY-oikeus nojautuu kansallisen prosessiautonomian periaatteeseen. Asiaa koskevan yhteisön sääntelyn puuttuessa jäsenvaltion oikeusjärjestys määrittää toimivaltaiset tuomioistuimet ja menettelysäännöt niitä oikeussuojakeinoja, joilla EY-oikeuden välittömään oikeusvaikutukseen perustuvat yksityisten oikeudet turvataan. Kyseiset menettelysäännöt eivät saa olla epäedullisempia kuin ne säännöt, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion kansalliseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia (*vastaavuusperiaate*). Menettelysäännöt eivät saa myöskään tehdä EY:n oikeusjärjestyksessä tunnustettujen oikeuksien käyttämistä käytännössä mahdottomaksi (*tehokkuusperiaate*).[17] EY-tuomioistuin on kuitenkin edellyttänyt, että yksityisellä tulee olla mahdollisuus saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi sellainen hallintoviranomaisen päätös, joka koskee EY-oikeuden välittömään oikeusvaikutukseen perustuvaa yksityisen oikeutta silloinkin, kun kansallisen tason oikeussuojakeinon käyttöä on rajoitettu tai sitä ei ole lainkaan.[18]

PerL 21 §:n 1 momentin mukainen muutoksenhakuoikeus merkitsee, että hallintoviranomaisen päätös on voitava saattaa tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Perusoikeussäännöksen tarkoituksena on turvata EIS 6 artiklan 1 kappaleen sekä KP-sopimuksen 14 artiklan 1 kappaleen edellyttämä oikeus oikeudenkäyntiin kaikissa sopimusmääräysten tarkoittamissa tilanteissa. Viittaus *"päätökseen"* on hallituksen esityksen mukaan tarkoitettu kattamaan ne tilanteet, jotka yksilön ja julkisen vallan välisen

---

[17] Ks. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomiot asioissa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG & Rewe-Zentral AG*, 16.12.1976; C-45/76, *Comet*, 16.12.1976; C-128/93, *Fisscher*, 28.9.1994; C-410/92, *Johnson*, 6.12.1994; C-246/96, *Magorrian & Cunningham*, 11.12.1997; C-78/98, *Preston*, 16.5.2000.

[18] Ks. EY-tuomioistuimen tuomiot: C-222/84, *Johnston*, 15.5.1986; C-222/86, *Heylens*, 15.10.1987; C-97/91, *Borelli*, 3.12.1992; C-1/99, *Kofisa Italia*, 11.1.2001; C-226/99, *Siples*, 11.1.2001; C-424/99 *Komissio v. Itävalta*, 27.11.2001; C-269/99 *Carl Kühne GmbH & Co. KG*, 6.12.2001.

vastakkainasettelun vuoksi ovat riita- ja rikosasioiden ohella EIS 6 artiklan 1 kappaleen piirissä, esimerkiksi elinkeino- tai vastaavan luvan peruuttamispäätökset. Samoin verotuspäätökset olisi aina voitava saada riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäviksi. (HE 309/1993 vp s. 73)

Muutoksenhakuoikeus on PerL 21 §:ssä vahvistettu pääsääntö, josta on mahdollista säätää lailla vähäisiä poikkeuksia. Muutoksenhakurajoitusten tulee olla perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttäviä ja niiden tulee kohdistua tarkasti rajoitettuihin asioihin eikä valituskielto saa olla asioiden luonne ja päämäärä huomioon otettuna suhteettoman laaja (PeVL 12/2002 vp). Hallintolainkäytössä on perustuslakivaliokunnan mukaan pääsääntönä oikeus valittaa hallinto-oikeuden päätöksestä KHO:een. Valiokunta on pitänyt valituslupajärjestelmää, joka sinänsä ei sen kannan mukaan ole PerL 21 §:n vastainen, poikkeuksellisena järjestelynä ja tähdentänyt, että lupajärjestelmän laajentamiseen uusiin asiaryhmiin tulee suhtautua pidättyvästi. Valituslupajärjestelmä ei ole hyväksyttävä silläkään perusteella, että se estäisi asioiden käsittelyn tarpeetonta pitkittymistä. (PeVL 19/2002 vp)

Perustuslakivaliokunta on lukuisissa lausunnossa ja mietinnöissä ottanut kantaa PerL 21 §:n 1 momentissa säädetyn muutoksenhakuoikeuden sisältöön.[19] Perustuslakivaliokunnan mukaan ilmaus *”oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös”* liittyy Suomen oikeuden mukaan oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi tarkoitettuihin seikkoihin. Mikä tahansa yksilön kannalta myönteinen viranomaistoimi ei kuitenkaan ole yksilön oikeutta koskeva päätös perustuslain mielessä. Perustuslain kannalta on edellytyksenä, että lainsäädännössä on riittävän täsmällinen perusta oikeutena pidettävän suhteen syntymiselle yksilön ja julkisen vallan välille. Selkein tällainen peruste on ns. subjektiivinen oikeus, jolloin viranomaisen on myönnettävä tai toteutettava oikeus lainsäädännöstä ilmenevien edellytysten täyttyessä. Jos etuuden tai palvelun saaminen riippuu kokonaan viranomaisen harkinnasta, käytettävissä olevista määrärahoista tai esimerkiksi suunnitelmista, kysymyksessä ei yleensä voi olla kiinteydeltään tai oikeussuojan tarpeeltaankaan niin vahva oikeus, että se kuuluisi PerL 21 §:n 1 momentin alaan (PeVL 16/2000 vp s. 4).

Viranomaiselle jätetty harkintavalta ei sellaisenaan poista muutoksenhaun tarvetta. Oikeuden syntymiseen vaadittavan kriteerin oikeuden tai etuuden myöntämisperusteen riittävästä täsmällisyydestä voivat täyttää myös subjektiivista oikeutta harkinnanvaraisemmat oikeudet ja etuudet. Harkinnanvaraisuuden ohella säännöksissä on oltava ilmaistu sellaisia kiinnekohtia, jotka muodos-

[19] Hallinnollisen muutoksenhaun osalta ovat merkityksellisiä seuraavat perustuslakivaliokunnan lausunnot: PeVL 45/1996 vp, 3/1997 vp, 8/1997 vp, 12/1997vp , 16/1997 vp, 20/1998 vp, 23/1998 vp, 16/2000 vp, 46–47/2002 vp, 52/2002 vp ja 55/2002 vp.

tuvat asian ratkaisemisen laillisuusedellytyksiksi. Tämä puoltaa perustuslain näkökulmasta viranomaistoiminnan kontrollin järjestämistä yksilöiden muutoksenhakuoikeuden avulla. Valitusmahdollisuus on tarpeen esimerkiksi viranomaistoiminnan tasapuolisuuden valvomiseksi ja soveltamiskäytännön yhdenmukaisuuden varmistamiseksi.[20]

Oikeuskäytännössä KHO on tulkinnut oikeusturvaa koskevaa perusoikeussäännöstä siten, että muutoksenhakuoikeutta koskevalla säännöksellä on myös välitön sovellettavuus. Kaksi ratkaisua liittyy valtion virkamiesten ja kuntien viranhaltijoiden palkkausta koskeviin asioihin, joiden katsottiin edellyttävän virkaehtosopimuksen tulkintaa. Virkamiehet ja viranhaltijat eivät olleet sellaisen yhdistyksen jäseniä, jolla oli oikeus saattaa asia vireille työtuomioistuimessa. KHO katsoi, että näillä henkilöillä tuli olla oikeus saada mainitunlainen asiansa käsiteltäväksi viime kädessä hallintotuomioistuimessa.

> KHO 1999:79 Palkkausta koskeva vaatimus on luonteeltaan Hallitusmuodon 16 §:n 1 momentissa tarkoitettu asianomaisen oikeuksia koskeva asia, jota koskeva päätös on oikeus saada tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Valtion virkamieslain 52 §:n 1 momentin ja valtion virkaehtosopimuslain 25 §:n säännöstä oli tulkittava siten, että virkamies, joka katsoo, ettei viranomainen ole antanut hänelle palvelussuhteesta johtuvaa taloudellista etuutta sellaisena kuin se olisi ollut hänelle suoritettava, saa tehdä valtion virkamieslain 52 §:n 2 momentissa tarkoitetun valituksen hallintotuomioistuimeen tähän annetusta päätöksestä, vaikka vaatimuksen ratkaiseminen edellyttää virkaehtosopimuksen tulkintaa, jos virkamies ei työtuomioistuimesta annetun lain 13 §:n vuoksi voi saattaa asiaa työtuomioistuimen ratkaistavaksi. Äänestys 6–4. Kunnanviranhaltijan osalta ks. KHO 1999:80.

Perustuslakivaliokunnan kannanotot PerL 21 §:n 1 momentissa tarkoitetun muutoksenhakuoikeuteen koskevat yleensä lakiesityksiä, joissa ehdotetaan valituskiellon säätämistä. Perustuslakivaliokunnan tulkintaa valituskiellon hyväksyttävyydestä voidaan pitää tältä osin auktoritatiivisena ja myös tuomioistuimia sitovana. Perustuslakivaliokunnan asianmukaisena pitämää valituskieltoa ei voida tällöin pitää perustuslain vastaisena ja sivuuttaa sitä perustuslain etusijaa koskevan PerL 106 §:n nojalla. Valituskiellon sivuuttaminen voisi näin ollen tulla kysymykseen lähinnä silloin, kun valituskiellon perustuslainmukaisuutta ei ole tutkittu perustuslakivaliokunnassa tai sitten kyse on sellaisesta valituskiellosta, joka sisältyy lakia alempaan normistoon.

---

[20] PeVL 46/2002 vp, 47/2002 vp ja 55/2002 vp.

KHO on päätöksessään 1998:16 ottanut kantaa ampuma-aseista ja tarpeista annetun asetuksen 42 §:n 2 momentin mukaiseen valituskieltoon, joka koski lääninhallituksen päätöstä. Kyse oli haulikon ja metsästyskiväärin hallussapitoluvan peruuttamisesta ja haulikon hankkimisluvan epäämisestä. KHO katsoi, että valituskielto tuli asiassa sovellettavaksi, koska kysymys ei ollut sellaisesta oikeutta ja velvollisuutta koskevasta asiasta, jota tarkoitetaan Hallitusmuodon 16 §:n 1 momentissa EIS 6 artiklan 1 kappaleessa. KHO tutki kirjoituksen apulaisnimismiehen ja LH:n päätösten purkamista koskevana hakemuksena ja hylkäsi hakemuksen. Ään. 5–3 Vähemmistön mukaan asiassa oli kysymys X:n oikeudesta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Hallintaluvan peruuttamista koskeva päätös koski luvanhaltijan oikeutta Hallitusmuodon 16 §:n 1 momentissa tarkoitetulla tavalla.

Hallintoviranomaisen päätökseen haetaan HLL:n mukaan yleensä muutosta valittamalla siten, että valtioneuvoston ja ministeriön päätöksestä saa valittaa KHO:een ja valtioneuvoston alaisen viranomaisen päätöksestä saa valittaa alueelliseen hallinto-oikeuteen (HLL 7 §). HLL:ssä siirryttiin valitusjärjestelmään, joka rakentuu ensisijaisesti tuomioistuimelle tehtävään muutoksenhakuun. Uudistuksella tehtiin alueellisista hallinto-oikeuksista yleisiä ensimmäisen asteen hallintotuomioistuimia. Lakia säädettäessä otettiin huomioon muun muassa Hallitusmuodon 16 §:n ja EIS 6 artiklan sekä EY-oikeuden vaatimukset siitä, että asia on voitava saattaa tuomioistuimen ratkaistavaksi (HE 217/1995 vp s. 25–26).

Yleiset valitusoikeutta hallintoasioissa koskevat säännökset sisältyvät HLL 4–6 §:iin. Hallintoasiassa tehdystä päätöksestä saa valittaa se, johon päätös on kohdistettu tai jonka oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun päätös välittömästi vaikuttaa. Aineellisen asianosaisuuden perusteella henkilöllä on yleensä valitusoikeus. Muiden tahojen valitusoikeudesta ei ole vastaavaa yleissäännöstä, eikä muiden kuin asianosaisten valitusoikeutta ole edellytetty sen enempää perustuslaissa kuin ihmisoikeussopimuksissakaan. Muiden kuin aineellisesti asianosaisten valitusoikeuden perustana ovat siten yleensä siitä erikseen annetut säännökset. Voidaan puhua *valitusoikeudesta muodollisella perusteella*. HLL:ssa on viranomaisten valitusoikeudesta yleissäännös. Erityissäännöksiä on annettu mm. kuntalaisten valitusoikeudesta kunnallisasioissa ja järjestöjen valitusoikeudesta ympäristöasioissa.

Valitusoikeus kuuluu siten lähtökohtaisesti niille, jotka ovat hallintoasian käsittelyssä asianosaisia. Hallintolainkäyttö on jo ensivaiheessa muutoksenhakua, minkä vuoksi hallintolainkäyttöasian asianosaisuuden perustana on valituksenalaisen päätöksen vaikutuspiiri. Hallintoasiassa asianosainen on se, jonka oikeutta, etua tai velvollisuutta asia koskee. Asianosaisaseman perusteita arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota siihen, millainen yhteys tällaisella henkilöllä on käsiteltävänä olevaan asiaan. Ratkaisevaa on, voidaanko asiassa tehtä-

vän ratkaisun katsoa koskevan siinä määrin henkilön oikeutta, etua tai velvollisuutta, että se riittää tuottamaan tälle asianosaisaseman. Asianosaisaseman määräytyminen edellyttää tapauskohtaista harkintaa. Hallintolakia koskevassa hallituksen esityksessä on todettu seuraavaa (HE 72/2002 s. 60–61):

> ”Hallintoasioissa on tyypillistä, että asianosaisasema saattaa syntyä myös muun kuin välittömäksi luonnehdittavan oikeusvaikutuksen perusteella. Ehdotuksen mukaan asianosaisasema olisi myös sillä, jonka oikeutta, etua tai velvollisuutta asia koskee, mutta johon asiassa tehtävä päätös ei nimenomaisesti tule kohdistumaan. Esimerkiksi erilaisten kieltojen ja rajoitusten yhteydessä saattaa nousta esille kysymys muun kuin kieltopäätöstä hakeneen mahdollisesta asianosaisasemasta. /…/
>
> Hallintoasian käsittelyssä sovellettavaa asianosaiskäsitettä ei ole tarkoituksenmukaista rajata suppeammaksi kuin hallintolainkäytössä noudatettavat valitusoikeuden perusteet. Lähtökohtana kuitenkin olisi, etteivät pelkästään asiaan liittyvät tosiasialliset intressit riittäisi tuottamaan laissa tarkoitettua asianosaisasemaa. Vaikutusten tulee olla oikeudellisia.
>
> Asianosaisasemaa määrittävät oikeuden, edun ja velvollisuuden käsitteet vastaisivat niiden nykyistä merkityssisältöä. Jonkun oikeudesta tai edusta päättäminen tarkoittaisi sen ratkaisemista, voiko henkilö saada vaatimansa oikeuden tai edun. Mainitusta seikasta päättäminen voi merkitä myös henkilölle aiemmin myönnetyn oikeuden tai edun rajoittamista. Oikeus, jonka myöntämisestä tai rajoittamisesta asiassa saattaa olla kysymys, voi olla esimerkiksi hallinnollinen lupa, kansalaisuuden myöntäminen taikka tavaramerkin tai mallin rekisteröinti. Henkilölle myönnettävä etu voi puolestaan olla sosiaalietuus, -tuki tai -avustus taikka valtionavustus.”

Hallintoasiassa voi olla vain yksi asianosainen tai kymmeniä, joiden asianosaisaseman aineellinen peruste on erilainen, voidaan puhua moniasianosaisuudesta. Oikeusturvan toteuttaminen on edellyttänyt hallintoasioissa asianosaisaseman kytkemistä päätöksen aineellisiin vaikutuksiin, koska hallintopäätöksellä on usein vaikutusta laajemminkin kuin vain hallintomenettelyyn muodollisesti osallistuneiden asemaan.

Viranomaisen valitusoikeudesta on säädetty HLL 6 §:n 2 momentissa, jonka mukaan viranomaisella on lisäksi valitusoikeus, jos laissa niin säädetään tai jos valitusoikeus on viranomaisen valvottavana olevan julkisen edun vuoksi tarpeen. KHO on antanut useita ratkaisuja, jotka koskevat HLL 6 §:n 2 momentin tulkintaa.[21] Viranomaisten valitusoikeuden perusteena ei ole asianosaisuus, vaan muodollinen peruste. Viranomaisen yleinen valvontavelvollisuus, joka

[21] Ks. seuraavat KHO:n julkaistut päätökset: 16.3.1998/404, 26.4.1999/889, 30.11.1999/3862,17.12.1999/4167, 1.3.2000/413, 8.3.2000/491, 3.8.2000/2095, 29.12.2000/3461, 28.5.2001/1262, 23.8.2001/1927, 2001:40.

yleensä on esimerkiksi ministeriöllä omalla hallinnon alallaan, ei vielä riitä valitusoikeuden perusteeksi. Valitusoikeuden perusteena tulee olla erityisen tärkeän julkisen edun valvominen (HE 217/1995 vp s. 39). Säännös on kirjoitettu tavalla, joka jättää oikeuskäytännön ratkaistavaksi milloin asiassa ilmenevän julkisen edun valvomiseksi edellytetään viranomaisen valitusmahdollisuutta. Säännöksessä puhutaan viranomaisen valvottavana olevasta julkisesta edusta. Tämä voidaan ymmärtää siten, että julkisen edun on liityttävä nimenomaan siihen toimintaan, jota hallinto lainkäytössä tutkittava hallintopäätös koskee. Valvonta ei siten kohdistu yleisesti hallintotoimintaan tai hallintolainkäyttöön sinänsä. Julkisen edun valvontaan liittyvä valitusoikeus perustuu viranomaisen julkisoikeudelliseen asemaan, sille oikeusjärjestyksen mukaan kuuluvaan toimivaltaan. Viranomainen ei tällöin toimi julkisyhteisön edustajana.

KunL:ssa on omat säännökset paitsi valitusoikeudesta ja valitusviranomaisesta niin myös siitä, kuka saa valittaa ja millä perusteella valitus voidaan tehdä. Muutosta kunnan ja kuntayhtymän toimielimen päätökseen haetaan KunL 90 §:n mukaan kunnallisvalituksella alueelliselta hallinto-oikeudelta. Valitusoikeus on asianosaisella ja kunnan jäsenellä (KunL 92 §). KunL:ssa ei ole lainkaan säännöksiä viranomaisen valitusoikeudesta. Vakiintuneesti se kunnan viranomainen, minkä päätökseen kunnallisvalitus on kohdistunut, on voinut hakea muutosta valitusviranomaisen päätökseen, jolla ensiksi mainittu päätös on kumottu. Valitusoikeuden perusteena ei ole kunnan asianosaisasema, vaan sen perusteena on tavanomainen oikeus. Kunnallinen itsehallintokaan ei anna oikeutusta ajatukselle että, kunta sen enempää kuin valtio ikään kuin tekee ratkaisuja omassa asiassaan käsitellessään kansalaisia koskevia hallintoasioita.

EIS 6 artiklaan ei sisälly varsinaista muutoksenhakuoikeutta koskevaa säännöstä, mutta EIT:n käytännössä määräystä on tulkittu siten, että sopimuksen soveltamisalaan kuuluvia oikeuksia ja velvollisuuksia koskeva hallintoviranomaisen päätös tulee voida saattaa tuomioistuimen käsiteltäväksi.[22] Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevat vaatimukset ihmisoikeussopimuksissa tähtäävät ensikädessä siihen, että niillä asetetaan vaatimuksia ensiasteen päätöksenteolle, toissijaisesti ne koskevat myös muutoksenhakumenettelyä. Näiden vaatimusten kärki alunperin tähtäsi siihen, että tietyn tyyppiset ratkaisut tulee tehdä oikeudenkäyntimenettelyssä eikä esim. hallinnollisessa menettelyssä. Ih-

[22] Oikeudesta saada asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi on runsaasti oikeuskäytäntöä, kuten seuraavat: *Golder* 21.2.1975*, Sporrong & Lönnroth* 23.9.1982, *Ashingdane* 28.5.1985, *Lithgow* 8.7.1986, *Fayed* 18.7.1994. Suomalaisen hallintolainkäytön kannalta erityisen kiintoisina voidaan pitää myös lukuisia Ruotsia koskevia tuomioita: *Pudas* 27.10.1987, *Boden* 27.10.1987, *Eriksson* 22.6.1989, *Tre Traktörer Ab* 7.7.1989, *Allan Jacobsson* 25.10.1989*, Håkansson & Sturesson* 1.3.1990, *Mats Jacobsson* 28.6.1990, *Skärby* 28.10.1990, *Fredin* 18.2.1991, *Olsson* 27.11.1992.

misoikeustuomioistuin on vähittäin laajentanut sopimuksen soveltamista myös yleensä hallinnollisessa menettelyssä ratkaistaviin asioihin ja edellyttänyt, että hallinnollinen päätöksenteko on näissä asioissa tuomioistuinten valvonnassa. Ensiasteen päätöksenteko voi tapahtua hallintomenettelyssä ja vasta muutoksenhakuvaiheessa tulee kysymykseen tuomioistuinkäsittely, joka täyttää EIS 6 artiklan vaatimukset.

> EIT:n peruslinjaus ilmenee tuomioista *Le Compte, Van Leuven & De Meyere* 23.6.1981 ja *Albert & Le Compte* 10.2.1983. Ensin mainitun tuomion mukaan EIS 6 artikla sisältää oikeuden saada asiansa tuomiostuimen käsiteltäväksi. Artikla ei siitä huolimatta edellytä, että valtion tulee alistaa ratkaistava oikeuksia ja velvollisuuksia koskeva asia menettelyyn, jotka kaikissa käsittelyvaiheissa täyttävät artiklan asettamat vaatimukset. Joustavuuden ja tehokkuuden vuoksi voidaan pitää oikeutettuna myös asian käsittelyä muunlaisissa hallinnollisissa elimissä. Myöhemmässä tuomiossa *Albert & Le Compte* 10.2.1983 EIT ilmaisi periaatteen seuraavasti: joko toimivaltaiset elimet itse ovat EIS 6 artiklan vaatimusten mukaisia tai ne eivät vastaa näitä vaatimuksia, mutta ne ovat sellaisen tuomioistuinelimen jälkikäteisen valvonnan alaisia, jolla on täysi tutkintavalta ja joka tarjoaa EIS 6 artiklan mukaiset menettelytakeet. Tuomiossa *Ortenberg* 25.11.1994 tuomioistuin totesi selkeästi, että sellaisten hallintoviranomaisten päätökset, joiden toiminta ei täytä EIS 6 artiklan vaatimuksia, tulee olla tuomoistuimen valvonnan alaisia.

EIS 6 artiklan laajentuminen hallinnollisiin asioihin edellyttää, että hallintolainkäytön institutionaaliset muodot ja menettelytavat vastaavat EIS 6 artiklan vaatimuksia. Kansallisen järjestelmän tasolla on löydettävä ne organisatooriset ja menettelylliset rakenteet, jotka takaavat oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen myös niissä hallintoasioissa, jotka kuuluvat EIS 6 artiklan soveltamisalaan. Hallintolainkäyttö on Suomessa jo ensivaiheessa muutoksenhakua. Ensiasteen hallintomenettely olla hallinnon vastuulla. Hallintoasioissa tuomioistuinten tehtävänä on taata oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutuminen myös hallintoasioissa siinä tapauksessa, että asia saatetaan tuomioistuimen ratkaistavaksi. EIT on korostanut sitä, että EIS 6 artiklan mukainen oikeus saada asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi ei ole rajoitettu hallintoasioissa vain oikeuskysymyksiin, vaan tuomioistuinkäsittelyn tulee kattaa oikeus ja tosiasiakysymykset. Tuomioistuimen toimivallan tulee ulottua henkilön oikeuksista ja velvollisuuksista päättämiseen (*determination of his civil rights and obligations*).[23]

Muutoksenhaun tulee hallintoasioissa olla tehokas oikeuskeino. EIT on pitänyt englantilaista judicial review -menettelyä riittämättömänä oikeuskeinona

[23] *Le Compte, Van Leuven & De Meyere* 23.6.1981; *Zumtobel* 21. 9.1993.

hallintoasioissa, koska judicial review -asiaa käsittelevän tuomioistuimen tutkintavalta oli rajoitettu lainvastaiseen menettelyyn eikä se voinut kyseisissä tapauksissa ottaa kantaa lasten huostaanottoja koskeneiden hallintopäätösten asiallisiin perusteisiin.[24] Tuomiossa *Obermeier* 28.6.1990 katsottiin, että hallintotuomioistuimen pidättyvä puuttuminen hallintopäätöksiin oli vastoin EIS 6 artiklaa. Lainsäädännössä ei ollut mitään sisällöllisiä ja täsmällisiä säännöksiä päätösten osalta ja hallintotuomioistuinten omaksuman käytännön mukaan ne ottivat kantaa ainoastaan siihen, oliko hallintoviranomainen käyttänyt harkintavaltaansa väärin. Oikeus saada asiansa tuomioistuimen päätettäväksi ei siten voinut toteutua.

Soveltamisalaltaan PerL 21 §:n 1 momentin säännös on lähtökohtaisesti selvästi laajempi kuin EIS 6 artikla, vaikka jälkimmäisen määräyksen soveltamisala on jatkuvasti laajentunut. Toisaalta on todettava, että PerL 21 §:n 1 momentin soveltamisalaa on rajoitettu perustuslakivaliokunnan käytännössä hyväksymällä valituskieltoja varsin merkittävissäkin asiaryhmissä. Tämä kehityssuunta voi johtaa ristiriitatilanteeseen, jossa PerL 21 §:n katsotaan sallivan laajemman valitusoikeuden rajoittamiseen kuin mitä EIS 6 artiklan soveltamiskäytännön mukaan on mahdollista. Lakiin sisältyvää valituskieltoa tuomioistuin ei voi sivuuttaa PerL 106 §:n nojalla sillä perusteella, että valituskielto olisi vastoin PerL 21 §:ää, mikäli perustuslakivaliokunta on lain eduskuntakäsittelyn yhteydessä pitänyt valituskieltoa perustuslain kannalta hyväksyttävänä.

EIS:n määräyksillä ei ole kansalliseen lainsäädäntöön nähden etusijaa toisin kuin EY-oikeudella. EIS artikla on Suomessa saatettu voimaan normihierarkisesti laintasoisena eikä myöhempään lakiin sisältyvää valituskieltoa voida EIS 6 artiklan nojalla jättää soveltamatta. Mahdollisesta EIS:n loukkauksesta, joka tuollaisesta valituskiellosta aiheutuu, vastaa Suomen valtio. EY-oikeudella on etusija kansallisen oikeusjärjestyksen säännöksiin nähden. EY-oikeuden mukainen oikeus tuomioistuinkäsittelyyn on siten toteutettava kansallisista muutoksenhakurajoituksista huolimatta.

6. FAIR HEARING -VAATIMUS HALLINTOLAINKÄYTÖSSÄ

PerL 21 §:n 2 momentin mukaan yksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeista on *oikeus tulla kuulluksi*. Suomalaisessa oikeuskieles-

[24] Ks. *O. v Yhdistynyt Kuningaskunta* 8.7.1987 sekä samana päivänä annetut muut Yhdistynyttä Kuningaskuntaa koskevat tuomiot.

sä kuulemisen käsite tarkoittaa yleisesti sitä, että hallintoviranomainen tai tuomioistuin antaa henkilölle tilaisuuden esittää kantansa asiassa. Kuuleminen voi tapahtua joko suullisesti tai kirjallisesti. PerL 21 §:n 2 momentin säännös ei sen sijaan mainitse oikeutta suullisen käsittelyn toimittamiseen osana oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä tai hyvää hallintoa. PerL 21 §:n 2 momentissa ei ole tarkempia säännöksiä siitä, millainen menettely tuomioistuimessa täyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen.

EY-oikeuden lähtökohtana on kansallinen prosessiautonomia. Asiaa koskevan yhteisön sääntelyn puuttuessa jäsenvaltion oikeusjärjestys määrittää toimivaltaiset tuomioistuimet ja menettelysäännöt. Menettelysääntöjen tulee olla vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden mukaisia. HLL:n menettelysäännökset ovat siinä määrin joustavat, että niiden soveltaminen vastaavuus- ja tehokkuusperiaatteiden mukaisesti ei tuota käytännössä ongelmia. Kansallista prosessiautonomiaa koskeva erityiskysymys on se, onko hallintotuomioistuimen otettava viranpuolesta esiin EY-oikeuteen liittyviä kysymyksiä. Tuomiossa asia C-72/95, *Kraaijeveld*, 24.10.1996, Euroopan yhteisöjen tuomioistuin lausui seuraavaa:

> Jos kansallisen oikeuden mukaan tuomioistuimella on velvollisuus tai mahdollisuus tutkia viran puolesta sellaiseen pakottavaan kansalliseen oikeussääntöön perustuvat oikeudelliset perusteet, joihin asianosaiset eivät ole vedonneet, sen on tutkittava toimivaltansa rajoissa viran puolesta, ovatko jäsenvaltion lakiasäätävät tai hallinnolliset viranomaiset pysyneet niille kuuluvan harkintavallan rajoissa, ja kansallisen tuomioistuistuimen on otettava tämä huomioon käsitellessään kumoamiskannetta.

EIS 6 artiklan ja sen soveltamiskäytäntö tematisoivat kysymyksen oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä ja sen osatekijöistä. Pohdittaessa oikeudenmukaista oikeudenkäyntimenettelyä kansallisella tasolla ajattelun täytyy lähteä liikkeelle siitä, miten oikeudenmukainen oikeudenkäynti on EIS 6 artiklan tulkinnassa ymmärretty. Kysymyksenasettelu avautuu tuon tulkintakäytännön kautta. EIS 6 artiklan otsikossa käytetään ilmaisua *”fair trial”*. Kyse on laajemmasta käsitteestä kuin *”fair hearing”*, joka mainitaan EIS 6 1 artiklassa. ”Fair trial” sisältää myös EIS 6 artiklan 2 ja 3 kohdissa vahvistetut rikosasian käsittelyä koskevat erityisvaatimukset. Suomennoksessa terminologinen eroavuus ei tule esiin, koska sekä ilmaus ”fair trial” että ”fair hearing” suomennetaan oikeudenmukaiseksi oikeudenkäynniksi. Tässä ja seuraavissa jaksoissa tarkastellaan, mitä vaatimuksia sisältää EIS 6 artiklan 1 kohdan *”everyone is entitled to a fair and public hearing”*.

Yksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin elementeistä on ”*equality of arms*”. ”Equality of arms” -periaatteen mukaan jokaiselle osapuolelle tulee

antaa hyväksyttävä mahdollisuus esittää asiansa sellaisin edellytyksin, jotka eivät aseta häntä olennaisesti epäedullisempaan asemaan suhteessa vastapuoleen.[25] Periaate edellyttää, ettei yksityistä asianosaista aseta epäedullisempaan asemaan suhteessa muihin prosessin osapuoliin, mikäli näitä prosessissa esiintyy. Equality of arms -periaatteen noudattaminen hallintolainkäyttömenettelyssä ei edellytä, että prosessissa tulee yksityisellä henkilöllä olla vastapuolena julkisen vallan edustaja tai että hallintoviranomaisten prosessuaalinen asema olisi vastaavalla tavalla turvattava. Menettelylliset perus- ja ihmisoikeudet koskevat ihmisiä. Viranomaistaho voidaan näin ollen asettaa prosessissa epäedullisempaan asemaan kuin yksityiset henkilöt.

Equality of arms -periaatteen toteuttamisesta vastaa asiaa käsittelevä tuomioistuin. Hallintolainkäyttöasian käsittelystä ja selvittämistä on säädetty HLL 7 luvussa. Näiden säännösten mukaan tuomioistuimen roolia hallintolainkäyttöasian käsittelyssä luonnehtii *virallisperiaate*. HLL 33 §:n mukaan valitusviranomaisen on huolehdittava siitä, että asia tulee selvitetyksi. Tarvittaessa on osoitettava asianosaiselle tai päätöksen tehneelle hallintoviranomaiselle, mitä lisäselvitystä asiassa tulee esittää. Valitusviranomaisen on hankittava viran puolesta selvitystä siinä laajuudessa kuin käsittelyn tarpeellisuus, oikeudenmukaisuus ja asian laatu vaativat.

Virallisperiaate merkitsee *tutkintaperiaatteen* omaksumista hallintolainkäyttömenettelyyn. Kun käsittelymenetelmässä asiaosaisten tehtävänä on esittää ne tosiseikat, jotka he haluavat viranomaisen ottavan huomioon ja hankkia tarpeellinen näyttö, niin tutkintamenetelmässä nämä tehtävät kuuluvat asian ratkaisevalle viranomaiselle.[26] Perustuslain tasolla virallisperiaate kytkeytyy ensisijaisesti oikeusvaltioperiaatteeseen. PerL 22 §:ssä lisäksi säädetään, että julkisella vallalla on yleinen velvollisuus turvata perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Tämä velvollisuus koskee myös tuomioistuimia. Perusoikeusuudistusta koskevan hallituksen esityksessä todetaan (HE 309/1993 vp s. 75):

> ”Perusoikeussäännökset sitovat julkista valtaa sen kaikessa toiminnassa, niin lainsäädännössä, hallinnossa kuin lainkäytössä. Perusoikeuksien käytännön toteutumisen kannalta ei ole riittävää, että julkinen valta pidättäytyy itse puuttumasta perusoikeuksiin. Perusoikeuksien tosiasiallinen toteutuminen edellyttää usein julkisen vallan aktiivisia toimenpiteitä. Säännös korostaa

---

[25] Equality of arms -periaatetta koskevasta oikeuskäytännöstä mainittakoon *Ruiz-Mateos* 23.6.1993, *Dombo Beheer B.V.* 27.10.1993, *Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis* 9.12.1994, *Ankerl* 23.10.1996, *Nideröst-Huber* 18.2.1997, *De Haes & Gijsels* 24.2.1997, *Kuopila* 27.4.2000.

[26] Virallisperiaatteen ja tutkintaperiaatteen suhteesta hallintolainkäytössä. Hallintolainkäyttölaki. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston ehdotus. *Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1994*. Helsinki 1994 s. 288–290.

pyrkimystä perusoikeuksien aineelliseen turvaamiseen. Säännös ulottaa julkisen vallan turvaamisvelvollisuuden perusoikeuksien ohella myös Suomea velvoittavissa kansainvälisissä sopimuksissa turvattuihin ihmisoikeuksiin. Säännös on kaikkia perusoikeuksia ja Suomea sitovissa kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa turvattuja ihmisoikeuksia koskeva yleissäännös."

Virallisperiaate on nähtävä yhteydessä hallintolainkäytön perusrakenteeseen ja -tehtävään. Hallintotuomioistuimella on ensisijainen vastuu siitä, että asia voidaan ratkaista aineellisesti oikein. Virallisperiaate lähtee aineellisen oikeusturvan takaamisesta. Hallintolainkäyttöasioiden indispositiivisuus edellyttää, ettei tuomioistuin ole sidottu asianosaisten eikä hallintoviranomaisten käsityksiin siitä, minkä säännösten perusteella asia on ratkaistava. Jura novit curia -periaatteen mukaisesti tuomioistuimen on viran puolesta tunnettava asiaan liittyvä oikeus.

Hallinnon lainalaisuus edellyttää myös sitä, että ratkaistava oikeuskysymys vastaa sitä todellisuutta, josta valitusasiassa on kyse. Tosiasiapuoleen kohdistuva selvitysvelvollisuus ei kuitenkaan ole oikeuskysymyksenkään kannalta merkityksetön, koska ne vaikuttavat toisiinsa. Se, miten itse oikeuskysymys on muotoiltu, vaikuttaa väistämättä siihen, millaista selvitystä asiassa tarvitaan. Hallintoasian selvittäminen kuuluu hallintomenettelyä koskevien sääntöjen mukaan asian ratkaisevalle hallintoviranomaiselle. Myös hallintomenettelyssä lähtökohtana on virallisperiaate. Aineellinen menettelynjohtovalta ja päävastuu asian selvittämisestä on hallintoviranomaisella. Hallintolaissa on ollut tarkoitus korostaa virallisperiaatteen noudattamista ja pyrkimystä aineellisen totuuden saavuttamiseen. Asian selvitetyksi tuleminen ei hallintolakia koskevan hallituksen esityksen mukaan tarkoita sitä, että viranomaisen olisi loputtomiin hankittava selvitystä, vaan riittävää on, että viranomainen hankkii sellaiset selvitykset, joilla se arvioi olevan merkitystä asian ratkaisemiselle (HE 72/2002 s. 83).

Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takaamisen on katsottu edellyttävän, ettei hallintotuomioistuin ei ole mitenkään sidottu siihen aineistoon, joka on hallintoviranomaisessa ollut esillä. Hallintotuomioistuimissa joudutaan selvittelemään asioita varsinkin, jos hallintotuomioistuin arvioi toisella tavoin kuin hallintoviranomainen sitä, millaiset selvitykset ovat asian ratkaisemiselle merkityksellisiä. Hallintotuomioistuimen toimesta tapahtuva asian selvittäminen on siten hallintoviranomaisen toimittamaa selvittämistä täydentävää. Kun hallintoviranomaisen toimittama selvitys on niin puutteellinen, ettei asiaa ole voitu sen perusteella lainmukaisesti ratkaista, asia yleensä palautetaan uudelleen käsiteltäväksi hallintoviranomaiselle. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksesta ei seuraa, että hallintoasiat selvitetään vasta muutoksenhakuvaiheessa tai selvitys toimitetaan tuolloin uudelleen.

Ulkomaalaislain muutosehdotuksessa HE 15/2000 vp esitettiin, että Helsingin hallinto-oikeuden tulee ratkaista sille alistetut asiat turvapaikkatutkinnassa ja ulkomaalaisvirastossa kertyneen aineiston ja selvityksen perusteella. Perustuslakivaliokunta otti tähän kantaa lausunnossaan (PeVL 16/2000 vp s. 5). Valiokunnan mukaan esitetyn säännöksen mukaan hallinto-oikeus arvioisi näin ollen vain oikeudellisesti ulkomaalaisviraston käsittelyssä jo esillä olleen tosiasia-aineiston. Tällainen ehdotus esti valiokunnan käsityksen mukaan sen, että hallinto-oikeus perustaisi ratkaisunsa alistusasian käsittelyn yhteydessä syntyneeseen uuteen aineistoon.

Valiokunta katsoi, että tuomioistuimen ratkaisutoiminnan asiallinen sitominen tällä tavoin määrättyyn, jo hallintoviranomaisessa esillä olleeseen aineistoon ei valiokunnan mielestä ole sopusoinnussa oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille asetettavien vaatimusten kanssa. Valiokunta piti tätä ehdotusta ongelmallisena PerL 3 §:n 3 momentissa turvatun tuomioistuinten riippumattomuuden kannalta. PerL:ssa tarkoitetun tuomiovallan käytön kannalta olisi myös erikoista, että hallintotuomioistuimelle osoitetaan PerL 21 §:n 1 momentin alaan kuuluvassa asiassa pelkästään hallinnollisluonteinen alistustehtävä, jonka hoidossa tuomioistuinta olisi estetty noudattamasta eräitä keskeisiä hallintolainkäytön perussäännöksiä.

Kuuleminen laajemmassa merkityksessä liittyy EIS:n tulkinnassa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin käsitteeseen, joka sisältää perustavaa laatua olevan oikeuden että menettelyn tulee olla *adversariaalinen*. Oikeus adversariaaliseen oikeudenkäyntiin tarkoittaa osapuolten mahdollisuutta saada tieto ja kommentoida toisen osapuolen esittämiä näkökohtia ja todisteita *(The right to an adversarial trial means the opportunity for the parties to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party*). Adversariaalisuus saa siten saman sisällön kuin kontradiktorinen periaate. Tämä oikeus koskee myös muuta kuin toisen osapuolen esittämää selvitystä, kuten tuomioistuimen hankkimaa aineistoa. Tällaisen selvityksen hankkiminen tuomioistuimen toimesta ei ole sinänsä vastoin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta.[27]

Asianosaiselle on HLL:n 34 §:n mukaan ennen asian ratkaisemista varattava tilaisuus antaa selityksensä muiden tekemistä vaatimuksista ja sellaisista selvityksistä, jotka voivat vaikuttaa asian ratkaisuun. Säännöksessä ei ole tarkemmin määritelty, ketä on pidettävä siinä tarkoitettuna asianosaisena. HLL:ssa asianosainen mainitaan myös lukuisissa muissa kohdissa (HLL 20, 33, 35, 37–39, 43–44, 46, 48–50, 55–57, 74–75 ja 77 §:t). Lisäksi HLL viittaa useissa kohdin OK:n säännöksiin, joita soveltuvin osin noudatetaan myös hallintolainkäytössä. Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että asianosaisuus on HLL:ssa yleensä sidottu

[27] *Ruiz-Mateos* 23.6.1993, *Van Orshoven* 25.6.1997, *Nideröst-Huber* 18.2.1997, *Mantovanelli* 18.3.1997, *Krcmár ym.* 3.3.2000.

asianosaisuuteen ensiasteen hallintomenettelyssä. HLL:n asianosaiskäsite tarkoittaa ensisijaisesti niitä, jotka ovat hallintoasian asianosaisia eli ne, joihin päätös on kohdistettu tai joiden oikeuteen, velvollisuuteen tai etuun päätös välittömästi vaikuttaa (*aineellinen asianosaisuus*).

HLL:n asianosaisia koskevia säännöksiä sovelletaan myös niihin valitusoikeuttaan käyttäneisiin tahoihin, joiden valitusoikeuden peruste on muu kuin hallintoasian asianosaisuus, kuten kunnan jäsenyys tai hallintoviranomaisen valitusoikeus (*muodollinen asianosaisuus*). Julkinen yhdyskunta voi olla hallintoasiassa myös aineellisella perusteella asianosainen silloin, kun yhdyskunta on ensiasteen hallintomenettelyssä asianosainen esimerkiksi luvanhakijana. Kyse ei ole julkisen yhdyskunnan toiminnasta julkisen vallan käyttäjänä, ja julkiseen yhdyskuntaan sovelletaan asianosaista koskevia säännöksiä.

HLL:n perusrakenteen mukaan päätöksen tehnyt viranomainen ei ole asianosainen. Valituksenalaisen päätöksen tehneeltä hallintoviranomaiselta on HLL 36 §:n mukaan hankittava lausunto, jollei se ole tarpeetonta. Lausuntomenettely on hallintolainkäytössä vakiintunut menettelytapa. Sen alkuperäinen tarkoitus on perustelujen ilmisaaminen ja asian selvittäminen. Tässä yhteydessä voidaan viitata seuraavaan *Merikosken* lausumaan, jossa hän käyttää lausunnosta ilmaisua selitys:[28]

> ”Tällainen selityksen hankkiminen ei ole asianosaisen kuulemista. Selityksen antaminen ei ole viranomaisen ehdonvallan varassa, vaan on se toimitettava virkatehtävänä. Selityksen antaja ei yleensä millään tavoin disponoi asiasta eikä selityksen hankkimista voida liioin ymmärtää yksinomaan asian selvittelyä tarkoittavaksi toimeksi. Paremminkin voidaan sanoa selityksen hankkimisen tarkoituksena olevan päätöksen perustelujen ilmisaamisen. Hallintomenettelyssä annettavien päätösten suuri lukumäärä tekee ymmärrettäväksi sen, että päätösten perustelu, mitä tulee sen seikkaperäisyyteen, usein jättää paljonkin toivomisen varaa. Nämä aukot voidaan selitystä annettaessa täyttää.”

Merikoski viittaa lisäksi siihen, että lausuntoon saattaa sisältyä myös näkökohtia, joilla asian ratkaissut viranomainen puolustaa ratkaisua julkisen intressin kannalta. Tämä puoli lausuntoa on ehkä tullut keskeisemmäksi sen myötä, että hallintopäätökset nykyisin pääsääntöisesti perustellaan. Kuitenkin edelleen verotuksessa tehdään päätöksiä, joita ei seikkaperäisesti perustella. Tällöin lausunto toimii perustelujen julkituomisen välikappaleena.

Kuulemisvelvollisuutta ei ole hallituksen esityksen mukaan (HE 217/1995 vp s. 60), jos aineisto ei liity asiaan tai jos on kyse sellaisesta uudesta aineistos-

---

[28] *Merikoski*, *Veli*: Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä. Toinen uusittu painos. Vammala 1968 s.141.

ta, jolla ei olisi enää vaikutusta, koska asia olisi ilman tätä aineistoa tullut riittävästi selvitetyksi. Sen seikan arviointi, onko aineistolla vaikutusta asian ratkaisuun, kuuluu valitusviranomaiselle. Lisäksi todetaan, että asianosaista ei tarvitse kuulla sellaisesta aineistosta, josta asianosainen on saanut tiedon muulla tavoin ja josta hän on voinut esittää näkökantansa. Riittävää ei ole myöskään se, että asianosainen on voinut lausua käsityksensä muussa viranomaisessa kuin lainkäyttöasteessa.

EIT on neljässä Suomea koskevassa tuomiossa puuttunut tuomioistuinmenettelyssä tapahtuneisiin kuulemisen laiminlyönteihin. Kolme näistä tapauksesta liittyy menettelyyn vakuutusoikeudessa ja yksi koskee rikosasian käsittelyä hovioikeudessa. EIT ei ole pitänyt hyväksyttävänä perusteena kuulemisen toimittamatta jättämiselle sitä, että kyseinen aineisto ei ole voinut vaikuttaa asian lopputulokseen tai että aineistossa olisi ollut uutta valittajalle. EIT:n mukaan riippumatta aineiston tosiasiallisesta vaikutuksesta valittajan asiana on arvioida, vaatiiko aineisto huomautuksia hänen taholtaan.

> Tuomiossa *Kerojärvi* 19.7.1995 oli kyse siitä, että KKO oli menetellyt virheellisesti, kun se ei ollut kuullut valittajaa asiakirjoista, jotka vakuutusoikeus oli hankkinut viranpuolesta tapaturmavirastosta ja sotilaspiiristä. Myöskään vakuutusoikeus ei ollut kuullut valittajaa, mutta sen menettely oli tapahtunut ennen Suomen liittymistä EIS:een.
>
> Tuomion *K.P. v. Suomi* 31.5.2001, joka puolestaan liittyi työttömyyspäivärahaoikeuteen, mukaan työttömyysturvalautakunta oli pyytänyt valitusta käsitellessään lausunnot työvoimatoimikunnalta ja työttömyyskassalta, mutta ei ollut antanut niitä valittajalle tiedoksi. Myös vakuutusoikeus hankki asiaa käsitellessään työttömyyskassalta lausunnon, jota se ei antanut tiedoksi. EIT:n mukaan vakuutusoikeudella oli ollut velvollisuus varata valittajalle tilaisuus lausua käsityksensä lausunnoista ennen asiasta päättämistä. Samanlainen on tuomio *K.S. v. Suomi* 31.5.2001 koski työkyvyttömyysasian käsittelyä vakuutusoikeudessa. Vakuutusoikeus oli hankkinut sosiaaliturvalaitokselta, jota ei annettu tiedoksi valittajalle.
>
> *Kuopilan* asiaa koskeva tuomiossa 27.4.2000 pidettiin virheellisenä hovioikeuden menettelyä, jossa hovioikeus ei ollut kuullut valittajaa syyttäjän toimittamasta lisäaineistosta.

EIT:n käytäntö painottaa HLL:n esitöitä enemmän asianosaisen oikeutta saada aineisto tietoonsa ja sitä, ettei merkitystä ole sillä voiko aineisto vaikuttaa lopputulokseen ja onko asianosaisella aihetta sitä arvioida kannaltaan. HLL:a koskeva hallituksen esitys painottaa tässä kohden ehkä liiaksi virallisperiaatetta. EIT:n tulkintalinja sen sijaan on hyvin kategorinen, asiassa tuomioistuimelle esitetty ja sen hankkima aineisto on annetava asianosaiselle tiedoksi.

Kontradiktoorisuudesta ei välttämättä seuraa vaatimusta, että oikeudenkäynnin järjestäminen tulisi tapahtua välittömyysperiaatteen mukaisesti suullisessa

ja keskitetyssä menettelyssä, kuten alioikeusprosessi on Suomessa järjestetty. Oikeudenkäyntimenettelyn sääntely kuuluu kansallisen lainsäädännön piiriin eikä EIS:n perusteella ole määriteltävissä tietynlaista ihmisoikeudet turvaavaa ideaaliprosessia. EIS:n perusteella turvataan ainoastaan yksityisen asianosaisen vähimmäisoikeudet oikeudenkäyntimenettelyssä. *Equality of arms* -periaatteen toteuttamisesta ja adversariaalisuuden vaatimuksesta erillinen kysymys on suullisen kuulemisen toimittaminen. Sanotut periaatteet koskevat yhtä lailla sekä suullista että kirjallista oikeudenkäyntimenettelyä.

7. SUULLINEN KÄSITTELY

Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus kytkeytyy yleensä selvimmin kysymykseen suullisen käsittely toimittamisesta. Liittyessään EIS:een Suomi teki varauman, joka koski suullisen käsittelyn toimittamista muutoksenhakutuomioistuimissa. Varauman taustalla ei ollut EIT:n vakiintunut oikeuskäytäntö koskien suullisia käsittelyjä muutoksenhakutuomioistuimissa. *Pellonpään* oikeusministeriölle laatimassa selvityksessä todettiin, että sanamuotonsa mukaan tulkittuna EIS 6 artiklan 1 kohta näyttää edellyttävän suullista käsittelyä kattamissaan asioissa. Johtopäätöksien tekemistä ratkaisukäytännöstä vaikeutti se, että nimenomaan suullisen käsittelyn puuttuminen ei juurikaan näyttänyt olleen keskeinen kysymys tuomioistuinten ratkaisemissa tapauksissa, koska niissä oli yleensä pidetty suullinen käsittely. Pellonpään mukaan vaatimusta suullisesta käsittelystä voidaan pitää ainakin selkenänä pääsääntönä.[29] Varauma peruutettiin lääninoikeuksien ja KHO:n osalta HLL:n säätämisen jälkeen.

Suullista käsittelyä koskeva oikeuskäytäntö muotoutui pääasiassa oikeastaan vasta sen jälkeen kun Suomi oli jo liittynyt EIS:een. Tässä suhteessa varauma pikemmin ennakoi EIT:n tulevia linjauksia, jotka korostivat suullisen kuulemisen merkitystä. Tätä linjaa ennakoi Ruotsia koskeva tuomio *Ektabani* 26.5.1988, jossa oli kyse suullisesta käsittelystä rikosasiassa hovioikeudessa. Myöhempiä Ruotsin hovioikeusmenettelyyn liittyviä ratkaisuja ovat 29.10.1991 asioissa *Helmers*, *Andersson* ja *Fejde* annetut tuomiot. Ensimmäinen suullista käsittelyä hallintolainkäytössä koskeva asia oli *Fredin* 23.2.1994. Siinä katsottiin, että Ruotsin Regeringsrätten oli menetellyt EIS 6 artiklan 1 kohdan vastaisesti jättäessään suullisen kuulemisen toimittamatta käsitellessään maanainestenottolupaa koskevaa muutoksenhakua.

---

[29] *Matti Pellonpää*: Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus Suomen näkökulmasta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 21/1988. Helsinki 1989 s. 120–121.

PerL 21 §:n 2 momentissa ei ole mainittu suullista käsittelyä yhtenä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeena. Hallituksen esityksen (HE 309/193 vp s. 74) perustelun mukaan vaatimus käsittelyn suullisuudesta on jätetty vaille erillistä mainintaa lainkäytön oikeussuojatakeiden joukossa, vaikka tämä oikeussuojan osa-alue sinänsä sisältyy oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin käsitteen piiriin. Niiden konkreettiset järjestelyt ja mahdolliset rajoitukset jäävät lailla lähemmin säädeltäviksi, mutta näiltäkään osin lainsäädäntö ei saa vaarantaa kenenkään oikeusturvaa.

Hallintolainkäytössä suullisesta käsittelystä säädetään HLL:n 37 ja 38 §:ssä. Suullisen kuulemisen osalta näillä HLL:n säännöksillä on myöhempinä säännöksinä ja erityissäännöksinä muodollinen etusija EIS 6 artiklaan nähden. HLL:n soveltamisessa on kuitenkin pyrittävä ihmisoikeusystävälliseen tulkintaan. EIS 6 artikla ja sitä koskeva EIT:n oikeuskäytäntö tulee ottaa huomioon tulkittaessa HLL 37 ja 38 §:n säännöksiä. EIS:n tulkintakäytäntö ei ollut suullisen käsittelyn vaatimuksen osalta HLL:a valmisteltaessa mitenkään vakiintunut, ja HLL koskevissa esitöissä on mainittu EIT:n tuomioista ainoastaan vuonna 1991 annetut hovioikeuskäsittelyä koskevat ratkaisut.

HLL:ssa käytetty termi ”suullinen käsittely” saattaa antaa harhaanjohtavan kuvan siitä, että hallintolainkäyttömenettelyssä olisi vaihtoehtoisesti suullinen ja kirjallinen käsittelytapa. Näin ei ole, vaan hallintolainkäyttömenettely on HLL:n mukaan perusrakenteeltaan kirjallista. Hallintolainkäyttölakia koskevan hallituksen esityksen mukaan suullinen käsittely täydentää kirjallista menettelyä, se on *täydentävä selvityskeino*. Valitusviranomaisen ratkaisun pohjana ei ole ainoastaan suullisessa käsittelyssä esitetty aineisto. Hallintolainkäyttömenettelyssä ei ole suullista pääkäsittelyä. Koska suullinen käsittely on täydentävä selvityskeino se voidaan myös rajoittaa koskemaan osaa asiasta tai tiettyä selvityksen vastaanottamista taikka asianosaisten käsitysten selvittämistä (HE 217/1995 vp s. 64–65).

HLL on rakenteeltaan viritetty kirjallisen menettelymuodon mukaiseksi ja suullinen käsittely on siten vain täydentävä selvityskeino, jossa voidaan kuulla asianosaisia, asiantuntijoita tai todistajia asian selvittämiseksi. Menettelynä se rinnastuu katselmuksen toimittamiseen. Suullisessa käsittelyssä tapahtuvan kuulemisen lähtökohtana ei ole näin ollen myöskään välittömyysperiaatteen toteuttaminen. Suullinen käsittely tähtää sellaisen selvityksen vastaanottamiseen, joka ei ole kirjallisessa muodossa saatavilla tai jonka luotettavuuden arviointi edellyttää selvityksenantaneiden henkilöiden suullista kuulemista. Hallintomenettelyn perusteena on yleensä erilainen asiakirja-aineisto ja viranomaisten laatimat tutkinta-aineisto, kuten esitutkintapöytäkirja ja tarkastuskertomukset. Tätä aineistoa voidaan käyttää selvityksenä myös hallintoasian muutoksenhaussa, koska HLL:ssa ei ole säädetty rajoituksia siihen, minkälaista

tutkinta-aineistoa voidaan käyttää todisteena (vrt. OK 11:1.2).

HLL 37 ja 38 §:n soveltaminen on HLL 2 §:n mukaan rajoitettu tuomioistuimiin. Tätä perusteltiin hallituksen esityksessä sillä periaatteellisella seikalla, ettei hallintoviranomaisille tule yleissäännöksin antaa oikeutta valan tai vakuutuksen nojalla kuulla asianosaista, todistajaa tai asiantuntijaa. Tällainen todistelu kuuluu ainoastaan tuomioistuimille. (HE 217/1995 vp s. 35) Sosiaalivakuutusasioissa on erikseen säädetty myöhemmin siitä, että muutoksenhakulautakunnat voivat HLL 37 §:n nojalla toimittaa tarvittaessa suullisen käsittelyn. Tarkastuslautakunnassa, joka monessa suhteessa rinnastetaan tuomioistuimeen, sovelletaan myös HLL 38 §:n säännöstä.

HLL 37 §:n mukaan asian selvittämiseksi toimitetaan tarvittaessa suullinen käsittely. Suullinen käsittely tulee järjestää, kun siitä arvioidaan olevan hyötyä selvittämisen kannalta (HE 217/1995 vp s. 64). HLL 38 §:n mukaan yksityisen pyynnöstä suullinen käsittely on toimitettava, ellei suullinen käsittely ole asian laadun vuoksi tai muusta syystä ilmeisen tarpeeton. Oikeutta suullisen käsittelyn toimittamiseen ei ole julkisella asianosaisella, koska tällaisen asianosaisen oikeus tai velvollisuus ei muodosta asiassa sellaista intressiä, jota varten oikeudenmukainen menettely edellyttäisi suullista käsittelyä (HE 217/1995 vp s. 66). HLL 38 §:n tarkoituksena on ollut saattaa lainsäädäntö vastaamaan EIS 6 artiklan asettamia vaatimuksia.

Suullinen käsittely voidaan jättää asianosaisen pyynnöstä huolimatta toimittamatta, jos suullinen käsittely olisi asian laadun vuoksi tai muusta syystä ilmeisen tarpeeton. Hallituksen esityksen (HE 217/1995 vp s. 66) mukaan tuomioistuimen tulee harkita, edistääkö suullisen käsittelyn toimittaminen asian selvittämistä. Ilmeisen tarpeettomuuden vaatimuksen on tulkittu tarkoittavan, että suullisen käsittely voidaan jättää toimittamatta, jos on hyvin todennäköistä, ettei suullisesta käsittelystä ole hyötyä. Suullinen käsittely voidaan säännöksen perusteella torjua myös asianosaisen kannalta vähäpätöisissä asioissa ja kun yksityisen oikeusturva ei asian laadun vuoksi edellytä suullisen käsittelyn järjestämistä. Näihin hallituksen esityksestä ilmeneviin näkökohtiin on syytä suhtautua varauksin, koska EIT:n suullisen kuulemisen toimittamista koskevat ratkaisut ovat pääosin peräisin ajalta sen jälkeen kun HLL oli jo säädetty.

EIS 6 artiklan englanninkielisen tekstin mukaan *”everyone is entitled to a fair and public hearing”*. Käsite ”*hearing*”viittaa myös suulliseen käsittelyyn, *”oral hearing”*. EIS:n suomennoksen mukainen ilmaus ”jokaisella on oikeus oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin” ei tavoita ajatusta kuulemisesta, *hearing*. Käännöksen pohjalla on ollut ehkä ajatus samaistaa oikeudenkäynti (*trial*) ja suullinen kuuleminen (*hearing*), ne eivät ole kuitenkaan sama asia. Suullinen kuuleminen voi muodostaa vain osan oikeudenkäyntimenettelyä. Kyse ei ole siten kuulemisesta samassa merkityksessä kuin PerL 21 §:ssä.

EIS:n tulkintakäytännön perusteella lainkäyttömenettely ei samaistu suullisesti tapahtuvaan oikeudenkäyntiin, vaan EIT on selkeästi hyväksynyt sen, että suullinen käsittely voi olla muutoin kirjallisen menettelyn osa. Suullinen kuuleminen ei ole asian käsittelyä koskeva yleinen menettelyperiaate, vaan yksityisen asianosaisen subjektiivinen oikeus. Ruotsia koskevissa 11.2.2003 annetuissa päätöksissä asioissa *Strömblad* ja *Pahverk* oli kyse suullisesta käsittelystä hallintotuomioistuimessa. Molemmat asiat koskivat sosiaalietuuksia. EIT:n mukaan kummassakaan tapauksessa ei rikottu EIS 6 artiklaa, kun suullinen kuuleminen jätettiin toimittamatta. EIT piti valituksia ilmeisen perusteettomina ja jätti ne tutkimatta.

> EIT katsoi *Strömblad*-tapauksessa, ettei suullista kuulemista ollut pyydetty todistajien tai asiantuntijoiden kuulemista varten tai sitä varten, että valittajaa itseään olisi kuultu asian selvittämisen tarkoituksessa. Valittaja oli perustellut pyyntöään pelkästään sillä, että hän halusi lausua suullisesti päätöksen merkittävistä taloudellisista vaikutuksista ja erään lain yhteensopimattomuudesta perustuslain kanssa. EIT katsoi, että korvauksen määrän vahvistaminen perustui välittömästi lain soveltamiseen ja jälkimmäinen seikka koski pelkästään oikeudellisia seikkoja, joista oli ollut sopivampaa lausua kirjallisesti.
>
> *Pahverk*-päätöksessä EIT totesi, että asian lopputulos riippui valittajan vammaisuudesta aiheutuvien lisäkulujen kokonaismäärän arviointi eikä mikään osoittanut, että sellaisesta kysymyksestä ei olisi voitu päättää asianmukaisesti kirjallisten lausumien perusteella. Valittaja ei ollut pyytänyt todistajien kuulemista eikä ollut nojautunut suulliseen todisteluun. Suullista käsittelyä koskevaa pyyntöä ei ollut perusteltu eikä mainittu mitä seikkoja suullisessa käsittelyssä selvitettäisiin.

EIT:n mukaan oikeus julkiseen kuulemiseen välttämättä sisältää itsessään oikeuden suulliseen kuulemiseen (*the entitlement to a 'public hearing' in Article 6 § 1 necessarily implies a right to an 'oral hearing'*). Käsiteltäessä asiaa ensimmäisestä ja ainoassa oikeusasteessa on normaalisti oikeus suulliseen kuulemiseen. Toisessa asteessa suullinen käsittely voidaan jättää toimittamatta edellyttäen, että sellainen on pidetty ensimmäisessä oikeusasteessa. Artikla 6 sisältää siten oikeuden suulliseen kuulemiseen ainankin yhdessä oikeusasteessa. Velvollisuus toimittaa suullinen kuuleminen ei kuitenkaan ole ehdoton. Kuulemista ei tarvitse toimittaa, jos osapuoli yksiselitteisesti luopuu oikeudestaan eikä asiassa ole sellaisia julkista intressiä koskevia kysymyksiä, jotka tekisivät kuulemisen välttämättömäksi. Suullista kuulemista koskevasta oikeudesta luopuminen voi olla eksplisiittinen tai hiljainen esimerkiksi pidättäytymällä sitä vaatimasta. Käsiteltävään asiaan liittyvistä poikkeuksellisista syistä voi johtua, ettei suullinen kuuleminen ei ole välttämätön esimerkiksi, kun siihen ei liity oikeus- tai faktakysymyksiä, joita ei voitaisi adekvaatisti ratkaista kirjallisen

aineiston perusteella (esimerkiksi kysymys valitusluvan myöntämisestä).[30]

EIT on oikeuskäytännössään rajannut oikeuden suulliseen kuulemiseen tilanteisiin, joissa suullisesti halutaan selvittää asiaan liittyviä kiistanalaisia tosiseikkoja. Kirjalliseen menettelyyn suhtaudutaan muutoin hyväksyvästi, mikä saattaa merkitä, että poikkeusperusteiden tulkinta saattaa jatkossa kehittyä entistä joustavampaan suuntaan. Hallintolainkäytön kannalta on merkityksellistä, että EIT viimeaikoina selvästi on painottanut jo *Schüler-Zraggen*-tuomiossa 24.6.1993 osalta lausuttua käsitystä siitä, että sosiaaliturvajärjestelmiä koskevat riidat ovat teknisluonteisia ja niiden lopputulos riippuu yleensä lääketieteellisistä lausunnoista ja, että monesti sellaisia riitoja voitiin käsitellä paremmin kirjallisessa kuin suullisessa menettelyssä. Sosiaaliturva-asioissa kansallisten viranomaisten tuli kiinnittää huomiota tehokkuuden ja taloudellisuuden vaatimuksiin. Suullisten käsittelyjen systemaattinen järjestäminen voisi EIT:n mukaan olla esteenä sosiaaliturva-asioissa vaaditulle erityiselle joutuisuudelle.

> Poikkeusperusteiden tulkintaa koskevat EIT:n 12.11.2002 antamissa Ruotsia koskevissa tuomioissa *Lundevall*, *Salomonsson* ja *Döry*. Tuomiot koskevat muutoksenhakua sosiaalietuuksien myöntämistä koskevaan päätökseen. Yhdessä tapauksessa katsottiin, että poikkeusperusteet olivat olemassa. Tuomiossa *Döry* katsottiin, ettei asian käsittely ollut edellyttänyt suullista kuulemista, koska kiistaa oli ainoastaan kirjallisten lääkärinlausuntojen oikeasta tulkinnasta, mikä oli voitiin asianmukaisesti ratkaista kirjallisessa menettelyssä. Lääkärinlausunnot eivät olleet keskenään ristiriitaisia.
>
> Kahdessa muussa tuomioissa EIT katsoi, että suullinen kuuleminen olisi näissä oloissa antanut merkityksellistä tietoa asian ratkaisemiseksi eikä poikkeuksellisia olosuhteita ollut. *Salomonsson*-tapauksessa annetut lääkärinlausunnot olivat keskenään ristiriitaisia siinä missä määrin valittajan vammasta aiheutui lisääntynyttä nestetarvetta. Valittaja halusi, että häntä kuultaisiin suullisesti hänen lisääntyneestä nestetarpeestaan. *Lundevall*-tuomiossa asian lopputulos riippui vammasta aiheutuvien kulujen määrän arvioinnista eikä lääkärinlausunnoista, jotka sinänsä olivat valittajalle edullisia. Suullista kuulemista pyydettiin, jotta valittaja olisi voinut esittää kysymyksiä valituksenalaisen päätöksen ratkaisseelle viranomaiselle ja että valittajan fyysisen kunnon arvioimiseksi tuomioistuin olisi voinut hyötyä hänen henkilökohtaisesta tapaamisestaan.

HLL 38 §:n osalta EIT:n oikeuskäytäntö tulee merkitykselliseksi arvioitaessa, voidaanko suullinen käsittely jättää toimittamatta ilmeisen tarpeettomana. EIT:n tuomio *L vs. Suomi* 27.4.2000 koskee välittömästi HLL 38 §:n sovelta-

---

[30] Oikeuskäytännöstä *Håkansson & Sturesson* 1.3.1990, *Helmers* 29.10.199, *Schuler-Zgraggen* 24.6.1993, *Fredin* 23.2.1994, *Fischer* 26.4.1995, *Eisenstecken* 3.10.2000, *Göc* 11.7.2002, *Salomonsson* 12.11.2002, *Lundevall* 12.11.2002, *Döry* 12.11.2002, *Bakova* 12.11.2002.

mista. Lastensuojeluasiassa oli hylätty suullisen käsittelyn pyyntö sillä perusteella, ettei suullisessa käsittelyssä ollut saatavissa asiaan vaikuttavaa uutta selvitystä. Asiassa vedottiin Suomen taholta nimenomaan siihen, että tuomioistuimella on harkintavalta olla järjestämättä suullista käsittelyä muun ohella silloin jos tuomioistuin arvioi sellaisen kuulemisen ilmeisen tarpeettomaksi asian laatu huomioon ottaen tai muusta syytä. Asiaa oli käsitelty jo aikaisemmin kuusi kertaa tuomioistuimessa kuitenkaan toimittamatta silloinkaan suullista käsittelyä. EIT katsoi, ettei kyse ollut poikkeuksellisista olosuhteista ja suullisen käsittelyn toimittamatta jättäminen oli vastoin EIS 6 artiklan määräystä.

EIT:n tulkinta tässä tapauksessa vastaa täysin sitä tulkintalinjaa, jonka mukaan yksityisellä asianosaisella on oikeus suulliseen kuulemiseen, mikäli asiassa on kiistanalaisia tosiseikkoja, joista halutaan esittää selvitystä suullisessa käsittelyssä. Lastensuojeluasioissa tosiseikat ovat yleensä paitsi kiistanalaisia niin myös laatunsa puolesta selvitettävissä suullisesti. Tapausta *L vs Suomi* tulkittaessa onkin pidettävä silmällä lastensuojeluasioiden erityislaatua eikä siitä pidä tehdä liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä muun tyyppisiin hallintolainkäyttöasioihin, joissa asian ratkaiseminen kirjallisessa menettelyssä voi olla täysin hyväksyttävää.

Sen arvioimisesta, oliko suullinen käsittely tarpeen asian selvittämiseksi vai voitiinko se ratkaista yksinoman kirjallisessa menettelyssä, oli kyse tapaturmavakuutusasian käsittelyä vakuutusoikeudessa koskevassa tuomiossa KKO 2003:35. Henkilö oli vaatinut suullisen käsittelyn järjestämistä tapaturmavakuutusasiassa kuullakseen todistajana lääkäriä, joka oli tehnyt yhteenvedon henkilöön kohdistuneista lääketieteellisistä tutkimuksista. Vaatimus suullisen käsittelyn järjestämisestä oli hylätty ilmeisen tarpeettomana. Mahdollisuus jättää suullinen käsittely ilmeisen perusteettomana toimittamatta HLL 38 §:n 1 momentin perusteella on KKO:n tulkinnassa suoraan yhdistetty EIT:n tulkintakäytäntöön. KKO:n mukaan mainittua säännöstä on esillä olevan kaltaisissa EIS 6 artiklan soveltamisalaan kuuluvissa asioissa tulkittava ottaen huomioon artiklan 1 kappale ja sen soveltamiskäytäntö. KKO:n tulkinta HLL 38 §:n 1 momentin mukaisesta ilmeisestä tarpeettomuudesta asettuu niihin puitteisiin, jotka edellä mainituissa EIT:n tuomioissa *Lundevall, Salomonsson* ja *Döry* on asetettu. KKO nimenomaisesti viittaa näihin EIT:n tuomioihin. KKO lausui:

> ”Edellä selostettu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntö huomioon ottaen voidaan siis päätyä siihen, että työtapaturman perusteella vaadittavaa korvausta koskevan asian ratkaiseminen kaikilta osin kirjallisessa menettelyssä voi olla ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kappaleen kannalta hyväksyttävää, jos asiassa on kysymys kirjallisten lääkärinlausuntojen sisällön tai lääketieteellisten kokemussääntöjen arvioinnista ja niiden vaikutuksesta asian ratkaisemiseen. Jos esitetty lääketieteellinen selvitys on asian ratkaise-

misen kannalta epätäydellistä, ristiriitaista tai riidanalaista, tapauksen laadusta ja esitetyistä vaatimuksista riippuen mainittu sopimusmääräys voi kuitenkin edellyttää, että asianosaisen vaatimuksesta asiaa voidaan selvittää suullisessa käsittelyssä.

Lisäksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä ilmenee, että arvioitaessa asianosaisen oikeutta suulliseen käsittelyyn on otettava huomioon myös asian merkitys hänelle (ks. esim. ratkaisu asiassa Eisenstecken, tuomio 3.10.2000, kohta 35). Asian tärkeys asianosaiselle objektiivisesta näkökulmasta tarkasteltuna on siten seikka, joka osaltaan vaikuttaa sen punnintaan, onko käsillä sellaisia erityisiä perusteita, joiden vuoksi oikeus suulliseen käsittelyyn ainakin yhdessä oikeusasteessa voi syrjäytyä."

KKO totesi, että asialla oli huomattava merkitys henkilön toimeentulon kannalta. Henkilön tarkoituksena ei ollut riitauttaa esitettyä lääketieteellistä selvitystä, vaan kuulustella todistajana lääkäriä, jonka lausuntoon hän on itse vedonnut. Hän oli katsonut lääkärin suullisen kuulemisen tarpeelliseksi tämän antaman kirjallisen lausunnon täydentämiseksi sekä syy-yhteyskysymysten tarkemmaksi selvittämiseksi vakuutuslaitoksen samoin kuin tapaturmalautakunnan katsottua asiaa lähemmin perustelematta, ettei lääkärinlausunto antanut aihetta vaatimusten hyväksymiseen. KKO katsoi, ettei asiassa ole käsillä sellaisia erityisiä syitä, joiden vuoksi EIS 6 artiklan 1 kappaletta koskevan tulkintakäytännön valossa voitaisiin katsoa, että suullinen käsittely olisi perustellusti voitu jättää toimittamatta ilmeisen tarpeettomana.

Suullisen käsittelyn toimittamisvelvollisuuden osalta voidaan yhteenvetäen todeta, että yksityisellä asianosaisella on oltava mahdollisuus suulliseen kuulemiseen, mikäli hänen asiassaan on kiistanalaisia tosiseikkoja, joista suullisen käsittelyn toimittaminen voisi antaa lisäselvitystä. Uudessa käytännössä EIT on painottanut, ettei suullista kuulemista ole tarvetta toimittaa, ellei asiassa ole kiistaa tosiseikoista. Oikeudellisten kysymysten ratkaiseminen voi tapahtua kirjallisessa menettelyssä. Suullista käsittelyä ei ole aihetta järjestää vain jotta asianosainen saisi esittää vaatimuksensa perusteineen. Tämä merkitsee aikaisempaa joustavampaa suhtautumista suullisen käsittelyn vaatimukseen.

8. PERUSTELUVELVOLLISUUS

PerL 21 §:n 2 momentin mukaan yksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista on oikeus saada perusteltu päätös. HLL 53 §:n mukaan päätös on perusteltava. Päätöksen perustelut ovat HLL 54 §:n mukaan erillinen päätöksen osa. Ratkaisuosaan ja perusteluihin ei ole tarkoitus sisällyttää selostusta valituksenalaisesta päätöksestä, valituksesta ja asiassa annetuista selvityksistä, näiden

referoinnin paikka on HLL 54 §:n osoittamalla tavalla ennen perusteluja ja lopputulosta. Perusteluista on ilmettävä, mitkä seikat ja selvitykset ovat vaikuttaneet ratkaisuun ja millä oikeudellisella perusteella ratkaisuun on päädytty. Hallituksen esityksen (HE 217/1995 vp s. 81–82) mukaan HLL 53 § tähdentää huolellisen perustelemisen tärkeyttä lainkäytössä ja tarvetta kehittää perusteluja. Tosiseikkojen osalta on todettu, että valitusviranomaisen kannan niihin tosiseikkoihin, jotka tukevat välittömästi päätöksen lopputulosta, on käytävä ilmi niin selvästi, että asianosainen voi päätöksestä todeta valitusviranomaisen päättelyn kulun. Eräissä tapauksissa on mainittava myös siitä, miksi tällaista seikkaa on pidetty totena ja mahdollisesti myös siitä, miksi jotain toista asiassa esitettyä seikkaa ei ole otettu ratkaisun pohjaksi. Oikeudellisen perustelun osalta on hallituksen esityksen perusteluissa todettu, että päätöksestä on käytävä ilmi, mitä säännöksiä tai määräyksiä tai muita oikeusohjeita kuten yleisiä oikeusperiaateita tai tuomioistuimen ennakkopäätöksestä ilmeneviä sääntöjä on sovellettu. Samoin on käytävä riittävän selvästi ilmi, miksi päätöksestä ilmenevään lopputulokseen on päädytty. Tämän vuoksi on selostettava, mistä syystä valitusviranomainen on tulkinnut lainkohtaa päätöksestä ilmenevällä tavalla.

EIS 6 artiklaan ei sisälly erikseen mainintaa perusteluvelvollisuudesta, mutta EIT:n oikeuskäytännössä on vakiintunut vaatimus siitä, että tuomioistuinten ja tribunaalien päätösten tulee adekvaatisti lausua ne syyt, joille ne perustuvat (*judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based*). Tämän velvollisuuden soveltaminen riippuu päätöksen luonteesta ja sitä tulee arvioida ratkaistavan asian olosuhteisiin nähden. EIT on lisäksi lausunut, ettei tähän perusteluvelvollisuuteen sisälly vaatimusta antaa vastaus kaikkiin esitettyihin argumentteihin. Muutoksenhakutuomioistuin voi periaatteessa hyväksyä alemman tuomioistuimen päätöksen perustelut. Alemman tuomioistuimen tai viranomaisen tulee antaa sellaiset perustelut, jotka mahdollistavat sen, että osapuolet voivat tehokkaasti käyttää muutoksenhakuoikeuttaan.[31]

EIT on tuomiossa *Hirvisaari* 27.9.2001 katsonut, että vakuutusoikeuden perustelut työkyvyttömyyseläkeasiassa olivat vastoin EIS 6 artiklan mukaista oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta. Eläkelautakunnan perusteluissa mainittiin lainkohtien lisäksi vain, että hakijan mielenterveys oli heikentynyt syksyllä 1997, sairauden oireita pidettiin kuitenkin lievinä. Näillä perusteilla hakijaa pidettiin osittain työkykyisenä. Tapauksen olosuhteisiin nähden lautakunnan perustelujen ei katsottu täyttävän oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta. Koska valittajalla oli aikaisemmin ollut täysi työkyvyttömyyseläke, viittaus hänen heikentyneeseen mielenterveyteensä perusteena osit-

[31] *Van de Hurk* 19.4.1994, *Hiro Balani* 9.12.1994, *Helle* 19.12.1997, *Higgins ym.* 19.2.1998 *Garcia Ruiz* 21.1.1999, *Hirvisaari* 27.9.2001.

taiselle työkyvyttömyyseläkkeelle teki asian varsin sekavaksi hakijan näkökulmasta. Perustelut eivät olleet adekvaatit. Vakuutusoikeus ei korjannut perustelujen puutteita, vaan hyväksyi lautakunnan perustelut. EIT:n mukaan kun hakijan pääperuste valitukselleen oli lautakunnan perustelujen puutteellisuus, sitä tärkeämpää olisi ollut vakuutusoikeuden antaa omat kunnolliset perustelunsa.

Perustelun esittäminen on osa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteuttamista koskevaa menettelyvaatimusta. HLL 53 §:n mukaisen perusteluvelvollisuuden täyttäminen edellyttää – EIT:n kielenkäytön mukaisesti – perustelujen *adekvaattisuutta.* Kyse on siitä, miten perustelut vastaavat ratkaistavana olevaa ongelmaa. Perustelujen epäadekvaattisuudesta seuraa, ettei perustelujen nojalla voida ymmärtää päätöksen lopputuloksen oikeellisuutta. Asiaa ratkaistaessa tehdystä oikeudellisesta päättelystä välittyy ulospäin vain se tieto, joka päätökseen on kirjoitettu. Kaikki muu jää neuvottelusalaisuuden piiriin. Asianosaisen tulee yksinomaan päätöksen perustelujen nojalla kyetä totetamaan, miten hallintotuomioistuimen päättely asiaa ratkaistaessa on kulkenut. Tällä on keskeinen merkitys lainkäytön yleisen luottamuksen kannalta. Perusteluvelvollisuuden laiminlyönnissä on kyse myös sellaisesta menettelyvirheestä, jonka vuoksi päätöksen purkaminen on mahdollista, vaikka säännöllinen muutoksenhaku ei olisi mahdollista.

> Vakuutusoikeutta koskevalla ratkaisulla KKO 1999:84 purettiin vakuutusoikeuden rikosvahingon korvaamista koskeva päätös. Kihlakunnanoikeus ja hovioikeus olivat katsoneet, että henkilölle oli rikoksen johdosta aiheutunut pysyvä vika ja haitta. Hylätessään vaatimuksen saada korvausta valtion varoista Valtiokonttori oli vain lausunut, ettei ollut osoitettu hakijalle kysymyksessä olevan rikoksen johdosta aiheutuneen rikosvahinkolain nojalla korvaukseen oikeuttavaa pysyvää vikaa tai haittaa. Vakuutusoikeus oli puolestaan perusteluissaan vain lisännyt viittauksen asiassa esitettyyn lääketieteelliseen ja muuhun selvitykseen sekä ilmoittanut ottaneensa huomioon hovioikeuden tuomion. Kuitenkin sama lääketieteellinen selvitys oli asiassa esitetty kihlakunnanoikeudessa ja hovioikeudessa. KKO:n mukaan vakuutusoikeuden ratkaisun perustelut eivät täyttäneet niiltä lain mukaan edellytettäviä vaatimuksia, mikä oli oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 1 §:n 4 kohdan mukainen menettelyvirhe.

Perusteluvelvollisuus ei ole vain menettelyllinen kysymys, vaan perustelujen kautta avautuu myös näköala aineelliseen oikeusturvaan. Hallintoasioissa menettelyllisen oikeusturvan tulee toteutua ensisijassa hallinnossa. Oikeusturvan merkitys hallintolainkäytössä painottuukin aineelliseen oikeusturvaan ja siihen, että lakia on oikein sovellettu. Aineellisen oikeusturvan toteuttamisessa hallintotuomioistuimet käyttävät merkittävää yhteiskunnallista valtaa. Kyse on siitä, miten hallintotuomioistuin asiaa arvioi oikeusjärjestyksen kannalta. Tämä legi-

timoi ratkaisun. Velvollisuus avoimesti perustella päätöksensä muodostaa välttämättömän vastapainon tuomioistuinten riippumattomuudelle. Perustelujen kautta voidaan kontrolloida tuomioistuinten vallankäyttöä. On puhuttu tuomioistuinten perusteluvastuusta. Oikeudelliselle perustelulle on ominaista sen sidonnaisuus lakiin ja muihin oikeuslähteisiin. Päätöksen perustelujen laatimisen lähtökohtana on oikeudellinen näkökulma, sen osoittamisessa millä oikeudellisella perusteella lopputulokseen on päädytty.

PerL:n lähtökohtana oleva kansanvaltaisuusperiaate painottaa lainsäädännön ensisijaisuutta oikeuslähteenä. PerL:n peruslinjana tässä suhteessa on lainsäädäntövallan ja tuomiovallan laadullisen eron korostaminen: demokraattisen lainsäätäjän tehtävänä on antaa ne oikeussäännöt, joita riippumattomat tuomioistuimet soveltavat. Lainkäytön lakisidonnaisuus takaa tuomiovallan demokraattisen legitimaation, minkä vuoksi tuomiovaltaan ei kuulu sitovien normien antaminen. PerL:a koskevassa hallituksen esityksessä (HE 1/1998 vp s. 76) onkin tältä osin nimenomaisesti todettu, että ylempi tuomioistuin ei saa pyrkiä vaikuttamaan alemman tuomioistuimen ratkaisuun yksittäistapaksessa. Ylimpien tuomioistuimien ennakkopäätöksillä on siten lähinnä oikeuskäytännön yhtenäisyyttä turvaavaa tuomioistuimia ohjaavaa merkitystä, mutta ei välitöntä oikeudellista sitovuutta yksittäisen oikeustapauksen ratkaisussa. PerL:n perustelulausumalla on pantu piste keskustelulle ylimpien tuomioistuinten prejudikaattien oikeudellisesta sitovuudesta.

Tuomiovallan lakisidonnaisuuden kannalta rajatilanteen muodostavat perus- ja ihmisoikeusnormit, jotka ovat luonteeltaan abstrakteja ja sisältävät selvän arvoulottuvuuden. PerL:n perusoikeussäännökset ja EIS:n ihmisoikeusartiklat edellyttävät yleensä tulkintaa, äärimmäisen harvoin niiden soveltuvuus tiettyyn lainsoveltamistilanteeseen on ilmeistä. Vaikka perus- ja ihmisoikeudet ovat osa oikeusjärjestystä eikä niihin nojautumiselle tuomioistuinten päätöksenteossa ole muodollista estettä, perus- ja ihmisoikeudet eivät ole kuitenkaan sovellettavissa lainkäytössä kuin mitkä tahansa normit.

Keskeisten arvoratkaisujen tekeminen kuuluu Suomen valtiojärjestyksen mukaan eduskunnalle, joka on perusoikeuksien ensisijainen tulkitsija. Tuomioistuinten tulee olla lojaaleja lainsäätäjää kohtaan eikä irtaantua perusoikeuksien tulkinnassa siitä, miten eduskunta niitä tulkitsee. Perusoikeuksien tulkinnan voidaan katsoa olevan siten pitkälle sidottu siihen, miten perustuslakivaliokunta niitä tulkitsee. Perustuslakivaliokunnan kannanotot sen mietinnöissä ja lausunnoissa muodostavat tuomioistuinten kannalta keskeisen oikeuslähteen perusoikeuksia tulkittaessa ja sovellettaessa.

EIT:n tulkintakäytännöllä on oikeuslähteenä EIS:n tulkinnassa vastaava keskeinen asema kuin perustuslakivaliokunnalla perusoikeuksien kohdalla. EIT:lla on yksinomainen valta tulkita EIS:a sitovalla tavalla, ja EIT:n ratkaisut ovat

myös kansallisella tasolla auktoritatiivisia tulkintoja EIS:n soveltamisesta. EIS:n voidaan katsoa olevan tarkoitettu olemaan Suomessa valtion sisäisesti voimassa sen sisältöisenä kuin sopimusta on EIT:n käytännössä tulkittu. Kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon EIT:n käytäntö kun tuomioistuin käyttää EIS:sta oikeuslähteenä eikä tuomioistuimella ole syytä soveltaa EIS:ta toisin kuin EIT on sitä tehnyt.

9. HALLINTOLAINKÄYTÖN JULKISUUS

EIS 6 artiklan mukaan kuulemistilaisuuden tulee olla julkinen, *public hearing*. Asian käsittelyn julkisuutta voidaan rajoittaa siten, että lehdistöltä ja yleisöltä voidaan kieltää pääsy koko oikeudenkäyntiin tai osaan siitä. Perusteena suljetulle käsittelylle tulee olla demokraattisen yhteiskunnan moraali, yleinen järjestys tai kansallinen turvallisuus, nuorten henkilöiden etujen tai osapuolten yksityiselämän suojaaminen taikka erityisolosuhteet, joissa julkisuus loukkaisi oikeudenjakamisen intressejä.[32] Lisäksi EIS 6 artiklan 1 kohta edellyttää, että päätös on annettava julkisesti (*judgement shall be pronounced publicly*). KP-sopimuksen 14 artiklan 1 kohdassa on pitkälle samansisältöinen määräys.

EIT:n mukaan oikeudenkäynnin julkinen luonne suojelee osapuolia salaiselta lainkäytöltä, jota yleisö ei voi valvoa. Julkisuus on myös yksi tapa, jolla luottamus tuomioistuimiin voidaan säilyttää. Tekemällä oikeudenkäyttö läpinäkyväksi, transparentiksi, yleisöjulkisuus edistää EIS 6 artiklan tarkoituksen toteutumista eli oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, jonka takaaminen on yksi jokaisen demokraattisen yhteiskunnan perustavanlaatuinen periaate.[33]

Käsittelyjulkisuutta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osana edellytetään PerL 21 §:n 2 momentissa. Perusoikeusuudistusta koskevassa hallituksen esityksessä (HE 309/1993 vp s. 74) todettiin, ettei perusoikeussäännös estä säätämästä lailla vähäisiä poikkeuksia oikeudenkäynnin julkisuudesta, kunhan kyseiset poikkeukset eivät muuta julkisuuden asemaa pääsääntönä. PerL 21 §:ssä ei ole mainintaa päätösten julkisuudesta, vaan tuomioistuinten päätöksiin sovelletaan PerL 12 §:n 2 momentin säännöstä, jossa säädetään viranomaisten *asia-*

---

[32] Suomalaisessa käännöksessä oleva ilmaus ”julkisuus loukkaisi oikeudenmukaisuutta” on täysin virheellinen käännös. *Justice* merkitsee tässä yhteydessä samaa kuin ilmaisuissa ”the court of justice” ja ”the machinery of justice”. Kyse on oikeudenjakamiseen liittyvästä intressistä eikä oikeudenmukaisuudesta.

[33] *Diennet* 26.9.1995*, Gautrin* 20.5.1998, *Guisset* 26.9.2000*, Malhous* 12.7.2001, *Riepan* 14.11.2001.

kirjojen julkisuudesta yhtenä perusoikeutena. Säännöksen mukaan viranomaisen hallussa olevat asiakirjat ja muut tallenteet ovat julkisia, jollei niiden julkisuutta ole välttämättömien syiden vuoksi lailla erikseen rajoitettu. Jokaisella on oikeus saada tieto julkisesta asiakirjasta ja tallenteesta.

Perusoikeutena asiakirjajulkisuudesta on säädetty periaatteessa sitovammalla tavalla kuin oikeuskäsittelyn julkisuudesta, jota koskeva säännös on ainoastaan perustuslaillinen toimeksianto. Perusoikeusuudistuksen eduskuntakäsittelyn yhteydessä perusoikeussäännös hyväksyttiin hallituksen esityksestä poiketen sanamuodossa, joka on subjektiivista oikeutta koskevan säännöksen kaltainen. PerL 12 §:n 2 momentin mukainen vaatimus viranomaisten asiakirjojen julkisuudesta tulee ottaa huomioon myös tuomioistuinten päätösten julkisuuden osalta. Julkisuusvaatimusta tehostaa lisäksi vaatimus siitä, että oikeudenkäynnin julkisuudesta tehtävien poikkeusten tulee olla vähäisiä.

PerL 21 §:n mukaisen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin rajoittaminen julkisuuden osalta on yhteydessä niihin rajoitusedellytyksiin, jotka on EIS 6 artiklassa vahvistettu. EIS 6 artikla ei sisällä sellaisia rajoitusperusteita, jotka koskevat muun muassa sopimuksen 8 artiklassa määriteltyä yksityis- ja perheelämän suojaa. Päätösten julkisuuden osalta EIS 6 ei sisällä mitään rajoitusperusteita. Yksityisyyden suojaaminen on muodostunut käytännössä vahvaksi perusteeksi rajoittaa julkisuutta. Viranomaistoiminnan julkisuudesta annettua lakia koskevassa hallituksen esityksessä todettiin, että ”yksityiselämän perus- ja ihmisoikeudellisesta suojasta johtuu olettama siitä, että yksityiselämän piiriin kuuluvien tietojen suoja tarve muodostaa hallitusmuodon 10 §:n 2 momentissa tarkoitetun välttämättömän syyn rajoittaa tiedonsaantia” (HE 30/1998 vp s. 86). Vakuutusoikeutta koskevassa hallituksen esityksessä on julkisuuden rajoittamista perusteltu sillä, että yksityisyyden suojaaminen vakuutusoikeudessa on yleensä tärkeämpää kuin julkisuuden turvaaminen (HE 101/2002 vp s.19):

> ”Valtaosa vakuutusoikeudessa käsiteltävistä asioista on sellaisia, joissa käsitellään salassapidettäviksi säädettyjä henkilön terveydentilaa tai taloudellista asemaa koskevia tietoja. Vakuutusoikeudessa käsiteltävissä asioissa on yleensä tärkeämpää henkilön yksityisyyden suojaaminen kuin oikeudenkäynnin julkisuuden turvaaminen. Vakuutusoikeudessa käsiteltävien yksityisten asianosaisten terveydentilaan tai taloudelliseen asemaan liittyvien tietojen tuleminen henkilön työnantajan tai muun lähipiirin tietoon saattaa aiheuttaa yksityiselle asianosaiselle merkittävää haittaa työ- ja yksityiselämässä. Salassapidettäviksi säädettyjen tietojen julkiseksi tuleminen oikeudenkäynnissä voi käytännössä rajoittaa asianosaisen mahdollisuuksia käyttää valitusoikeuttaan.”

Lainkäytön julkisuutta säänneltäessä joudutaan väistämättä punnitsemaan keskenään oikeudenkäynnin julkisuuteen ja yksityisyyden suojaan liittyviä arvoja. Kyse on lainsäätäjälle kuuluvasta arvovalinnasta. Julkisuusperiaate ja yksityisyyden suoja kohdistuvat lähtökohtaisesti erilaisiin asioihin eikä niillä sinänsä ole keskenään ristiriitaisia tavoitteita. Julkisuusperiaatteen kohteena on viranomaistoiminta. Pohjoismaissa kansanvaltaan perustuvan hallintotavan on katsottu edellyttävän, että kaikki voivat asemastaan riippumatta saada tietoja viranomaisten toiminnasta ja valvoa julkisen vallan käyttöä. Keskeisten päätösten tulisi perustua luotettavan tiedon pohjalta käytävään julkiseen ja kaikille avoimeen keskusteluun. Jokaisen oikeus vapaasti muodostaa ja ilmaista mielipiteensä yhteisistä asioista ja vaikuttaa niihin kuuluu demokraattisen yhteiskunnan keskeisiin periaatteisiin ja perusoikeuksiin (ks. HE 30/1998 vp s. 9).

EIS:n mukainen julkisuuden vaatimus koskee yhtälailla suullista ja kirjallista oikeudenkäyntimenettelyä eikä julkisuuden vaatimuksesta, kuten ei kontradiktoorisuuden vaatimuksestakaan, sinänsä seuraa, että oikeudenkäyntimenettely tulisi toimittaa välittömyysperiaatteen mukaisesti suullisessa ja keskitetyssä menettelyssä alioikeusprosessin tapaan. Arvioitaessa julkista kuulemista koskevan vaatimuksen merkitystä hallintolainkäytössä on otettava huomioon, että EIT on hyväksynyt lähtökohdan, jonka mukaan hallintoasioissa tapahtuva tuomioistuinkäsittely voi olla pääsääntöisesti kirjallista, mutta asiaa käsittelevän tuomioistuimen on yksityisen vaatimuksesta toimitettava suullinen käsittely. Kysymys suullisen käsittelyn toimittamisen tarpeesta on siten ensisijainen siihen nähden, onko tuon käsittelyn oltava julkinen. Useimmissa tapauksissa EIT onkin joutunut arvioimaan sitä, onko asiassa ylipäänsä tullut toimittaa suullinen käsittely vai ei. Hallintolainkäyttöasian suullisen käsittelyn julkisuuteen soveltuvat sinänsä samat perusteet kuin muuhunkin lainkäyttöön.

> Käsittelyn julkisuuden rajoittamisen hyväksyttävyyttä on arvioitu useissa tuomioissa. EIT on katsonut, että tarve suojata ammatillista luotettavuutta ja lääkärin potilaiden yksityiselämää saattaa oikeuttaa suljetun käsittelyn toimittamisen. Lääkärin ammatinharjoittamista koskevassa tuomiossa *Diennet* 26.9.1995 katsottiin, ettei tapauksen olosuhteissa ollut ilmeistä, että kuuleminen tuli toimittaa suljettuna. Samoin *Gautrin ym*. 20.5.1998. Siviilivirkamiehen kurinpitomenettelyä koskevassa tapauksessa *Guisset* 26.9.2000 ei myöskään ollut perusteita suljetulle käsittelylle. EIT on myös hyväksynyt, että turvallisuuden takaaminen oikeudenkäynnissä voi olla peruste yleisön sulkemiselle käsittelystä, mutta tämä peruste voi olla harvoin riittävä. Tapauksessa *Riepan* 14.2.2001 turvallisuusnäkökohdat eivät oikeuttaneet pitämään käsittelyä vankila-alueella.

Yleisissä tuomioistuimissa tapahtuvan asian *käsittelyn julkisuus* määräytyy oikeudenkäynnin julkisuudesta annetun lain (945/84) mukaan (myöh. OikJulkL).

Kyseinen laki säädettiin Suomen lainsäädännön saattamiseksi sopusointuun KP-sopimuksen määräysten kanssa, koska Suomi oli sopimuksen ratifioidessaan tehnyt varauman oikeudenkäynnin julkisuuden osalta (HE 56/1984 s. 6). Laki koskee myös KHO:ta, alueellisia hallinto-oikeuksia, vakuutusoikeutta ja markkinaoikeutta (OikJulkL 1 §). OikJulkL:n säännökset koskevat oikeudenkäynnin julkisuutta pääasiassa vain yleisöjulkisuuden kannalta.

Hallintolainkäytön kannalta OikJulkL:n merkitys on varsin rajallinen, koska hallintotuomioistuimia koskevissa laeissa on erikseen säännökset suullisen käsittelyn julkisuudesta, jotka poikkeavat OikJulkL:n säännöksistä. Näiden säännösten mukaan suullinen käsittely tulee toimittaa suljettuna asioissa, joissa on säädetty salassapitovelvollisuus ja lisäksi voidaan suullinen käsittely toimittaa suljetuin ovin, jos julkisesta käsittelystä saattaa koitua asianosaiselle haittaa.[34] Perustuslakivaliokunta (PeVL 35/2001 vp) on pitänyt PerL 21 §:n mukaisen oikeudenkäynnin julkisuuden mukaisena sitä, että suljettu käsittely toimitetaan asioissa, joissa on säädetty salassapitovelvollisuus.

> Perustuslakivaliokunta on tulkinnut oikeudenkäynnin julkisuutta koskevaa perusoikeussäännöstä lausunnostaan markkioikeuslakia koskevasta hallituksen esityksestä (PeVL 35/2001 vp). Ehdotuksen mukaan suullinen käsittely tuli toimittaa suljetuin ovin, jollei tuomioistuin päätä toisin. Valiokunnan mukaan säännöksen muotoilu ei ollut onnistunut perustuslain 21 §:n 2 momentin kannalta, koska suullisen käsittelyn julkisuus riippuisi kokonaan markkinaoikeuden harkinnasta. Sanamuodon mukaan arvioituna käsillä ei ollut vähäiseksi jäävä poikkeus perustuslain mukaan pääsääntönä olevasta käsittelyn julkisuudesta, minkä vuoksi ehdotuksen mukaista sääntelyä ei voitu toteuttaa tavallisen lain säätämisjärjestyksessä. Perustuslaista johtuu, että suullisen käsittelyn toimittamisen suljetuin ovin tulee liittyä johonkin laissa säädettyyn syyhyn. Sellaisen muodostaa laissa säädetty salassapitovelvollisuus. Tällaiseen perussääntelyyn on sinänsä mahdollista kytkeä markkinaoikeuden valta määrätä yksittäistapauksessa käsittelystä suljetuin ovin, jos tämä sidotaan laissa määräedellytyksiin.

Vaitiolovelvollisuuteen kytketty oikeudenkäynnin toimittaminen suljettuna voi ulottua selvästi pidemmälle kuin mitä EIS 6 artiklassa on määrätty julkisesta oikeudenkäynnistä. EIT on todennut, ettei EIS 6 artiklan kanssa ole ristiriidassa se, että kokonaisten asiaryhmien kohdalla poiketaan yleisöjulkisuuden vaatimuksesta, kun se on katsottu välttämättömäksi EIS 6 artiklassa mainituilla perusteilla, julkisuuden rajoittamisen tarve tulee kuitenkin aina olla tuomiois-

[34] Laki korkemmasta hallinto-oikeudesta 16 c § 1 mom (12/79), hallinto-oikeuslaki (430/99) 22 § 1 mom, markkinaoikeuslaki 15 §. Vastaava säännös sisältyy myös ehdotukseen laiksi vakuutusoikeudesta 17 §.

tuimen kontrollissa.[35] EIS edellyttää tuossa artiklassa mainituin perustein tuomioistuimen harkitsevan sitä, onko suljettu käsittely tarpeellinen vai ei. Pelkästään se, että asiassa on säädetty hallintoasian käsittelyä varten salassapitovelvollisuus, ei osoita, että kysymys on myös EIS 6 artiklassa tarkoitetusta perusteesta. Tällöin on mahdollista, että suljetun käsittelyn toimittaminen salassapitovelvollisuuden nojalla, johtaa EIS 6 artiklan julkista käsittelyä koskevan vaatimuksen rikkomiseen. Tässä kohden EIS 6 artiklan tulkinta eroaa selvästi PerL 21 § 2 momentin säännöksestä.

OikJulkL:ssa ei ole erikseen säännöksiä tuomioistuimen *päätöksen julkisuudesta*, vaan päätös luetaan osaksi oikeudenkäyntiaineistoa. OikJulkL 9 §:n 1 momentin mukaan oikeudenkäyntiasiakirjojen julkisuudesta on voimassa, mitä JulkL:ssa on säädetty. Hallintolainkäytössä on ratkaisun sisältävään oikeudenkäyntiasiakirjaan sovellettu suoraan asiakirjain julkisuudesta annettuja säännöksiä. Kun hallintolainkäytössä käsiteltävien asioiden osalta on annettu runsaasti salassapitosäännöksiä erityislaeissa, sovelletaan näitä salassapitosäännöksiä myös hallintotuomioistuimen antamaan päätökseen. Nykyisen lainsäädännön perusteella hallintotuomoistuinten päätösten julkisuus muodostuu varsin kapeaksi.

Tuomioistuinten tuomioiden ja päätösten julkisuus on EIS 6 artiklan sanamuodon mukaan ehdoton. Artiklassa ei ole perusteita päätösten julkisuuden rajoittamiselle. KP-sopimuksen 14 artiklan mukaan tuomioiden julkisuutta voidaan sen sijaan rajoittaa nuorten henkilöiden edun vuoksi sekä avioliittoa ja lasten holhousta koskevassa asiassa. Tuomioiden julkisuus ei ole EIS:n tulkintakäytännössä täysin ehdoton, vaan sen rajoittamista ei ole pidetty eräissä tapauksissa EIS 6 artiklan vastaisena.

> Kysymys siitä missä laajuudessa lailla voitiin rajoittaa oikeudenkäynnin julkisuutta oli esillä tuomiossa *B & P v. Yhdistynyt kuningaskunta* 24.7.2001. Tässä periaatteellisesti tärkeässä asiassa ei tätä tuomiota voida ehkä pitää tuomioistuimen lopullisena kantana, koska kyse oli jaostoratkaisusta, joka tehtiin äänestyksen (5–2) jälkeen. Vähemmistö katsoi julkisuuden rajoittamisen olleen vastoin sopimusta.
>
> Tuomion mukaan ei ollut EIS 6 artiklan vastaista, että lailla oli mahdollista rajoittaa yleisesti oikeudenkäynnin ja tuomion julkisuutta lasten asumista koskevissa asioissa. Enemmistön mukaan julkisuuden rajoittamisen tulee olla tuomioistuimen kontrollin alaisena, mikä kyseisessä asiassa täyttyi sillä, että tuomioistuin saattoi harkintansa mukaan pitää julkisen käsittelyn. Lailla säädetty julkisuuden rajoitus heijasti EIS 6 artiklassa määrättyjä yleisiä rajoitusperusteita. EIT:n mukaan salassapito voitiin ulottaa myös annettuun tuomioon. Julkisuuden katsottiin tuomioiden osalta toteutuvan sikäli, että kenel-

[35] *B & P v. Yhdistynyt kuningaskunta* 24.4.2001

lä tahansa, joka saattoi osoittaa riittävän perusteen oli mahdollisuus tutustua tuomioon lisäksi vetoomustuomioistuimen tuomioistuimen tuomiot ja erityisen mielenkiintoiset alioikeustuomiot julkaistiin. Yleisöllä saattoi siten tutustua tuomioistuinten käytäntöön.

Yksityisyyden suojaaminen saattaa edellyttää, että tuomion julkisuutta rajoitetaan yksityiselämän loukkausten estämiseksi. On syytä huomata useat yksityiselämän suojaa koskevat ratkaisut koskevat seksuaalisen käyttäytymisen, erityisesti homoseksuaalisen käyttäytymisen säätelyä, sukupuolenvaihdosta ja aborttilainsäädäntöä. HIV-potilaan yksityisyyden suojasta oli kyse tuomiossa *Z v. Suomi* 25.2.1997 EIT arvioi kysymystä siitä oliko rikosasian käsittelyssä tapahtunut EIS 8 artiklan vastainen menettely, kun syytetyn puolison terveystiedot määrättiin salassapidettäväksi vain kymmeneksi vuodeksi ja puolison henkilöllisyys ja terveydentila (hiv-infektio) tuli julkiseksi osana hovioikeuden tuomiota. Tuomio koskee todistajan asemassa olevaa henkilöä eikä tapauksesta ole syytä muutoinkaan tehdä pitkälle meneviä johtopäätöksiä yli tapauksen tosiseikkojen.[36] Kyseisessä tapauksessa liikuttiin EIS 8 artiklan 2 kohdan mukaisen harkintamarginaalin piirissä, voitiinko lainkäytön julkisuuteen kuuluvia intressejä pitää niin painavina, että niiden vuoksi puuttuminen yksityiselämän suojaan oli välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. EIT katsoi, että henkilötietojen ja terveydentilaa koskevien tietojen julkistumiselle ei tässä tapauksessa ollut riittäviä perusteita.

Päätöksen julkisuudelle annettavaa muotoa kansallisessa lainsäädännössä on arvioitava suhteessa menettelyn erityispiirteisiin ja EIS 6 artiklan tavoitteeseen. Päätösten julkisuuden toteuttaminen voi tapahtua myös muulla tavoin kuin lukemalla päätös julkisesti. Tällöin päätöksen tulee olla saatavilla esimerkiksi tuomioistuimen kansliasta. Riittävänä on myös pidetty sitä, että jonkin oikeusasteen päätös on ollut julkinen, vaikkakaan julkisuus ei ole toteutunut kaikissa instansseissa. EIT on myös hyväksynyt sen, että päätöksen saatavuutta rajoitetaan yksityisyyden suojaamiseksi niihin henkilöihin, joilla erityinen intressi tutustua päätökseen. Merkitystä on annettu myös sille seikalle, julkaistaanko kyseisen tuomioistuimen päätökset yleisesti. EIT on pitänyt eräissä ratkaisuissa EIS 6 artiklan vastaisena sitä, ettei päätöstä ollut luettu missään instanssissa julkisesti eikä sen julkisuutta ollut riittävästi varmistettu muutoinkaan eli päätös ei ollut yleisön saatavilla.[37]

---

[36] Tuomion *Z. v. Suomi* merkitystä on arvioinut kahdessa päätöksessään oikeusasiamies Lehtimaja. Ks. päätökset 19.11.1999 dnrot 2483/2/98 ja 2611/4/98 sekä 26.10.1999 dnro 696/4/97.

[37] EIT:n käytännöstä mainittakoon *Pretto ym* 8.12.1983; *Axen* 8.12.1983; *Sutter* 22.2.1984; *Cambell & Fell* 28.6.1984; *Szücs* 25.11.1997; *Werner* 24.11.1997; *B. & P. v. Yhdistynyt kuningaskunta* 24.4.2001; *Lamanna* 10.7.2001.

Hallintolainkäytön kannalta merkityksellisiä ovat OikJulkL 2 §:n säännökset *oikeudenkäyntiä koskevien tietojen julkisuudesta*. Säännöksen mukaan tuomioistuimen diaariin ja muuhun asiakirjahakemistoon tehdyt merkinnät asianosaisen nimestä, ammatista ja asuinpaikasta samoin kuin asian laadusta sekä asian käsittelyn ajankohdasta tulevat julkisiksi kun ne on tehty. Hallituksen esityksen perustelujen mukaan tarkoituksena on ollut säätää tyhjentävästi diaaritietojen julkisuudesta (HE 30/1998 vp s.114). Hallintolainkäyttöasioissa diaaritiedot ovat yleensä julkisia sellaisissakin asioissa, jotka muutoin ovat salassapidettäviä. Ongelmaksi muodostuu tällöin se, voidaanko salassapidettävissä asioita koskevista päätöksistä antaa jäljennöksiä asianosaisen nimet ja muut tunnistetiedot peitettynä, vaikka tuomioistuimen diaarin perusteella oli mahdollista yhdistellä tietoja eri tietolähteistä ja näin saada selville verovelvollisen nimiä julkaistavien ratkaisujen osalta. Päätöksessä KHO 2002:52 otettiin kantaa kysymykseen KHO totesi perusteluissaan seuraavaa:

> ”Oikeudenkäytön perusperiaatteisiin kuuluu myös tasapuolisuus tiedonsaannissa. Tämä tasapuolisuus toteutuisi yleisenä järjestelmänä niin verovelvollisten tiedontarpeen kuin myös veronsaajien ja veroviranomaisten kannalta siinä tapauksessa, että korkein hallinto-oikeus päättäisi julkaista kaikki veroasioissa annettavat ratkaisut verotustietojen julkisuudesta ja salassapidosta annetun lain 22 §:ssä tarkoitetulla tavalla sanamuodon mukaisina, tosin verovelvollisten nimet ja muut vastaavat tunnistetiedot poistettuina. Toisaalta tähän ei ole käytännön mahdollisuuksia eikä lainkäytön valvontatehtävän ja oikeuskäytännön ohjaamisen kannalta tarvettakaan. Julkaistavien ratkaisujen määrä on korkeimman hallinto-oikeuden harkittavissa näistä lähtökohdista. Samalla on kuitenkin otettava huomioon, että veronsaajilla ja veroviranomaisilla on yleensä käytettävissä tiedot myös niistä ratkaisuista, joita korkein hallinto-oikeus ei tällä tavoin ole päättänyt julkaistavaksi.
>
> Asiaa ratkaistessaan korkein hallinto-oikeus on ottanut lähtökohtana huomioon julkisuusperiaatteen ja ylimmän tuomioistuimen ratkaisujen erityisen merkityksen oikeudenkäytön yhdenmukaisuuden ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perusperiaatteiden edistämisessä, minkä vuoksi tuomioistuimen diaariin ja muuhun asiakirjahakemistoon tehtyjen merkintöjen julkisuudesta ei voida suoraan johtaa lisärajoituksia päätösten julkaisemiselle. Se seikka, että nykyisten säännösten keskinäinen yhteensopimattomuus voi antaa mahdollisuuksia yhdistellä tietoja eri tietolähteistä ja näin saada selville verovelvollisten nimiä julkaistavien ratkaisujen osalta, ei ole riittävä peruste luopua ratkaisujen julkaisemisesta tai niiden antamisesta muutoin sanamuodon mukaisina ottaen huomioon lain velvoite asianosaisen nimen ja tunnistetietojen peittämisestä siinä yhteydessä.”

KHO:n ratkaisussa on oikealla tavalla painotettu julkisuusperiaatteen merkitystä hallintolainkäytön julkisuudelle: yleisöllä tulee olla oikeus saada tietoja hallintotuomioistuinten ratkaisuista. EIT:n tulkinta oikeudenkäynnin julkisuu-

den tavoitteista on yhdensuuntainen pohjoismaisen julkisuusperiaatteen kanssa: kansalaisten tulee saada tietoja tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toiminnasta ja valvoa julkisen vallan käyttöä. Hallintolainkäytön yhteiskunnallisen merkityksen kannalta on huomattavasti tärkeämpää huolehtia siitä, että yleisöllä saatavissa tietoja hallintotuomioistuinten päätöksistä kuin se, että tiedetään ketä yksityistä henkilöä päätös koskee.

Julkisuusperiaatteen toteuttaminen ei yleensä edellytä yksityisyyden piiriin kuuluvien tietojen julkistamista eikä myöskään salassapidon välttämättömyys yksittäisessä tapauksessa häviä vain siksi, että asiaa käsitellään hallintotuomioistuimessa eikä enää hallinnossa. Tämä voidaan turvata siten, ettei annettaessa tietoja viranomaistoiminnasta paljasteta tietoja, jotka kuuluvat yksityisyyden piiriin, mikä voidaan toteuttaa esimerkiksi yksinkertaisesti anonymisoimalla tuomioistuimen diaaritiedot, oikeudenkäyntiasiakirjat ja päätökset yksityisyyden suojaa koskevissa asioissa. Tällainen ratkaisu mahdollistaisi julkisuusperiaatteen mukaisen hallintolainkäytön valvonnan, mutta samalla takaisi yksityisyyden suojan säilymisen loukkaamattomana. Diaaritietojen ollessa OikJulkL:n 2§:n perusteella nykyisessä laajuudessa julkisia ei voida taata, ettei henkilön tunnistaminen ole mahdollista diaaritietojen kautta, kuten KHO:n edellä mainitussa päätöksessä on todettu. Asianosaista koskevien tietojen julkisuus johtaa itseasiassa hallintolainkäytön julkisuuden rajoittamiseen, mikä vastoin julkisuusperiaatteen lähtökohtia.

Avoimuus palvelee lainkäytön perustehtävää, koska sen kautta oikeusvaltioperiaatteen käytännön toteuttaminen tulee yhteiskunnassa läpinäkyväksi ja vastaa demokraattisen yhteiskunnan odotuksia. Tuomioistuinten perusteluvastuu voi toteutua vain sen avoimuuden kautta, mikä lainkäytön julkisuus edellyttää. Myös hallintotuomioistuinten päätöksistä tulee olla saatavissa tietoa, ja päätösten julkinen kritiikki mahdollista. Vain tätä kautta voidaan toteuttaa se yhteiskunnallinen vastuu, jonka tuomarien riippumattomuus ja merkittävä valta heille asettaa. Julkisuusperiaatteen toteuttamisen kannalta on kyseenalaista, että tietyt hallintolainkäytön piiriin kuuluvat asiat on suljettu erityislainsäädännöllä kokonaisuudessaan oikeudenkäytön julkisuuden ulkopuolelle. Tällöin kansalaisilla ei myöskään ole mahdollisuutta saada tietoa tuomioistuinten toiminnasta ja ratkaisuista. Tuomioistuinten perusteluvastuu voi toteutua ainoastaan silloin kun ratkaisujen hyväksyttävyyden julkinen kontrolli on mahdollista.

10. IHMISOIKEUDET HALLINTOLAINKÄYTÖN HAASTEENA

On käyty keskustelua siitä, turvaako PerL ja muut kansalliset säädökset oikeusturvan osalta pidemmälle menevät prosessuaaliset oikeudet kuin EIS.[38] Vastaus riippuu siitä, katsotaanko yksinomaan normitasoa vai soveltamiskäytäntöä. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osalta katse on luonnollisesti suunnattava prosessilainsäädäntöön, koska PerL 21 § on normisisällöltään ohut. HLL:n antamat oikeusturvakeinot hallintoasioissa ovat selkeästi laajemmat ja tehokkaammat kuin EIS 6 artiklan antama oikeusturva. Näin pitää luonnollisesti ollakin, koska kansallinen lainsäädäntö on ensijainen oikeusturvan tae ja siinä voidaan taata vahva ja laaja-alainen oikeusturva. EIS on oikeusturvan vähimmäistaso. Ihmisoikeussopimusten vaatimukset täyttävää kansallista lainsäädäntöä on aina mahdollista soveltaa käytännössä tavalla, joka on vastoin EIS:n minimistandardia. Siinä on yksilön oikeuksien turvaamisen paikka, minkä vuoksi EIS:n valvontajärjestelmä on olemassa. Tämä vuoksi myös kansallisella tasolla on aktiivisesti seurattava EIS:n soveltamista ja tulkintaa. Vain sitä kautta vältetään sellaisten kansallisten käytäntöjen muodostuminen, jotka eroavat yleiseurooppalaisesta standardista.

Oikeusturva on toteutettava kansallisen normiston tasolla. Ei kuitenkaan ole niin, että oikeusturva toteutuu vain muodollisten menettelyjen kautta tuomioistumissa. Oikeudenkäyntimenettelyn tarkoituksena on yleensäkin turvata aineellisen oikeuden toteutuminen yhteiskunnassa. Oikeusjärjestykseen sisältyy jo sinänsä aineellista oikeudenmukaisuutta koskeva järjestelmä ja virallisesti hyväksytty arvoperusta. Sen perusteella hallintolainkäyttö voi varmistaa oikeusvaltioperiaatteen toteutumista ja toteuttaa aineellista, oikeusjärjestykseen perustuvaa oikeudenmukaisuutta. Oikeuden arvopohjan kannalta ei ole yhdentekevää, painottaako lainkäyttömenettely enemmän menettelymuotoja kuin oikeuden löytämistä. Pohjoismaiselle oikeusperinteelle on vierasta, että oikeudenmukaisuusvaatimusten painopiste siirtyisi aineellisesta oikeudenmukaisuudesta kohti menettelyllistä oikeudenmukaisuutta.

Suomessa perus- ja ihmisoikeudet ovat tulleet laajemman huomion kohteeksi oikeastaan vasta 1990-luvulla. Samaan aikaan on uudistettu lainkäyttöä koskevaa menettelynormistoa. EIS 6 artiklaa koskevassa EIT:n käytännössä on usein nähty malli sille, miten tuomioistuinprosessi on järjestettävä kansallisella tasolla. EIS turvaa yksilölle kuuluvia vapauksia ja oikeuksia valtion viranomaisten

[38] Ks. *Paneldiskussion*: Har man i vår grundlag och annan lagstiftning gått längre i rättskyddsfrågor än den europeiska människorättskonventionen förutsätter? Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 2001 s. 40–62.

puuttumista vastaan. EIS 6 artiklan mukainen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus ei ole oikeudenkäyntimenettelyn muotoa koskeva periaate, vaan kyse on yksilölle kuuluvista menettelyllisistä oikeuksista. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin sisällä voidaan lisäksi erottaa erilaisia osatekijöitä, joiden toteutumista yksilö voi tietyssä menettelyssä edellyttää, jotta tuota menettelyä voidaan hänen kannaltaan pitää oikeudenmukaisena oikeudenkäyntinä. Asia ei ole kuitenkaan niin yksinkertainen, että EIT:n tulkintakäytännöstä olisi pelkistettävissä yleiseurooppalainen prosessi-ideaali, joka tulisi kansallisella tasolla ehdottomasti toteuttaa.

Perus- ja ihmisoikeuksien tiimoilta käydyn keskustelun idealistiset painotukset liittyvät näiden oikeuksien vahvaan oikeuspoliittiseen painoarvoon. Perus- ja ihmisoikeuksilla on merkittävää symboliarvoa. Tähän liittyy myös pyrkimys korottaa perus- ja ihmisoikeudet oikeusjärjestelmän yleisten periaatteiden tasolle. Tuomioistuinten kannalta perus- ja ihmisoikeuskeskustelun oikeuspoliittinen viritys on pulmallinen, koska tuomioistuimet ovat sidottuja yksinomaan voimassaolevaan lakiin. Perus- ja ihmisoikeuskysymyksiä voidaan lähestyä myös realistiselta kannalta, mikä merkitsee sitoutumista siihen, miten perus- ja ihmisoikeudet on toteutettu lainsäädännössä ja miten niitä on tulkittu eduskuntakäytännössä ja EIT:n tuomioissa. Samalla tähän lähestymistapaan sisältyy poliittisen realismin juonne. Suomalaisen yhteiskunnan vallitsevan järjestelmän mukaan oikeussääntöjen luomisesta vastuussa ovat demokraattisesti valitut elimet.

Käytännön tuomioistuintyössä on löydettävä sellaisia ratkaisuja, jotka ottavat tasapainoisesti huomioon perus- ja ihmisoikeuksien erityisluonteen sekä kunnioittavat kansanvaltaisuusperiaatetta niin, etteivät tuomioistuimet sivuuta lainsäätäjän ensisijaista tehtävää vastata yhteiskunnallisista arvovalinnoista. Tässä yhteydessä voidaan viitata loordikansleri *Lord Irvineen*, joka totesi eräässä luennossaan:[39] ”It is important that the courts are not timid in their interpretation of a rights instrument that it loses its utility as an effective guarantee of the citizen’s fundamental entitlements. However, it is equally crucial that human rights are not streched by courts so far that they become distorted caricatures”.

[39] *Lord Chancellor Lord Irvine of Lairg*: Activism and Restraint. Human Rights and the Interpretative Process. The 1999 Paul Sieghart Memorial Lecture 20.4.1999.

LÄHTEET

Aer, Janne: Oikeussuojan ulottuvuus hallinnossa: hallintolainkäytön antaman oikeussuojan merkitys viranomaistoiminnan auktoriteetin kannalta. Jyväskylä 2000.

Halila, Leena: Hallintolainkäyttömenettelyn oikeusturvatakeista. Vammala 2000.

Hallintolainkäyttölaki. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1994. Helsinki 1994.

HE 56/1984: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnin julkisuudesta ja eräiksi siihen liittyviksi lainmuutoksiksi

HE 309/1993 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta

HE 217/1995 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi

HE 1/1998 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi

HE 30/1998 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi

HE 15/2000 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta

HE 72/2002 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta

HE 101/2002 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle vakuutusoikeuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi

HE 271/2002 vp:Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi autoverolain muuttamisesta

Holopainen, Toivo: Valitusoikeus ja valituskielto hallinnossa. Juhlajulkaisu Lassi Kilpi 1920-4/2-1990. Vammala 1989.

Lord Chancellor Lord Irvine of Lairg: Activism and Restraint. Human Rights and the Interpretative Process. The 1999 Paul Sieghart Memorial Lecture 20.4.1999.

Merikoski, *Veli*: Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä. Toinen uusittu painos. Vammala 1968.

Paneldiskussion: Har man i vår grundlag och annan lagstiftning gått längre i rättskyddsfrågor än den europeiska människorättskonventionen förutsätter? Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 2001.

Pellonpää, Matti: Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus Suomen näkökulmasta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 21/1988. Helsinki 1989.

PeVL 2/1990 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä
PeVL 45/1996 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eläkelaitosten vakavaraisuussäännösten uudistamisesta
PeVL 3/1997 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä yliopistolaiksi ja laiksi yliopistolain voimaanpanosta
PeVL 8/1997 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi Suomen Hallitusmuodon 87 ja 89 §:n sekä korkeakoulun professorin ja apulaisprofessorin viran täyttämisestä annetun lain muuttamisesta
PeVL 12/1997 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä muutoksenhakua työvoima-asioissa koskevaksi lainsäädännöksi
PeVL 16/1997 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto valtioneuvoston selvityksestä, joka koskee Euroopan yhteisöjen ensimmäisen asteen tuomioistuimen perustamisesta tehdyn päätöksen ja tuomioistuimen työjärjestyksen muuttamista
PeVL 20/1998 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi maahanmuuttajien kotouttamisesta ja turvapaikanhakijoiden vastaanotosta
PeVL 23/1998 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta
PeVL 16/2000 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta
PeVL 35/2001 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä markkinaoikeuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi
PeVL 12/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ulosottolain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
PeVL 19/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi lääkelain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta
PeVL 46/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä työttömyysturvalaiksi ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta
PeVL 47/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi julkisesta työvoimapalvelusta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
PeVL 52/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi ulkomaalaislain 18 a §:n muuttamisesta
PeVL 55/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä kunnalliseksi eläkelaiksi ja kunnallisen eläkelain voimaanpanolaiksi
PeVL 64/2002 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta
PeVM 25/1994 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta

PeVM 10/1998 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi

Scheinin, Martin: Poikkeuslait ja perusoikeusuudistus. Lakimies 1996.

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. Lakimies 1996.

Janne Aer

THE PROTECTION UNDER THE LAW AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN THE ADMINISTRATIVE APPEAL PROCEEDINGS

Section 21 of the Finnish Constitution guarantees to everyone protection under the law. Legal protection covers access to a court or other authority. Further rules about judicial proceedings are required to be given in the form of an Act of Parliament, which excludes the use of legislative power by hierarchical lower decrees, for example by the government. The actual content of section 21 can be regarded as very narrow and comprises detailed rules concerning access to courts and judicial proceedings. Administrative appeal proceedings are regulated by the Administrative Judicial Procedure Act, which came into force in 1996.

In Finland, the European Convention on Human Rights ('the Convention') is in force as a part of the domestic legal order, and the Convention can be applied in the same way as any other Act of Parliament by the courts and other public authorities. From the point of view of formal legislative hierarchy the Convention is inferior to the Constitution, and the later special legislation such as the Administrative Judicial Procedure Act derogates from the Convention. Therefore the Convention is seldom directly applicable.

The European Human Rights Court has given numerous judgments concerning the interpretation of the right to a fair trial as secured by the Convention. These judgments can be seen as primary sources as to how the requirement of a fair trial is interpreted in domestic court practice. This also means that the Administrative Judicial Procedure Act should be interpreted in a manner that pays proper attention to the case law of the Human Rights Court.

From the point of view of realising the right to a fair trial, the following issues are analysed in this article: access to a court in administrative affairs, fairness of the proceedings in the administrative courts, the requirement of an oral hearing and stating reasons in proceedings, and the publicity of the proceedings. A certain tension between the 'elastic' nature of the administrative appeal procedure and the formalistic requirements of the European Convention can be detected. The case law of the Human Rights Court emphasises to a greater degree than the Finnish legislation the right to an oral hearing. Also, the courts' duty to give adequate reasons for judgments is regarded in a more rigorous manner than in domestic practice. It can also be maintained that proceedings in the Finnish administrative courts are not given the degree of publicity that the case law of the Human Rights Court requires.

Suvianna Hakalehto-Wainio

KORVAUSVASTUU KOULUKIUSAUKSELLA AIHEUTETUSTA VAHINGOSTA

Sisällys

I JOHDANTO 67
1. Mitä koulukiusaamisella tarkoitetaan? 67
2. Kirjoituksen tavoitteista 69

II KOULUKIUSATUN OIKEUS VAHINGONKORVAUKSEEN PERUS- JA IHMISOIKEUKSIEN NÄKÖKULMASTA 72
1. Vahingonkorvaus perus- ja ihmisoikeuksien suojamuotona 72
2. Lapsen oikeuksien yleissopimus lasten ihmisoikeussopimuksena 75

III LAPSIOIKEUDELLINEN NÄKÖKULMA KIUSAUSVAHINKOIHIN 78
1. Lapsi vahingonkärsijänä 78
2. Lapsioikeudesta oikeudenalana 79
3. Lasta suojaavat periaatteet 81
3.1 Lapsen etu 81
3.2 Yhdenvertaisuus 84
3.3 Erityinen suojelu ja huolenpito 85

IV VAHINGONKORVAUSVASTUUN EDELLYTYKSET JA KOULUKIUSAAMINEN 86
1. Millaiset vahingot koulukiusauksen yhteydessä korvataan? 86
2. Korvauskelpoiset vahinkolajit 88
3. Vahingon määrä 92
4. Koulukiusaamisen ja kiusausvahingon välisestä syy-yhteydestä 94
5. Tuottamusedellytyksestä koulukiusaamisen yhteydessä 96

V KUNNAN KORVAUSVASTUU KOULUKIUSAUKSESTA 99
1. Opiskeluympäristön turvallisuus 99
2. Opetustoimi ja julkisen vallan käyttö 102
3. Kunnan vastuu isännänvastuuna ja orgaanivastuuna 104

4. Standardisäännöksen vaikutus kunnan toiminnan tuottamusarvioinnissa 107
4.1 Opetustoimen laatu ja tarkoitus 107
4.2 Tuottamuksen syyn merkitys tuottamusarvioinnissa 108
4.3 Vahinkojen laatu 109
5. Korostettu huolellisuusvelvollisuus? 110
5.1 Kunnan ja koululaisen välisen oikeussuhteen erityispiirteistä 110
5.2 Oikeussuhteen heikomman osapuolen suojaaminen 111
5.3 Oppivelvollisuuden merkitys 114
5.4 Prosessuaalisia kysymyksiä 114

VI KIUSAAJAN KORVAUSVASTUU 116
1. Lapsen siviilioikeudellinen vastuunalaisuus 116
2. Korvausmäärän kohtuullisuus 117

VII HUOLTAJAN KORVAUSVASTUU 120

VIII LOPUKSI 122

LÄHTEET 125

OIKEUSTAPAUSLUETTELO 130

ON TORT LIABILITY IN BULLYING AT SCHOOL 133

Korvausvastuu koulukiusauksella aiheutetusta vahingosta[1]

”Lapsi näkee ja kokee elämän vain arjessa, yksittäisinä ilon ja surun hetkinä. Hänelle eivät mitkään ismit sen enempää kuin kauniit periaatteetkaan ole sinällään merkityksellisiä.”[2]

I JOHDANTO

1. Mitä koulukiusaamisella tarkoitetaan?

Koulukiusaaminen (ruots. mobbning, engl. bullying) voidaan määritellä *toistuvaksi henkiseksi tai ruumiilliseksi väkivallaksi, jonka yksi tai useampi aikuinen tai lapsi kohdistaa yhteen ja samaan uhriin kouluympäristössä*. Kiusaamisessa vahvempi loukkaa ja alistaa heikompaa, joka on tavalla tai toisella puolustuskyvytön. Fyysistä kiusantekoa on muun muassa lyöminen, tyrkkiminen, potkiminen, nipistely, kamppaaminen, hiuksista vetäminen ja kaikki käsiksi käyminen. Psyykkinen kiusaaminen voi olla esimerkiksi pilkkaamista, ilkkuvaa matkimista, muunlaista solvaamista ja häpäisyä, pelottelua, uhkaamista, kiristämistä, syrjimistä, pakottamista tekemään jotakin, tavaroiden luvatta ottamista ja särkemistä. Kiusaaminen saattaa olla myös epäsuoraa, jolloin kiusatusta levitetään vääriä tietoja tai hänet suljetaan pois ryhmästä.

Kiusaamiselle on tyypillistä toiminnan systemaattisuus. Toiselle vahinkoa aiheuttava käyttäytyminen on tarkoituksellista ja kohdistuu toistuvasti samaan henkilöön.[3] Kiusaaminen käsitteenä voi antaa väärän vaikutelman siitä, kuinka vakavasta ongelmasta todellisuudessa on kysymys. Koulukiusaamisella saattaa olla kauaskantoisia seurauksia lasten hyvinvointiin ja jopa syrjäytymiskehityksen käynnistymiseen.[4]

---

[1] Omistan kirjoituksen syksyn 2003 ekaluokkalaisille Urholle, Valtterille, Arvolle, Henkalle, Vertille ja Jeremylle.

[2] Mahkonen, LM 1990 s. 50.

[3] Kiusaamisen määritelmistä tarkemmin Salmivalli 1998 s. 30.

[4] Opetusministeriön julkaisu 20/2000 s. 1. Salmivallin mukaan kiusaaminen on kehityksellinen riski. Lukuisat tutkimukset kiusaamisen kohteeksi joutuneista lapsista osoittavat, että kiusaamisesta voi seurata muun muassa yleistä ja sosiaalista ahdistuneisuutta, huono itsetunto, kielteinen minäkuva, yksinäisyyttä, itsetuhoajatuksia ja masentuneisuutta. Kiusaajan kannalta kiusaaminen on riski tulevasta aggressiivisesta ja antisosiaalisesta käytöksestä. Salmivalli 2003 s. 19–23.

Jokaisella on perustuslain (jäljempänä PL) 16.1 §:n mukaan oikeus maksuttomaan perusopetukseen. Oikeus saada opetusta saattaa toteutua hyvinkin puutteellisesti, jos koululaisen työrauha koulussa on jatkuvasti uhattuna. Toisaalta kaikkia koskee yleinen oppivelvollisuus, jonka sisällöstä säädetään perusopetuslain 7 luvussa. Tavallisesti oppivelvollisuus täytetään koulunkäynnillä ja perustuslain takaama oikeus opetukseen tukee näkemystä, jonka mukaan lapsella on myös oikeus käydä koulua.[5] Oppivelvollisuuden luonteesta seuraa, ettei opetuksen järjestäjän ja oppilaan välinen oikeussuhde perustu puhtaasti vapaaehtoisuuteen.

Koululaisella täytyy olla mahdollisuus täyttää oppivelvollisuutensa ja saada opetusta ilman ylimääräisiä häiriötekijöitä. Kouluvuodet muodostavat psyykkisen kehityksen kannalta tärkeän ja lapsen näkökulmasta pitkän ajan ihmisen elämästä. Tutkimusten mukaan kouluissa tapahtuva kiusaaminen on varsin yleistä myös Suomessa, sillä arviolta ainakin noin kuusi prosenttia koululaisista joutuu kiusaamisen kohteeksi viikottain.[6] Koulukiusaamiseen on pitkään suhtauduttu lasten ja nuorten tavanomaiseen kehitykseen kuuluvana ilmiönä. Koululaisen oikeuksien näkökulmasta jatkuvaa kiusaamisen kohteena olemista ei voida pitää hyväksyttävänä.

Kiusaaminen ilmiönä ei rajoitu kouluihin, vaan sitä tavataan myös työpaikoilla sekä muissa sosiaalisissa yhteyksissä. Jos kiusaaminen voidaan tunnistaa rasismiksi, sukupuolisyrjinnäksi, väkivallaksi, hyväksikäytöksi tai sukupuoliseksi häirinnäksi, kyse on rikosoikeuden mukaan rangaistavasta käyttäytymisestä. Myös koulussa tapahtuva kiusaaminen voi esiintyä edellä mainituissa muodoissa. Jos koulukiusaaja on alle 15-vuotias, hän ei ole rikosoikeudellisessa vastuussa teoistaan. Hän voi sen sijaan olla korvausvastuussa kiusaamisella aiheuttamistaan vahingoista. Myös kiusaajan huoltajat voivat joutua korvausvelvollisiksi vahingonkorvauslaissa säädetyin edellytyksin. Oikeuskäytännössä kunta on koululaitoksen ylläpitäjänä velvoitettu korvaamaan kiusausvahinkoja.

---

[5] Oppivelvollisuus ei merkitse pakkoa käydä koulua, sillä perusopetuksen oppimäärä on mahdollista hankkia myös kotiopetuksena. Oppivelvollisuuden asianmukaisen suorittamisen valvonta kuuluu vanhemmille. Pirkkalan kunta on tehnyt oppivelvollisuuden valvonnan laiminlyönnin perusteella rikosilmoituksen vanhemmista, jotka ottivat 8-vuotiaan poikansa pois koulusta vuonna 2001. Vanhemmat ilmoittavat menettelynsä syyksi lapseen kohdistuneen koulukiusauksen. Asiaa käsitellään keväällä 2003 Tampereen käräjäoikeudessa. Ks. Aamulehti 28.3.2003. Asia on vanhempien aloitteesta vireillä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa lapsen oikeuksien loukkauksena.

[6] Lapsen oikeuksien sopimus. Suomen toinen määräaikaisraportti 1998 s. 47, jossa viitataan WHO:n tutkimukseen ja todetaan, että koulukiusaaminen Suomessa on ”eurooppalaista keskitasoa”. Koulukiusaamista esiintyy eniten suurissa kouluissa ja erityisesti peruskoulun 7–9 luokilla. Salmivalli 2003 s. 14 huomauttaa, että kiusattujen lasten osuus peruskouluikäisistä vaihtelee käytetyn tutkimusmenetelmän ja lasten iän mukaan. Hänen mukaansa useimmissa tutkimuksissa kiusattujen prosentuaalinen osuus on ollut 5–15 prosenttia.

Vahingonkorvausoikeudessa päähuomio on kahden osapuolen – vahingonaiheuttajan ja vahingonkärsijän – välisessä suhteessa. Koulukiusauksessa vahingon aiheutuminen liittyy kuitenkin useampien osapuolten käyttäytymiseen. Kiusaaminen ei ole vain kiusaajan ja kiusatun välinen yksittäinen, kahdenkeskinen tapahtuma vaan pitkäkestoisempi tilanne, joka koskettaa koko kouluyhteisöä. Kiusaaminen perustuu usein suuremman ryhmän jäsenten välisiin pysyviin sosiaalisiin suhteisiin.[7] Vahingonkorvausvastuun syntymisen kannalta on keskeistä tarkastella relaatiota vahingonkärsijä – korvausprosessin vastaaja. Jos vastaajana on kunta, joudutaan arvioimaan oikeussuhteeseen liittyviä laiminlyöntejä, jotka ovat mahdollistaneet kiusauksen. Vahinko on tällöinkin aina syntynyt myös suhteessa kiusaaja(t) – vahingonkärsijä. Koulukiusausvahinko on näin tyypillisesti seurausta sekä jonkun aktiivisesta toiminnasta että toisen tahon laiminlyönnistä.

2. Kirjoituksen tavoitteista

Tarkoitukseni on tässä kirjoituksessa pohtia koulukiusaamiseen liittyviä vahingonkorvausoikeudellisia kysymyksiä. Tarkastelun kohteena on tilanne, jossa koululainen on aiheuttanut toiselle koululaiselle kouluympäristössä vahinkoa kiusaamalla.[8] Kiusausvahingot ovat tyypillisesti henkilövahinkoja, mutta kiusauksesta voi seurata myös esinevahinkoja tai varallisuusvahinkoa. Tavoitteenani on selvittää, *millä edellytyksillä koulukiusaajalle, kiusaajan huoltajille tai kunnalle voi syntyä vahingonkorvausvastuu koulukiusauksella aiheutetuista vahingoista.*

Koulukiusauksessa vahinko kohdistuu lapseen tai nuoreen. Perustelen kirjoituksessa näkemystä, jonka mukaan *vahingonkärsijän alaikäisyydelle on syytä antaa merkitystä, kun tarkastellaan korvausvastuun edellytysten täyttymistä.* Vahingonkorvauslaissa on otettu erikseen huomioon alle 18-vuotias vahingonaiheuttaja, jonka velvollisuutta korvata aiheuttamansa vahinko on rajoitettu. Sen sijaan laki ei sisällä erityisiä säännöksiä sellaisen tilanteen varalle, jossa vahinkoa kärsinyt on alaikäinen.

---

[7] Salmivalli 1998 s. 33. Kiusaamistilanteessa on kiusatun ja kiusaajan lisäksi läsnä usein muitakin oppilaita, joilla voi olla erilaisia rooleja. Nämä roolit ovat tutkimusten mukaan melko pysyviä. Rooleista on käytetty nimityksiä vahvistaja, apuri, puolustaja ja ulkopuolinen. Salmivalli 1998 s. 46–47. Opetusministeriön turvatyöryhmä on pitänyt ongelmallisena suomalaisen opetustoimen tapaa puuttua koulukiusaamiseen lähinnä yksilö- ja rankaisukeskeisin menetelmin. Työryhmä korostaa ryhmämekanismien vaikutusta kiusaustilanteissa ja niiden selvittelyssä. Opetusministeriön julkaisuja 20/2000.

[8] En tarkastele tilanteita, joissa opettaja kiusaa oppilasta tai joissa kiusaaminen kohdistuu opettajaan.

Oikeusjärjestyksemme sisältää useita lapsia koskevia säännöksiä ja periaatteita, jotka heijastavat lapsen oikeudellista erityisasemaa. Puolustan jäljempänä näkemystä, jonka mukaan *lapselle aiheutuneen kiusausvahingon korvaamisen edellytyksiä on tarkasteltava siten, että lapsen erityinen oikeudellinen asema otetaan huomioon.*[9] Lapsioikeuden keskeisiä periaatteita on totuttu soveltamaan esimerkiksi lastensuojelussa, lasten huoltoa ja tapaamisoikeutta sekä elatusasioita koskevien ratkaisujen yhteydessä. Nämä periaatteet kuuluvat kuitenkin kaikkeen oikeudelliseen ratkaisutoimintaan, jossa lapsi on asianosaisena. Kyse ei ole viranomaisten mahdollisuudesta halutessaan soveltaa oikeusnormeja lapsimyönteisesti vaan oikeusjärjestykseemme sisältyvistä velvoitteista, jotka asianmukaisessa perus- ja ihmisoikeusmyönteisessä lainsoveltamisessa on otettava huomioon.

Kirjoituksen päähuomio on kunnan korvausvastuun edellytysten tarkastelussa. Painotusta voidaan perustella ensinnäkin sillä, että PL 118 §:n mukaan jokainen, joka on kärsinyt vahinkoa virkamiehen lainvastaisesta toimenpiteestä tai laiminlyönnistä, on oikeutettu vaatimaan vahingonkorvausta julkisyhteisöltä. Oikeus vaatia vahingonkorvausta viranomaisen aiheuttamasta vahingosta voidaan nähdä keskeisenä osana hallinnon oikeussuojajärjestelmää.[10] Toiseksi voidaan todeta, että käytännössä korvausvaatimukset on kohdistettu – ja tullaan luultavasti tulevaisuudessakin kohdistamaan – nimenomaan kuntaan. Osasyynä kunnan valikoitumiseen vastaajaksi lienee sen kantokyky. Kyse on myös lainsäädännön luomista odotuksista, joita kansalaiset kohdistavat kuntaan.[11] Kolmas syy painopistevalintaan on kirjoituksessa perusteltava käsitys siitä, että kunnan vastuulle koulukiusausvahingoista voidaan esittää painavia perusteluja.

---

[9] Lapsen oikeuksien näkökulma vaikuttaa luonnollisesti myös silloin, kun alle 18-vuotias on vastaajana vahingonkorvausprosessissa.

[10] PL 22 § velvoittaa julkisen vallan turvaamaan perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen käytännössä. Yhdessä PL 22 § ja 118 § muodostavat kansalaisen oikeusaseman kannalta merkittävän oikeusturvatakeen tilanteissa, joissa julkisen vallan käyttäjä on aiheuttanut lainvastaisella menettelyllä vahinkoa yksityiselle. Kyseisiin lainkohtiin perustuen voidaan väittää, että kansalaisen oikeus saada korvausta julkisen vallan käyttäjän aiheuttamasta vahingosta on perusoikeuden luonteinen. Ks. tarkemmin Hakalehto-Wainio 2000 s. 282.

[11] Kun ihmisten tietoisuus oikeuksistaan kasvaa samalla kun lainsäätäjä on vahvistanut esimerkiksi perusoikeuksien merkitystä, voidaan odottaa myös oikeudellisten vaatimusten lukumääräisesti lisääntyvän. Joskus vaatimukset saattavat perustua vääriin käsityksiin esimerkiksi perusoikeuksien merkityksestä. Ryynänen on huolissaan siitä, ymmärtävätkö kansalaiset lainkaan omaa vastuutaan hyvinvointivaltiossa. Hän katsoo, ettei perusoikeuksiin vetoamalla ole mahdollista vaatia jotain sellaista, mitä ei aikaisemminkaan ole voitu toteuttaa poliittisesti, taloudellisesti tai sosiaalisesti. Ryynänen, DL 1999 s. 703–711.

Vahingonkärsijän korvaussuojan laajuuteen vaikuttaa käsitys siitä, mitä on pidettävä juridisesti relevanttina vahinkona. Koulukiusausvahingot ovat laadultaan tyypillisesti aineettomia. Tällaisten vahinkojen korvauskelpoisuuteen liittyy erityiskysymyksiä, joten painotan jatkossa aineettomien vahinkojen korvaamisedellytyksiä.

Kirjoituksessa nostetaan esiin näkökohtia, jotka voivat olla merkityksellisiä kiusausvahinkoihin liittyvien vastuukysymysten kannalta. Luvussa II tarkastellaan lyhyesti yleisellä tasolla vahingonkorvausvastuun suhdetta perus- ja ihmisoikeuksiin. Kiusausvahinkojen korvaaminen voidaan nähdä osana lapselle kuuluvaa perus- ja ihmisoikeussuojaa. Luvussa III hahmotellaan lapsioikeudellista näkökulmaa tilanteeseen, jossa vahingonkärsijä on alaikäinen. Aluksi esitellään ominaispiirteitä, joita liittyy lapsiin vahingonkärsijöinä. Seuraavaksi selvitetään lapsioikeuden perustaa, joka on mielestäni otettava huomioon, kun koulukiusausvahinkojen korvaamista tarkastellaan osana lapselle kuuluvaa oikeusturvaa. Lapsioikeuden periaatteiden esille tuominen vahingonkorvauskysymyksissä on tärkeää sen vuoksi, että näin on mahdollista eritellä aikaisempaa monipuolisemmin korvausvastuun edellytysten syntymiselle välttämättömiä tekijöitä.[12]

Luvussa IV vahingonkorvausvastuun edellytyksiä tarkastellaan lapsen oikeuksien näkökulmasta. Vahingon käsitettä, tuottamusedellytystä ja syy-yhteyden vaatimusta käsitellään pohtien, miten lapsioikeudellinen näkökulma voi vaikuttaa näiden edellytysten sisältöön. Luvuissa V–VII selvitetään erikseen kunnan, alaikäisen kiusaajan ja huoltajien vastuuoikeudellista asemaa. Kunnan korvausvastuun perustaksi esitetään perusopetuslain velvoite opetusympäristön turvallisuudesta. Kunnan vastuuseen tulee sovellettavaksi VahL:n standardisäännös, jonka merkitystä vastuun muotoutumiseen arvioidaan. Lisäksi pohditaan, voiko kunnan vastuu koulukiusausvahingoista olla tavanomaista tuottamusvastuuta ankarampaa. Luku VIII kokoaa yhteen argumentit lapsioikeudellisen lähestymistavan merkityksestä vahingonkorvausoikeudessa, kun kyseessä on koulukiusauksella aiheutettu vahinko.

[12] Näin myös Andersson 2003 s. 14–15.

II KOULUKIUSATUN OIKEUS VAHINGONKORVAUKSEEN PERUS- JA IHMISOIKEUKSIEN NÄKÖKULMASTA

1. Vahingonkorvaus perus- ja ihmisoikeuksien suojamuotona

Perusoikeudet ovat kansallisessa perustuslaissa yksilölle turvattuja oikeuksia, joille on luonteenomaista erityinen pysyvyys ja oikeudellinen luonne. Ihmisoikeuksilla tarkoitetaan kansainvälisissä sopimuksissa tunnustettuja erityisen tärkeitä oikeuksia. Sekä perus- että ihmisoikeudet ymmärretään ilmaisuina perustavan laatuisista arvoista.[13] Ne kuuluvat kaikille – myös lapsille. Yhteiskunnassa suojaa nauttivat intressit voidaan palauttaa perus- ja ihmisoikeuksiin. Esimerkiksi henkilövahinkojen korvaaminen voidaan nähdä PL 7 §:ssä säädettyjen oikeuksien – oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen – suojamuotona. Esinevahinkojen taustalla on puolestaan PL 15 §:n omaisuuden suoja.[14]

Koululaisen oikeutta käydä koulua ilman kohtuuttomia häiriötekijöitä voidaan tarkastella PL 7 §:n näkökulmasta. Säännöksen mukaan jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Julkisen vallan on turvattava tämän oikeuden toteutuminen myös yksityisiä loukkauksia vastaan. Koulukiusaamisen osalta velvollisuus merkitsee sellaisten olosuhteiden luomista kouluun, ettei koululaisten fyysinen tai psyykkinen koskemattomuus vaarannu. Opetusviranomaisten vastuuta kouluympäristön turvallisuudesta on täsmennetty perusopetuslain 29 §:ssä, jonka mukaan oppilailla on oikeus turvalliseen opiskeluympäristöön. EIS 3 artiklan kielto kohdella ketään epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla velvoittaa vastaavasti valtiota suojaamaan yksilöitä muiden taholta uhkaavaa artiklassa kiellettyä kohtelua vastaan.[15] EIT on 3 artiklan soveltamiskäytännössään korostanut, että valtion on ryhdyttävä tehokkaisiin toimiin torjuakseen erityisesti lapsiin ja muihin yhteiskunnan haavoittuviin kansalaisryhmiin kohdistuvia oikeudenloukkauksia.[16]

---

[13] Hidén 1999 s. 26 huomauttaa, että perusoikeusrajoitusten kytkeminen ihmisoikeusvelvoitteisiin on yksi perusoikeusuudistuksen uutuuksista. Ihmisoikeusnormien sisältö ja järjestelmän sisäiset tulkinnat vaikuttavat samoja oikeuksia koskevien perusoikeusnormien kansallisessa tulkinnassa.

[14] Pöyhönen 1999 s. 182–183.

[15] Pellonpää 1999 s. 263–264. Opetusministeriön turvatyöryhmä viittaa mietinnössään PL 7 §:ään, lasten oikeuksien sopimukseen sekä EIS:een, kun se käsittelee opetuksen järjestäjän turvallisuusvelvoitteita. Ks. Opetusministeriön julkaisuja 20/2000.

[16] Ks. X and Y v. the Netherlands judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, pp. 11–13, §§ 21–27 ja the Stubbings and Others v. the United Kingdom judgment of 22 October 1996, Reports 1996:IV, p. 1505, §§ 62–64 .

Koululaisen oikeus koulunkäyntiin on turvattu yksilöllisenä perusoikeutena (PL 16 §). Tämä subjektiiviseksi luokiteltava oikeus sisältää sekä oikeuden perusopetukseen että sen maksuttomuuteen. Koululaisen näkökulmasta oikeus asianmukaiseen opetukseen korostuu käytännön tilanteissa opetuksen maksuttomuuteen verrattuna. Jos tämän oikeuden käyttäminen häiriintyy kohtuuttomasti koulukiusauksen seurauksena, kyse voi olla perusoikeuden loukkauksesta.

> Apulaisoikeusasiamies on ottanut kantaa siihen, toteutuiko oikeus perusopetukseen, kun opettajat oli lomautettu usean viikon ajaksi. AOA viittasi lapsen oikeuksia koskevaan yleissopimukseen, joka velvoittaa viranomaisia ottamaan ensisijaisesti huomioon lapsen edun lapsia koskevissa toimissa. AOA:n mukaan sellaiset lomautuksista johtuvat väliaikaiset opetusjärjestelyt, joilla heikennetään tosiasiallisesti opetuksen laatua ja määrää, ovat lapsen edun vastaisia. Jos kunta sallii tällaisen toiminnan, kyse on julkisen vallan laiminlyönnistä turvata aktiivisin toimin perusoikeuksien toteutuminen.[17] Ratkaisussa ei ollut kyse opetuksen maksuttomuudesta vaan siitä, toteutuiko oikeus opetukseen asianmukaisella tavalla.

Vahingonkorvausoikeuden tehtävänä on huolehtia vahinkojen korvaamisesta, kun korvausvastuulle lain mukaan asetetut edellytykset täyttyvät. Vahingonkorvausoikeudessa korvausvastuun edellytyksillä kuten vastaajan käyttäytymisen tuottamusarviolla on välttämättä keskeinen merkitys. Perus- ja ihmisoikeusjuridiikassa lähtökohtana ovat perus- tai ihmisoikeusloukkauksen kohteen – vahingonkärsijän – oikeudet.[18] Yksi vahingonkorvausoikeuden lähitulevaisuuden haasteita on perusoikeuksien ja ihmisoikeussopimusten mahdollinen vaikutus oikeudenalan periaatteisiin.[19] Oikeudelliseen ratkaisutoimintaan kuuluu perus- ja ihmisoikeuksien huomioon ottaminen. Perustuslaki ja Euroopan ihmisoikeussopimus velvoittavat kaikki viranomaiset huolehtimaan perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisesta. Lakeja on tulkittava siten, että ratkaisut edistävät perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista.[20] Huolimatta siitä, että perus- ja ihmisoikeudet läpäisevät koko oikeusjärjestyksen, niillä voi käytännössä olla yllättä-

---

17 AOA 31.12.1998, dnro 1416/4/98.

18 Luonnollisesti perus- ja ihmisoikeudet suojaavat myös vahingonkorvausjutun vastaajaa. Korvausvastuun perustaminen saattaisi joskus olla vastaajan kannalta perus- tai ihmisoikeuksien loukkaus. Mason 1998 s. 14 huomauttaa ihmisoikeuksien ja vahingonkorvauksen erilaisesta oikeudellisesta perustasta. Vahingonkorvausoikeudessa pyritään suojaamaan yhteiskunnan jäsenten intressejä, kun ihmisoikeuksien tavoitteena on suojella yksilöä.

19 Ks. EIS:n vaikutuksista Englannin vahingonkorvausoikeuteen Mason 1998 s. 13–34. Ihmisoikeuksilla voidaan toisaalta nähdä olevan yhteys visioon yleiseurooppalaisesta vahingonkorvausoikeudesta. “Uniform Human Rights can be seen as inevitably leading to uniform civil rights.” Banakas, ERPL 2002 s. 366, joka esittää vaatimuksen EU-kansalaisten yhdenmukaisesta kohtelusta argumenttina yhteisen eurooppalaisen vahingonkorvausoikeuden puolesta.

20 PeVM 25/1994 vp, s. 3–4.

viä vaikutuksia. Vahingonkorvausoikeuden sisällä perus- ja ihmisoikeudet saattavat aiheuttaa vieteriukko-efektin[21] kaltaisen yllätyksen tuomalla oikeudenalan perinteiseen ajattelumalliin verrattuna vieraita ja ennakoimattomia elementtejä mukaan lain soveltamiseen.

Vaatimus perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä laintulkinnasta koskee luonnollisesti myös vahingonkorvauskysymyksiä. Koulukiusausasioiden kanssa mahdollisesti tekemisissä olevat tahot kuten opetus-, terveys- ja sosiaaliviranomaiset, poliisi ja oikeuslaitos ovat velvollisia aktiivisesti vaikuttamaan siihen, että koulukiusatun lapsen perus- ja ihmisoikeudet toteutuvat heidän ratkaisuissaan parhaimmalla mahdollisella tavalla. Lehtimaja peräänkuuluttaa mielikuvitusta, rohkeutta ja kriittisyyttä perus- ja ihmisoikeuksien soveltamisessa.[22] Lainkäytössä perusoikeuksien kasvava merkitys voi tulla esiin siten, että rikoksen tai vahingon uhrin perusoikeuksien toteuttaminen saattaa edellyttää vahingonkorvauslain perusoikeusmyönteistä tulkintaa.[23] Vahingonkorvausoikeus ei myöskään saa olla ristiriidassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen kanssa.[24] Kansalliset tuomioistuimet saattavat joutua harkitsemaan korvauskelpoisten vahinkojen piiriä ihmisoikeustuomioistuimen käytännön valossa. EIT on määrännyt hyvitystä maksettavaksi monenlaisista aineettomista vahingoista, joita ei Suomessa ole katsottu VahL:n mukaan korvattaviksi vahingoiksi.[25]

Vetoaminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja perusoikeussäännöksiin

---

[21] Vieteriukkoteoriasta EY-oikeudessa Wilhelmsson, JJ Aulis Aarnio 1997 s. 357–374. Wilhelmsson käyttää vieteriukko-vertausta kuvaamaan EY-oikeuden ennakoimatonta ”pomppaamista” oikeudelliseen päätöksentekoon. Lainsoveltajan on mahdotonta ennakoida, milloin EY-oikeus syrjäyttää kansallisen lainsäädännön tai pakottaa muuttamaan sen soveltamiskäytäntöä. Mts. 359. Perus- ja ihmisoikeudet eivät tietenkään ole EY-oikeuden tavoin yllättäviä säännöksiä. Koska perus- ja ihmisoikeusajattelu on vasta vähitellen tulossa osaksi käytännön soveltamistoimintaa, näiden oikeuksien vaikutusta eri oikeudenaloilla ei välttämättä vielä osata ennakoida.

[22] Lehtimaja, LM 1999 s. 899 huomauttaa kärjistetysti, että on olennaisempaa etsiä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta oikeudenmukaista lopputulosta kuin suojautua virkasyytteiltä.

[23] Nuutila 1998 s. 176 huomauttaa, että kun kyse on kipuun ja särkyyn verrattavan kärsimyksen korvaamisesta, tuomioistuimen on mahdollista soveltaa vahingonkorvauslakia laventavasti uhrin eduksi. Perus- ja ihmisoikeuksia koskeva kiinnostus on yhdistetty tarpeeseen vahvistaa oikeuden ja moraalin välistä sidosta. Perusoikeusargumentaation myötä voidaan kuljettaa moraalisia argumentteja oikeudellisiin käytäntöihin. Ks. lähemmin Wilhelmsson 2001 s. 111–120, jossa tarkastellaan oikeudenkäyntiä moraalidiskurssina.

[24] Tarkemmin Harpwood 2000 s. 12.

[25] Fairgrieve luettelee seuraavat vahingot: anguish, anxiety, feelings of frustration and helplessness, harassment, humiliation, stress, serious mental distress. Fairgrieve, PL 2001 s. 707. On huomattava, että EIT katsoo usein pelkän ihmisoikeusloukkauksen toteamisen oikeudenloukkauksen riittäväksi seuraukseksi eikä hyvitystä tällöin määrätä maksettavaksi. Tarkemmin Fairgrieve mts. 703. Ks. myös Pellonpää 2000 s. 158, erit. av 145.

on huomattavasti yleistynyt oikeuskäytännössä.[26] Perus- ja ihmisoikeusajattelun voimistumisen yhtenä seurauksena voi olla uudentyyppisten kanteiden nostaminen, jos perusoikeusnormistoon tai ihmisoikeussopimuksiin tukeutuen vaaditaan vahingonkorvausta tilanteissa, joissa perus- tai ihmisoikeuksia on rikottu tai niitä ei ole toteutettu asianmukaisesti.[27] Perus- ja ihmisoikeuksien suojaaminen ei ole mahdollista ilman todellisia ja tehokkaita keinoja. AOA Paunio on huomauttanut tällaisten keinojen puuttumisesta, kun kansalainen tahtoo toteuttaa subjektiivisia oikeuksiaan. Paunio katsoo, että lainsäädännön suomia keinoja tulisi käyttää nykyistä tehokkaammin.[28] Näin esimerkiksi mahdollisuutta käyttää vahingonkorvausvastuuta perusoikeuksien suojamuotona on syytä tuoda esiin. Vaikka vahingonkorvaus rahallisena hyvityksenä koulukiusauksesta aiheutuneista vahingoista saattaa vaikuttaa epäsopivalta tai riittämättömältä, se on silti oikeusjärjestyksen tuntemista todellisista ja tehokkaista keinoista paras mahdollinen. Oikeus saada korvausta viranomaistoiminnassa kärsitystä vahingosta voi saada lähitulevaisuudessa suuremman painoarvon, jos viranomaismenettelyyn liittyvä oikeusturva mielletään yleisemmin perus- ja ihmisoikeuskysymykseksi.

2. Lapsen oikeuksien yleissopimus lasten ihmisoikeussopimuksena

Lapsen oikeuksien yleissopimus (engl. Convention on the Rights of the Child) hyväksyttiin YK:ssa 20.11.1989. Sopimus saatettiin voimaan Suomessa vuonna 1991.[29] Kyseessä on sitova valtiosopimus, joka on voimassa lain tasoisena. Lapsioikeuden näkökulmasta sopimus aloitti lapsen oikeuksien uuden aikakauden, sillä se mullistaa monilta osin perinteistä näkemystä lapselle kuuluvista

---

[26] ”Juridisen samettivallankumouksen tuloksena yksityisten ihmisten mahdollisuudet vedota oikeuksiensa tueksi välittömästi perusoikeussäännöksiin tuomioistuimissa ja viranomaisissa ovat kuluneen vuosikymmenen kuluessa jatkuvasti parantuneet.” Lavapuro 1998 s. 90.

[27] Pöyhönen, OT 1999 s. 342 arvioi, että kun oikeus vahingonkorvaukseen vakiintuu TSS-perusoikeuksien suojamuodoksi, vahingonkorvausoikeuden ja perusoikeusjärjestelmän välinen suhde vahvistuu. ”Aiheuttajalle asetetulla korvausvastuulla suojataan vahingonkärsijän perusoikeuspohjaisia intressejä.” Pöyhönen 2000 s. 94.

[28] Paunion mukaan ”asiantilalla saattaa olla laajoja lain kunnioitukseen, yhteiskunta- ja oikeusjärjestyksen legitimiteettiin ja sen uskottavuuteen liittyviä vaikutuksia.” Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1998 s. 23.

[29] Laki lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä (1129/91) ja Asetus lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen voimaansaattamisesta sekä yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta (1130/91).

oikeuksista. Sitä voidaan luonnehtia lasten ihmisoikeussopimukseksi. Konventio, kaikkiaan 54 artiklaa, on varsin kattava ja sisällöltään perinpohjainen.[30] Sääntely koskee sekä lapsen lähintä yhteisöä että koko yhteiskuntaa. Lapsen oikeuksien sopimus tunnustaa yleisissä ihmisoikeussopimuksissa[31] turvatut oikeudet myös lapsille, mutta sisältää tämän lisäksi lasten erityisasemaan liittyviä oikeuksia. Kyse on lasten oikeuksien erityisestä tunnustamisesta kansainvälisellä tasolla. Sopimuksella turvataan laajasti ja yksityiskohtaisesti lapsen oikeuksia, suojataan lasta syrjinnältä ja hyväksikäytöltä sekä edellytetään lapsen edun huomioon ottamista ja etusijalle asettamista kaikissa yhteiskunnan toimissa.

Yleissopimuksen sisältämät erityisoikeudet ovat *lapsen oikeus huolenpitoon* (”provision”[32]), *oikeus suojeluun* (”protection”) ja *oikeus osallistua häntä koskevaan päätöksentekoon* (”participation”). Lapsen huoltajien ohella viranomaiskoneistolla on suuri vastuu lapsen oikeuksien toteutumisesta käytännössä. Lapsen oikeuksien sopimuksen 3. artiklan 1-kohdan mukaan viranomaisten on joka kerta ratkaistessaan asioita, joiden lopputulos vaikuttaa yksittäiseen lapseen, lapsiryhmään tai yleisesti lapsiin, otettava huomioon lapsen etu. Tämän tavoitteen toteutumisen esteenä näyttää olevan se, ettei lasten asioista päättävillä ole riittävästi tietoa niistä velvoitteista, joita muun muassa lapsen oikeuksia koskeva sopimus ja perustuslaki asettavat.[33] Yleissopimuksen mukaisten velvoitteiden toteutuminen edellyttää myös riittävää tiedottamista lapsen oikeuksista yleisellä tasolla sopimuksen edellyttämällä tavalla.[34]

Koulukiusauksen kannalta sopimuksen 19 artikla on merkityksellinen. Sen 1-kohdan mukaan valtiot ryhtyvät ”kaikkiin asianmukaisiin lainsäädännöllisiin, hallinnollisiin, sosiaalisiin ja koulutuksellisiin toimiin suojellakseen lasta kaikenlaiselta ruumiilliselta ja henkiseltä väkivallalta, vahingoittamiselta ja pahoinpitelyltä, laiminlyönniltä tai välinpitämättömältä tai huonolta kohtelulta tai

---

[30] Mahkonen, LM 1990 s. 42 huomauttaa, että sopimuksessa säädetään lähes kaikista muista paitsi ”eettistä ristivetoa aiheuttavista seikoista”.

[31] Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimusta ei tosin pidetä erityisen lapsiystävällisenä säädöksenä. McGlynn, EPL 2000 s. 392–393.

[32] Mahkonen, LM 1990 s. 41, av 1 huomauttaa, ettei käsite ”provision” käänny helposti Suomen kielelle. Sillä tarkoitetaan perusoikeuksia, oikeutta saada määrättyjä etuuksia tai palveluita tai ylipäänsä oikeutta johonkin.

[33] ”Tai sitten näihin velvoitteisiin ei kiinnitetä – syystä tai toisesta – riittävästi huomiota.” Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1999 s. 24.

[34] YK:n Lapsen oikeuksien komitea on huomauttanut, että Suomen osalta tiedotus on ollut varsin puutteellista. Komitean viimeisimmät Suomea käsittelevät päätelmät ja suositukset, kohdat 21–22. Myös Mannerheimin lastensuojeluliiton lapsiasiamies katsoo, ettei Suomen valtio ole aktiivisesti informoinut lapsia sopimuksen sisällöstä. Molander 1996 s. 586.

hyväksikäytöltä, mukaan lukien seksuaalinen hyväksikäyttö, silloin kun hän on vanhempansa, muun laillisen huoltajansa tai kenen tahansa muun hoidossa." Artiklan 2-kohta kiinnittää huomiota sosiaalisiin ohjelmiin, joiden avulla lasten pahoinpitelytapauksia voidaan ehkäistä, tunnistaa, raportoida, saattaa käsiteltäväksi, tutkia, hoitaa, seurata jatkossa sekä tarvittaessa viedä oikeuslaitoksen käsiteltäväksi. Sopimuksen 37 artiklan a-kohdassa sopimusvaltiot takaavat, ettei lasta kiduteta, eikä kohdella tai rangaista julmalla, epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla.

Kiusaamiseen on suhtauduttava vakavasti. Se on psyykkisesti vaikea tilanne sekä kiusatulle että kiusaajalle.[35] Lapsen oikeuksien sopimus velvoittaa viranomaiset suhtautumaan asiallisesti tilanteisiin, joissa on syytä epäillä lapsen oikeuksien loukkausta. Perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen valvominen on lasten kohdalla erityisen tärkeää, sillä kyseessä on ryhmä, jolla ei ole edellytyksiä itse huolehtia oikeuksistaan. Lapsen oikeuksien sopimus sisältää viranomaisille suunnatun informaatiovelvoitteen. Sen perusteella esimerkiksi kunnilla on velvollisuus huolehtia siitä, että kuntien palveluksessa oleva henkilöstö, koulujen oppilaat ja heidän vanhempansa ovat tietoisia lapsen oikeuksien sopimuksen sisällöstä, erityisesti lapsille sen mukaan kuuluvista oikeuksista.[36]

Lapsioikeuden yhtenä tehtävänä voidaan nähdä heikomman suojelu.[37] Käytännössä lapsen oikeuksien sopimuksen painoarvo on ollut yllättävän vähäinen. Tähän vaikuttaa varmasti se, ettei sopimukseen liity yksilövalitusoikeutta.[38] Lapsen oikeuksien sopimuksen täytäntöönpanomekanismia pidetään yleisesti heikkona.[39] Lapsioikeuden asiantuntijat ovat vaatineet komissiolle lisää valtuuksia ja resursseja, jotta sopimus saisi sille kuuluvan merkityksen. Euroopan ihmisoikeussopimukseen viitaten on kannatettu lasten oikeutta yksilövalituk-

---

[35] Koulukiusaamisen uhrien ja koulukiusaajien mielenterveydelliset ongelmat ovat yhtä yleisiä. Opetusministeriön julkaisuja 27/2002 s. 16.

[36] Ruotsissa Rädda Barnen on korostanut lapsen oikeuksien sopimuksen mukaista kuntien informointivelvollisuutta nimenomaan koulukiusaustilanteita silmällä pitäen. Ks. www.bo.se.

[37] Schiratzki 2002 s. 12.

[38] Nieminen 2003 s. 25.

[39] Mannerheimin Lastensuojeluliiton lapsiasiamies Helena Molander katsoo, ettei ole sopivaa, että valtio raportoi omista virheistään ja laiminlyönneistään. Molander 1996 s. 576. YK:n lapsen oikeuksien komitea on pitänyt huolestuttavana sitä, ettei lapsiasioita ole Suomessa keskitetty kenellekään hallituksen sisällä eikä myöskään keskushallinnossa ja paikallistasolla ole koordinoitu lapsia koskevia asioita kuten esimerkiksi yleissopimuksen voimaansaattamisen valvontaa. Komitea kehottaa Suomea harkitsemaan kansallisen lapsiasiamiehen viran perustamista muiden Pohjoismaiden myönteisten kokemusten perusteella. YK:n lapsen oikeuksien komitean viimeisimmät Suomea käsittelevät päätelmät ja suositukset, 16.3.2000. Suositus löytyy verkko-osoitteesta http://formin.finland.fi/doc/fin/ihmisoik/raportointi/paatsuo/lapsi.html. Norjassa lapsiasiamiehen virka perustettiin vuonna 1981, Ruotsissa vuonna 1993. Suomessa Mannerheimin Lastensuojeluliitossa on toiminut lapsiasiamies vuodesta 1981 lähtien.

seen, jos sopimusta ei noudateta.[40] Lapsen oikeuksien sopimusta voidaan pitää painoarvoltaan merkityksellisenä oikeuslähteenä kaikissa tilanteissa, joissa on kyse lapsen oikeudellisesta asemasta. Myös vahingonkorvausoikeutta sovellettaessa sopimuksen artiklat on otettava huomioon, kun ratkaisu koskettaa yksittäistä lasta tai lapsia ryhmänä.

III LAPSIOIKEUDELLINEN NÄKÖKULMA KIUSAUSVAHINKOIHIN

1. Lapsi vahingonkärsijänä

Lapset vahingonkärsijöinä muodostavat muusta väestöstä poikkeavan ryhmän useammalla eri perusteella. *Lasten kyky arvioida riskejä ja vaaroja on puutteellisempi kuin aikuisilla.* Tästä syystä he ovat erityisen alttiita tietyntyyppisille vahingoille, esimerkiksi liikennevahingoille.[41] Lapsille annetaankin liikennevalistusta lapsuuden ja nuoruuden eri vaiheissa. Yhteiskunnassa tulee kiinnittää erityistä huomiota lapsille tyypillisten vahinkojen torjumiseen. Myös koulukiusauksesta aiheutuvia vahinkoja voidaan pitää lapsille tyypillisinä. Panostamista niiden ennalta estämiseen voidaan pitää koululaisten hyvinvoinnin kannalta keskeisenä.

Toinen lapsia vahingonkärsijöinä yhdistävä piirre on se, että *lapsen mahdollisuudet selviytyä itsenäisesti erilaisista vahingon uhkan sisältävistä tilanteista ovat rajoitetut*. Vahingonkorvausoikeuden eräs moderneista piirteistä on kiinnittää huomiota vahingonkärsijän mahdollisuuksiin suojautua vahingoilta. Kyse on vahinkotilanteen hallinnasta. Lapsen keinot suojautua vahingolta ovat vähäiset, mikä on otettava huomioon vahinkotilanteen hallinnan arvioinnissa. Lasten turvallisuudesta vastuussa olevilla – esimerkiksi vanhemmilla ja kouluviranomaisilla – onkin velvollisuus huolehtia vahinkojen minimoinnista.

Kolmanneksi on huomattava, että *lapsen subjektiivinen kokemus vahingosta saattaa olla erilainen kuin täysi-ikäisellä vahingonkärsijällä.* Erityisesti psyykkinen vahinko voi vaikuttaa lapsen maailmassa huomattavasti voimakkaammin ja ajallisesti pitempään kuin aikuisen henkilön kokemana. Tälle tosiseikalle voidaan antaa merkitystä vahingonkorvauksen määrää harkittaessa.

---

[40] ”The image of children hauling their own states in front of an international court would serve to impress upon the world the importance of the rights and lives of children.” Freeman, CLP 2000 s. 514. Freeman mts. 509–510 katsoo, että järjestelmä, jolle sopimus on rakennettu, on kaatumassa. Hän esittää komissiolle oikeutta tehdä tutkimuksia ja kerätä todistusaineistoa.

[41] Hellner – Johansson 2002 s. 267.

Neljäntenä voidaan todeta, että *lapsi vahingonkärsijänä eroaa täysi-ikäisistä myös kyvyssään ja mahdollisuuksissaan saattaa vahinkotilanne asianmukaisesti tutkittavaksi.*[42] Lapsen kärsimiin vahinkoihin on suhtauduttava asiallisesti. Lapsen oikeusturva on suureksi osaksi lapsesta vastuussa olevien aikuisten käsissä.

Viides lapsiin ja aikuisiin vahingonkärsijöinä liittyvä ero on yhteydessä näiden ryhmien varallisuusasemaan. Aikuiset saavat toimeentulonsa palkkatyöstä tai yhteiskunnan eri tukimuotojen piiristä. *Lapsilla ei pääsääntöisesti ole säännöllisiä tuloja eikä myöskään merkittävää varallisuutta.* Kun tuomittava vahingonkorvaus määritellään rahallisesti, on vaarana, että vahingon merkitys lapselle arvioidaan vähäisemmäksi verrattuna tilanteeseen, jossa vahingonkärsijä on täysi-ikäinen.

2. Lapsioikeudesta oikeudenalana

Lapsen oikeudellisen aseman sääntely on historiallisesti kytketty perheen oikeusaseman yhteyteen. Aluksi lapsia koskeva lainsäädäntö suojasi lähinnä vajaavaltaisen ja hänen perheensä varallisuutta. 1970-luvulla lapsioikeus eriytyi perhekäsityksen vähittäisen muuttumisen myötä perheoikeuden erityiseksi osa-alueeksi.[43] Se on muotoutunut lapsia koskevan lainsäädännön myötä nykyiseen asuunsa. Keskeisiä lasten oikeusasemaa koskevia säädöksiä ovat esimerkiksi isyyslaki (700/1975), laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (361/1983), laki lapsen elatuksesta (704/1975), lastensuojelulaki (638/1983) ja laki lasten päivähoidosta (36/1973).

Lapsioikeuden syntymisen keskeisenä syynä on pidetty sitä, että lainsäätäjä olisi siirtänyt huomion perheestä lapseen. Tätä on kuvattu perheoikeuden ”individualisoitumiseksi”.[44] Kyse näyttäisi olevan yhä melko perhekeskeisestä näkökulmasta lapsen oikeuksiin. Esimerkiksi edellä mainituissa säädöksissä lapsen oikeudellista asemaa on hahmotettu lähinnä suhteessa hänen vanhempiinsa sekä näiden oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Lapsen oikeudellisesti merkityksellisissä suhteissa ei silti aina ole kyse hänen oikeudestaan huoltoon, elatukseen, nimeen, erossa asuvan vanhemman tapaamiseen tai biologisen lapsi-vanhempi

---

[42] YK:n lapsen oikeuksien komitea on huomauttanut, että lasten ihmisoikeuksien toteuttamiseen on kiinnitettävä erityistä huomiota heidän ikänsä ja siihen liittyvän heikomman aseman vuoksi. Lapset ovat myös aikuisia alttiimpia ihmisoikeusloukkauksille. Committee on the Rights of The Child. 32. session, 13–31. January 2003. General Comment No. 2 (2002), kohta 5.

[43] Kurki-Suonio, EIF III 1996 s. 281–282. Lapsioikeuden käsitettä on pidetty vielä jonkin verran epätäsmällisenä, mts. 282. Ks. myös Aarnio 1981 s. 7.

[44] Kurki-Suonio, EIF III 1996 s. 287.

-suhteen perustamiseen. Lapsen näkökulmasta se, kuka vahvistetaan biologiseksi isäksi, kuka maksaa hänen elatuksensa, kuka huolehtii hänen henkilökohtaisista asioistaan tai onko hänen kotinsa biologisten vanhempien luona vai sijaiskodissa, ei välttämättä edes ole yhtä merkityksellistä kuin lapsen vanhempien tai heidän varallisuusasemansa kannalta.[45] Lapsi on paitsi perheensä jäsen, myös yhteiskunnan jäsen. Lapsi toimii päivähoidossa ja koulussa sekä harrastuksissaan. Hän on asiakkaana terveydenhuollossa ja sairaanhoidossa. Lapsi on palvelujen ja hyödykkeiden kuluttaja. Erilaisiin oikeussuhteisiin liittyen hän voi olla myös vahingonaiheuttaja ja vahingonkärsijä. Perhe on vain yksi – joskin tärkeä – ulottuvuus lapsen juridisen aseman tarkastelussa.

Lapsioikeuden eriytyminen omaksi oikeudenalakseen voidaan kytkeä lapsen oikeuksien sopimuksen syntymiseen.[46] Lapsioikeutta on mahdollista tarkastella ongelmakeskeisenä oikeudenalana. Lapsioikeuden piirissä käsiteltäisiin siten kaikki mahdolliset oikeudelliset kysymykset, jotka liittyvät lapsiin. Tämän tarkastelutavan perustana on muuttunut näkemys lapsesta yhteiskunnan jäsenenä.[47] Lähtökohdan mukaan lapsen juridiset suhteet vanhempiinsa olisivat vain yksi osa lapsioikeutta. Moderni näkemys lapsioikeuden luonteesta puoltaa siten perinteistä huomattavasti laajempaa käsitystä oikeudenalan sisällöstä. Sen tunnusmerkkeihin kuuluu lapsen edun nostaminen ylimmäksi erilaiset kysymykset yhdistäväksi periaatteeksi. Uusi näkökulma lapsioikeuteen edellyttää lasta tutkivien tieteiden kuten psykologian, sosiologian, kasvatustieteen ja lääketieteen osaamisen kytkemistä lapsen oikeusaseman tarkasteluun sikäli kun se on tarkoituksenmukaista ja palvelee pyrkimystä lapsen edun mukaisiin ratkaisuihin.[48] Esimerkiksi koulukiusauksen ymmärtäminen ilmiönä ei onnistu yksinomaan juridisin välinein. Koulukiusaukseen liittyvien syy-seuraussuhteiden purkaminen ja kiusausvahingon merkityksen ymmärtäminen lapsen kehityksen näkökulmasta kaipaavat muiden tieteiden osaamista.

---

[45] Mahkonen katsoo ”lapsen onnellisuuden tai ahdistuneisuuden määräytyvän aikalailla sen mukaan, minkälainen on hänen *lähin yhteisönsä* (kurs. alkuper.) ja ennen kaikkea miten hän itse sen mieltää.” Mahkonen, LM 1990 s. 50.

[46] Schiratzki 2002 s. 7.

[47] ”Därmed skiljer sig modern barnrätt från äldre rätts sätt att hantera rättsfrågor rörande barn, vilken utmärktes av att barnet var avhängigt vuxnas legala relationer.” Schiratzki 2002 s. 11. Barton ja Douglas 1995 s. 8 toteavat, että lapsen oikeusaseman tarkasteluun on vaikuttanut ajatus siitä, että kaikkien perheen jäsenten oikeuksia on kunnioitettava yksilölle kuuluvina oikeuksina.

[48] Schiratzki 2002 s. 11. Hirvelä 1997 s. 13 pitää lapsen kehitykseen, käyttäytymiseen ja lausumien arvioimiseen liittyvää psykologista tietoutta erityisen tärkeänä, kun lapsi on asianomistajana rikosprosessissa.

3. Lasta suojaavat periaatteet

3.1. Lapsen etu

Lapsioikeuden keskeisimpänä periaatteena pidetään lapsen edun ensisijaisuutta.[49] Lapsen etu on paitsi oikeuspoliittinen tavoite myös ratkaisutoiminnassa vaikuttava periaate.[50] Pyrkimistä lapsen edun mukaisiin ratkaisuihin pidetään yleisesti hyväksyttävänä. Samalla kun lapsioikeudessa korostetaan lapsen etua, on tapana harmitella periaatteen sisällön vaikeaselkoisuutta. Lapsen etu kun on hankalasti määriteltävä ja tilannekohtaisesti vaihteleva. Käsitteen juridinen tulkinta on sidoksissa eettisiin, sosiaalisiin ja kulttuurisiin arvoihin.[51] Oulasmaa korostaa, etteivät lapsen edun merkityssisältöön yksittäistapauksessa liittyvät ongelmat heikennä lapsen etuun liittyvän yhteiskuntapoliittisen ohjelman merkittävyyttä.[52]

Lapsen oikeuksien sopimus velvoittaa lapsen edun noudattamiseen sekä menettelyllisessä että aineellisessa mielessä. Sopimuksen 3 artiklan 1-kohdan mukaan *”kaikissa sosiaalihuollon, tuomioistuinten, hallintoviranomaisten ja lainsäädäntöelinten toimissa, jotka koskevat lapsia, on ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu”*.[53] Sopimuksen laatimisen yhteydessä kritisoitiin sitä, ettei sopimuksessa lainkaan mainita niitä kriteerejä, joiden avulla lapsen edun toteutumista voidaan arvioida.[54] Lapsen oikeuksien sopimuksessa lapsen edulla

---

[49] Esimerkiksi Schiratzki 2000 s. 53. Lapsen edun muuttuvista tulkinnoista oikeusvertailevasti Kurki-Suonio 1999.

[50] Saarenpää 1999 s. 386 luettelee neljä tapaa tarkastella lapsen etua. *Yleisenä ihmisoikeusperusteisena sääntelyperiaatteena* lapsen edulla on merkitystä lainsäädännön rakenteen ohjaajana. *Tulkintaperiaatteena* lapsen edun käyttö on rajattu kuten muidenkin ihmisoikeustulkintojen. Lapsen etu *oikeuslähdeaineiston lukuohjeena* auttaa lukemaan lainvalmisteluaineistoa ja oikeuskäytäntöä siten, että lapsen etu otetaan jatkuvasti huomioon. *Lainsisäisenä tulkintaohjeena* lapsen etu voi täydentää laintulkitsijaa aukkotilanteissa.

[51] ”Vi vet helt enkelt inte vad barnets bästa är. Inte heller vet vi vem som är bäst ägnad att bedöma vad som är bra för barnet.” Schiratzki 2000 s. 53.

[52] ”On selvää, että yleisen lapsimyönteisen asenneilmaston ja oikeusajattelun kehittyminen vaikuttaa ainakin välillisesti lainvalmistelussa ja ratkaisutoiminnassa tehtäviin valintoihin.” Oulasmaa 1994 s. 109

[53] Sopimuksen englanninkielisen alkuperäistekstin mukaan lapsen edun tulee olla ”a primary consideration” (vrt. ”*the* primary consideration”). Sopimuksessa valittua sanamuotoa on tulkittu siten, että sopimusta sovellettaessa on punnittava keskenään lapsen etua ja muita mahdollisia intressejä. Schiratzki 2002 s. 28. Suomenkielinen versio ”ensisijaisesti” ei tuo kovin selkeästi ilmi tätä alkuperäistekstin tarkoitusta.

[54] Lapsen oikeuksien sopimusta laadittaessa katsottiin tarkoituksenmukaiseksi hyväksyä se tosiasia, että esimerkiksi kulttuurien väliset erot tulee ottaa huomioon lapsen edun sisältöä yksittäistapauksessa määritettäessä. Gras 2001 s. 19–20. Alkuperäisessä luonnoksessa lapsen etu liitettiin

tarkoitetaan ensinnäkin yleistä periaatetta, jonka tavoitteena on läpäistä lainsäädäntö, hallintokäytäntö ja muu oikeudellinen ratkaisutoiminta. Toiseksi ilmaisu on apuväline sopimuksen artikloiden tulkinnassa.[55]

Lapsen etu voidaan yrittää tiivistää toteamukseen, jonka mukaan lasta koskevassa asiassa on pyrittävä kyseessä olevan lapsen kannalta parhaaseen mahdolliseen ratkaisuun – lapselle on pyrittävä takaamaan paras mahdollinen elämä. Lapsen edun ”sirpaloiminen” ei välttämättä ole kovin hedelmällistä. Kyseessä on moniulotteinen kokonaisuus, joka muodostuu lapsen oikeuksien sopimuksen artikloista ja kotimaisesta lainsäädännöstä.[56]

Mahkonen on määritellyt lapsen edun normatiivisesti – lapsen oikeuksien sopimukseen perustuen – oikeudeksi suojeluun, oikeudeksi hoivaan ja oikeudeksi tulla kuulluksi.[57] Nieminen liittää lapsen edun toteutumisen lapselle kuuluviin perus- ja ihmisoikeuksiin: *lapsen etu toteutuu silloin, kun hänen perus- ja ihmisoikeutensa on turvattu mahdollisimman hyvin*.[58] Määritelmä on sopusoinnussa lapsen oikeuksien sopimuksen kanssa. Sopimuksen 3 artiklan perusteella lapsen edun huomioon ottamista lasta koskevissa ratkaisuissa voidaan pitää lapsille kuuluvana ihmisoikeutena. Lapsen oikeuksien sopimus avaakin lainsoveltajalle mahdollisuuden – ja velvollisuuden – ottaa lapsen etu huomioon kaikenlaisissa lapsia koskevissa päätöksissä ja toimenpiteissä. Näin lapsioikeuden keskeisin periaate saa yleisempää merkitystä yhteiskunnassa.[59]

---

hänen fyysiseen, henkiseen, hengelliseen, moraaliseen ja sosiaaliseen kehitykseen. Ks. lapsen edun käsitteestä lapsen oikeuksien sopimuksen valmisteluvaiheessa Alston 1994 s. 10–12. Lapsen etu –käsitteen avoimuuteen liittyvistä ongelmista myös Parker 1994 s. 26–41.

55 Schiratzki 2002 s. 29. Onkin syytä erottaa toisistaan lapsen etu yleisesti ja lapsen etu yksittäisessä tapauksessa. Lapsen oikeuksien sopimuksessa säädetään lapsen edusta yleisellä tasolla. Mainintoja lapsen edun huomioon ottamisesta kirjataan yksityiskohtaisempia tilanteita käsitteleviin lakeihin.

56 Mahkonen, LM 1990 s. 56. Mahkosen mukaan lainsäädännöstä löytyy lähes viisikymmentä säännöstä, joissa korostetaan lapsen edun ensisijaisuutta. Mahkonen 2003 s. 143. Säännöksistä laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta sisältää lapsen edun ideaalitason. Lain 1 §:ssä täsmennetään huollon sisältöä asettamalla huollon keskeisiksi tavoitteiksi muun muassa lapsen tasapainoisen kehityksen ja hyvinvoinnin, myönteisten ihmissuhteiden, hyvän hoidon ja kasvatuksen, tarpeellisen valvonnan ja huolenpidon, turvallisen ja virikkeitä antavan kasvuympäristön sekä turvallisen ja hellyyttä sisältävän kasvatuksen turvaaminen.

57 Mahkonen 2003 s. 145.

58 Nieminen 1990 s. 41. Ks. myös Oulasmaa, OT 1992 s. 220. Oulasmaa toteaa, että viranomaistoiminnassa lapsen etu määritellään tavallisesti aikuisen perspektiivistä, jolloin se saattaa olla ”sekoitus oman elämäntilanteen värittämiä subjektiivisia ja arvosidonnaisia kannanottoja”.

59 Euroopan unionin perusoikeuskirjan 24 artikla sisältää lapsen oikeuksien sopimuksen kanssa yhteneviä määräyksiä lasten oikeuksista. Artiklaa on pidetty osoituksena siitä, etteivät lapset ole

Lapsen etu voi tulla arvioitavaksi usealla eri oikeudenalalla. Perinteisen lapsioikeuden ulkopuolella lapsen edun sisältöön voidaan joutua ottamaan kantaa esimerkiksi rikosoikeudessa, vero-oikeudessa, hallinto-oikeudessa, sopimusoikeudessa, lääkintäoikeudessa ja työoikeudessa. Lapsen edun tulkinnat voivat vaihdella eri oikeudenaloilla ja erilaisissa kysymyksissä saman oikeudenalan sisälläkin.[60]

Lapsen edun näkökulma vahingonkorvausoikeudessa liittyy lapsen asemaan sekä vahingonkärsijänä että vahingonaiheuttajana. Vahingonkorvausoikeus säätelee sitä, millä edellytyksillä vahinko korvataan. Vahingonkorvausvastuun edellytysten täyttymistä selvitettäessä lapsen etu voidaan ottaa huomioon siten, että ratkaisuvaihtoehtoja punnittaessa selvitetään, johtaako vaihtoehto mahdollisimman hyvin vahinkoa kärsineen lapsen perus- ja ihmisoikeudet toteuttavaan tulokseen. Kyse on aktiivisesta lapsen edun toteuttamisesta, jos katsotaan perustelluksi vaalia lapsen etua ja sen vuoksi suojata lasta enemmän kuin muita ryhmiä yhteiskunnassa.[61] Yksittäisessä soveltamisratkaisussa kyseessä olevan lapsen kulloisetkin yksilölliset tarpeet on tällöin ensisijassa asetettava etusijalle.[62] VahL:n alaikäistä vahingonaiheuttajaa koskevat, hänen korvausvastuutaan lieventävät, säännökset ovat osoitus normitasolla toteutetusta pyrkimyksestä aktiiviseen lapsen edun toteuttamiseen.

Passiivisella lapsen edulla tarkoitetaan lapsen edun tulkintaa, joka takaa lapselle saman suojelun ja samat oikeudet kuin muillekin.[63] Kun lapsi on vahingonkärsijänä, lainsoveltajan velvollisuus pyrkiä vähintään lapsen edun passiiviseen toteuttamiseen voidaan perustaa lapsen oikeuksien sopimukseen ja yleisemmin velvoitteeseen perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä laintulkinnasta.

---

enää ”näkymättömiä” unionissa: Euroopan yhdentymiskehitys ja Unionin lainsäädäntö vaikuttavat myös lapsiin ja lapset on tämän vuoksi otettava asianmukaisesti huomioon. Perusoikeuskirjan 24 artikla koskee lasten oikeuksia. Artiklan 1-kohdan mukaan lapsilla on oikeus hyvinvointinsa kannalta välttämättömään suojeluun ja huolenpitoon. McGlynn, EPL 2000 s. 397 huomauttaa, että artiklan mukaan suojelu on lapsen oikeus. Hän katsoo, että artiklalla olisi näin suurempi painoarvo kuin lapsen oikeuksien sopimuksen 3 artiklalla. Artiklan 2-kohdan mukaan lapsen etu on otettava ensisijaisesti huomioon kaikissa lapsiin liittyvissä toimissa. McGlynn mts. 397 pitää vaatimusta lapsen edun huomioon ottamisesta merkittävänä edistysaskeleena unionin lapsipolitiikassa

60 Schiratzki 1997 s. 330.

61 Schiratzki 1997 s. 55.

62 Kurki-Suonio, EIF III 1996 s. 263.

63 Schiratzki 1997 s. 55.

3.2 Yhdenvertaisuus

Perusoikeudet kuuluvat myös lapsille. Lapset on erityisesti mainittu PL 6.3 §:ssä, jonka mukaan lapsia on kohdeltava tasa-arvoisesti yksilöinä. Lainkohtaa voidaan pitää lapsen perusoikeuksien ydinsäännöksenä. Se on osoitus lasten perusoikeusturvaan liittyvien erityispiirteiden tunnustamisesta.[64] Yhdenvertaisuusperusoikeuteen voidaan liittää lapsioikeuden keskeisiin periaatteisiin kuuluva yksilöllisen oikeudenmukaisuuden tavoittelu lasta koskevassa päätöksenteossa.

PL 6.2 § sisältää syrjintäkiellon, jonka mukaan esimerkiksi ikä ei ole hyväksyttävä peruste asettaa ihmisiä toisistaan poikkeavaan asemaan.[65] Tasa-arvon on toteuduttava paitsi suhteessa aikuisiin myös suhteessa toisiin lapsiin. Vaatimus yhdenvertaisesta kohtelusta velvoittaa viranomaisia suhtautumaan lasten kärsimiin vahinkoihin samalla vakavuudella kuin aikuisille aiheutuneisiin vahinkoihin. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että opetustoimen on panostettava sekä kiusaamisen torjumiseen että yksittäisten kiusaustapausten käsittelyyn. Jos vahingonkorvausoikeutta tarkastellaan hyvinvointivaltiollisten tavoitteiden ja niihin perustuvien odotusten kautta, vahingonkärsijällä voi olla odotuksia esimerkiksi taloudellisesta turvallisuudesta ja tasa-arvosta.[66] Oikeuslaitosta yhdenvertaisuuden vaatimus velvoittaa pitämään koulukiusauksen seurauksena nostettuja kanteita yhtä merkityksellisinä kuin aikuisten vahingonkärsijöiden korvausvaatimuksia. Kantajan ikä ei myöskään saisi syrjintäkiellon tavoitteen näkökulmasta johtaa vahingonkorvauksen edellytysten arvioinnissa tai korvausmäärän vahvistamisessa muita ikäryhmiä epäedullisempaan lopputulokseen.

> Euroopan Unionin perusoikeuskirjaan sisältyy eräitä lapsia koskevia määräyksiä, joista suurin osa löytyy yhdenvertaisuus-kappaleesta. Perusoikeuskirjan 20. artiklan mukaan ”everyone is equal before the law”. Lapset mainitaan erikseen, kun kielletään ikään perustuva syrjintä. Lapset nähdään itsenäisinä oikeuksien haltijoina eikä yksinomaan suojelun kohteena. On esitetty, että syrjinnän kieltäminen voisi merkitä yleisemmin vaatimusta siitä, että myös ikään perustuva syrjintä olisi kielletty kaikenlaisessa unionin toiminnassa.[67]

---

[64] Hidén 1999 s. 13–14. Perustuslakia uudistettaessa pohdittiin mahdollisuutta säätää lapsen oikeuksista omassa pykälässään, mutta lopulta katsottiin luontevammaksi ottaa erilliset säännökset lasten osalta kuhunkin asiayhteyteen. Scheinin 1999 s. 252.

[65] Sen sijaan hyväksyttävällä perusteella voidaan asettaa ikärajoja. Näin voidaan toimia esimerkiksi silloin, kun tahdotaan suojella lasta erityisesti. Scheinin 1999 s. 122. Olennaista on, että erottelu on perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä.

[66] Wilhelmsson 2001 s. 256.

[67] ”It might be possible to argue that this general prohibition on dicrimination can be used as a

3.3 Erityinen suojelu ja huolenpito

Lapset ovat heikompi ryhmä verrattuna aikuisiin. Lapsioikeuden yhtenä tavoitteena voidaankin pitää heikomman suojelua.[67a] Lapset tarvitsevat erityistä suojelua ja huolenpitoa, joka voidaan tarvittaessa toteuttaa positiivisella erityiskohtelulla PL 6.3 §:n sallimissa rajoissa.[68] Positiivisella erityiskohtelulla tarkoitetaan toimenpiteitä, joilla parannetaan määrätyn ryhmän asemaa ja olosuhteita. Tavoitteena on tosiasiallinen tasa-arvo. Positiivinen erityiskohtelu on toteutettava hyväksyttävän tarkoitusperän ja suhteellisuusperiaatteen rajoissa.[69] Erityistoimenpiteiden on siten oltava välttämättömiä tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamiseksi. Erityiskohtelun tarpeellisuutta arvioidaan suhteellisuusperiaatteen mukaisesti punnitsemalla keskenään vastakkaisia intressejä. Samalla on otettava huomioon kaikkien niiden perusoikeudet, joihin erityiskohtelu vaikuttaa. Erityiskohtelu ei saa rasittaa mitään tahoa liiallisesti.[70]

Estettä ei näytä olevan sille, että erityskohtelu toteutettaisiin normien soveltamiskäytännössä. Vahingonkorvausoikeudessa alaikäisten erityiskohtelu voi olla tarpeen, jos sovellettavat säännökset näyttävät käytännössä johtavan lopputulokseen, joka on lapselle epäedullisempi kuin vastaavassa tilanteessa olevalle aikuiselle. Korvausvastuun edellytysten tulkinta lapsioikeudellisesta näkökulmasta saattaa toteuttaa positiivisen erityiskohtelun tunnusmerkit.

Tavoite lasten erityisestä suojelusta ja huolenpidosta käy ilmi myös lapsen oikeuksien sopimuksesta, jonka 3 artiklan 2-kohdassa sopimusvaltiot sitoutuvat takaamaan lapselle hänen hyvinvoinnilleen välttämättömän suojelun ja huolenpidon.[71] Tässä tarkoituksessa lasten huolenpidosta ja suojelusta vastaavien laitosten ja palveluiden on noudatettava toimivaltaisten viranomaisten antamia

---

form of ”child-proofing” in that all actions and policies must not discriminate against individuals on the grounds of their age and therefore must not discriminate against children.” McGlynn, EPL 2000 s. 393.

[67a] Schiratzki 2002 s. 12.

[68] Positiivisen erityiskohtelun mahdollisuudesta HE 309/1993 vp s. 44–45. YK:n ihmisoikeuskomitea on katsonut, että yhdenvertaisuuden periaate saattaa edellyttää sopimusvaltiolta sellaisten erottelujen tekemistä, joiden tarkoituksena on poistaa yhteiskunnassa esiintyvä tosiasiallinen syrjintä. Scheinin 1999 s. 245.

[69] Scheinin 1999 s. 244–245.

[70] Suhteellisuusvaatimusta on kuvattu perusoikeuksien rajoitusedellytysten yhteydessä seuraavasti: ”Rajoitusten tulee olla välttämättömiä tavoitteen saavuttamiseksi sekä laajuudeltaan oikeassa suhteessa perusoikeuksien suojaamaan oikeushyvään ja rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painoarvoon.” Viljanen 1999 s. 164. Ks. suhteellisuusvaatimuksesta lisäksi mts. s. 175–176.

[71] Lapsen oikeus alaikäisyytensä edellyttämään suojeluun perheensä, yhteiskunnan ja valtion taholta ilman syrjintää tunnustetaan myös KP-sopimuksen 24 artiklassa.

määräyksiä, jotka koskevat erityisesti turvallisuutta, terveyttä, henkilökunnan määrää ja soveltuvuutta sekä henkilökunnan riittävää valvontaa. Sopimuskohta velvoittaa näin esimerkiksi kouluja noudattamaan turvallisesta kouluympäristöstä annettuja määräyksiä. Sopimuksen 19 artiklan 1-kohta velvoittaa sopimusvaltiot sellaisiin lainsäädännöllisiin, hallinnollisiin, sosiaalisiin ja koulutuksellisiin toimiin, jotka suojelevat lasta kaikenlaiselta ruumiilliselta ja henkiseltä väkivallalta, vahingoittamiselta ja pahoinpitelyltä, laiminlyönniltä tai välinpitämättömältä tai huonolta kohtelulta tai hyväksikäytöltä, mukaanlukien seksuaalinen hyväksikäyttö, silloin kun lapsi on vanhempansa, muun laillisen huoltajansa tai kenen tahansa muun hoidossa. Artiklan toisessa kohdassa huomautetaan tehokkaista menetelmistä, joilla 1. artiklan tapauksia voidaan ehkäistä, tunnistaa, käsitellä ja tarvittaessa saattaa oikeuslaitoksen käsiteltäväksi. Sopimuskohta tukee näkemystä siitä, että esimerkiksi opetusviranomaisten on aktiivisin toimin tavoiteltava koulukiusaamisen ennalta estämistä ja yksittäisten tapausten selvittämistä.

IV VAHINGONKORVAUSVASTUUN EDELLYTYKSET JA KOULUKIUSAAMINEN

1. Millaiset vahingot koulukiusauksen yhteydessä korvataan?

Elämään kuuluu monenlaisia epämiellyttäviä tuntemuksia ja arkikielessä vahingoksi kutsuttuja tapahtumia, jotka eivät ole vahingonkorvausoikeuden mukaan korvattavaa vahinkoa. Jokaisella on velvollisuus sietää normaaliin elämään kuuluvia mielipahan, harmin, surun ja pelon tunteita, ilman että hän olisi niiden perusteella oikeutettu korvaukseen.[72] Kun esineitä menee käytössä rikki tai niitä katoaa, omistaja ei voi läheskään aina saada hyvitystä menetyksistään. Velvollisuus sietää vahinkoja liittyy vahingon määritelmään. Se mitä vahingonkorvausoikeudessa pidetään juridisesti relevanttina vahinkona, vaikuttaa olennaisesti vahingonkärsijän korvaussuojaan.[73]

Välinpitämätön tai vähättelevä suhtautuminen koulukiusaamiseen ilmiönä voi johtaa siihen, ettei kiusausvahinkoja pidetä niin vakavina, että ne olisivat

[72] KM 2001:11 s. 10. Oikeuskäytännöstä ks. KKO 1998:80 ja KKO 1999:44. Pöyhönen 1999 s. 193 toteaa yleisen sietokynnyksen syyksi yhteisössä välttämättä vallitsevan ”sosiaalisen kitkan”. Tämä on hyväksyttävä yhteisön tuottamien etujen vuoksi.

[73] Pöyhönen 1999 s. 194. Hemmo 1994 s. 58 huomauttaa vahingon määrittelyyn liittyvistä ongelmista. Joidenkin tapahtumien vahinkoluonne riippuu tarkastelukulmasta. Vahingonkärsijän ja vahingonaiheuttajan näkökulmat poikkeavat tässä suhteessa usein toisistaan.

korvauskelpoisia. Tällaiseen lopputulokseen voidaan päätyä etenkin silloin, jos kiusaamisen seurauksia arvioidaan muiden kuin kiusatun oppilaan näkökulmasta. Kiusauksen kohteen silmin tilanne näyttää toisenlaiselta. Lapsen tuntemukset kiusauksesta ovat väistämättä osaksi subjektiivisia. Lapsi ei myöskään kykene ilmaisemaan ahdistavia tuntemuksiaan aikuisen tavoin. Vahingonkorvausoikeudellisesti voi syntyä kiusaus pitää vahinkoja tästä syystä vähemmän vakavina. *Lasten kärsimiä vahinkoja tarkasteltaessa lähtökohdaksi on perusteltua ottaa lapsen asema erityiseen suojeluun oikeutettuna subjektina*. Näkökulma saattaa edellyttää pedagogisen ja psykologisen asiantuntemuksen hyväksikäyttöä. Koulukiusaamisen seurauksia selvittäneet asiantuntijat ovat painottaneet, että koulukiusaamista tulee tarkastella ja se on määriteltävä kiusaamisen kohteen kokemusten kautta.[74] Se, että oikeussubjektina on lapsi, on aiheellista ottaa huomioon myös kiusauksesta aiheutuneiden vahinkojen korvauskelpoisuutta arvioitaessa.[75] Kun vahingonkärsijänä on lapsi, velvollisuus sietää erilaisia epämiellyttäviä asioita saattaa olla perusteltua asettaa tavanomaista matalammalle.

Kun vahingon käsite ymmärretään joustavaksi, on mahdollista ottaa huomioon lapsen oikeuksien mahdollisimman täysimääräinen toteuttaminen vahingonkorvausprosessissa. Joustava vahinkokäsite pohjautuu erilaisiin seikkoihin erityyppisissä tilanteissa.[76] Vahingonkorvausoikeutemme perinteisesti kielteinen suhtautuminen aineettoman vahingon korvaamiseen ei ongelmitta sovellu koulukiusausvahinkoihin. Korvattavien vahinkojen alaa määriteltäessä on perusteltua ottaa huomioon lasten psyykkiset eroavaisuudet verrattuna aikuisiin. Vahinkojen sietovelvollisuuden tasoon vaikuttavat monet seikat, joista tärkeimpinä voidaan pitää perus- ja ihmisoikeuksia.[77]

Myös vahingon aiheuttamiseen liittyvät seikat ja aiheutuneiden vahinkojen luonne voivat perustella sietovelvollisuuden laskemista. Kiusaaminen on moitittavaa ja koulussa kiellettyä toimintaa. Pitkäaikainen koulukiusaus sisältää riskin koulunkäyntivaikeuksista, itsetunto-ongelmista sekä elämän kestävistä traumaattisista muistoista. Psyykkisten vahinkojen seuraukset voivat olla huomattavan pitkäaikaisia, kun kyseessä on lapsi, jonka kyky käsitellä henkistä tilaa järkyttäviä tapahtumia on rajallinen. On huomattava, että lapsena pysyviä

---

74 Salmivalli 2003 s. 19 ja Harjunkoski – Harjunkoski 1994 s.17–19.

75 Scheinin 1999 s. 260 huomauttaa ongelmista, joita sisältyy Suomessa perinteiseen tapaan tulkita vahingon käsitettä suppeasti moniin muihin maihin verrattuna. Hän pitää mahdollisena, että PL 22 §:n tuella voidaan päätyä siihen, että korvattavana vahinkona voidaan pitää syrjintää itsessään.

76 Pöyhönen 1999 s. 185.

77 Pöyhönen huomauttaa, että perusoikeuksien ydinalueet kuuluvat sietokynnyksen piiriin vain vaaran osalta. Sen sijaan perusoikeuksien suojaamiin oikeushyviin kohdistuvista loukkauksista on saatava korvaus. Pöyhönen 1999 s. 193–194.

fyysisiä tai psyykkisiä vammoja saanut joutuu elämään vahingon kanssa todennäköisesti huomattavasti kauemmin kuin samankaltaisen vahingon uhriksi joutunut iäkkäämpi henkilö.

2. Korvauskelpoiset vahinkolajit

Vahingonkärsijän oikeussuojaan vaikuttaa sekä korvauskelpoisten vahinkolajien määrittely että korvaustaso. Koulukiusauksesta voi seurata esinevahinkoa tai henkilövahinkoa. Esinevahinkoa aiheutuu, jos oppilaan tavaroita rikotaan tai niitä hävitetään. Korvattavaksi tulevat tällöin korjauskulut tai uuden esineen hankinnasta aiheutuva kustannus. Useimmiten koulukiusausvahinko on henkilövahinko, joka ilmenee joko fyysisen tai psyykkisen terveydentilan häiriintymisenä. Henkilövahinkona voidaan VahL 5:2 perusteella korvata esimerkiksi sairaanhoitokustannuksia, muita vahingosta aiheutuneita kuluja, ansion menetystä ja eräitä aineettomia vahinkoja. Koska koulukiusauksesta mahdollisesti aiheutuvat varallisuusvahingot ovat tyypillisesti yhteydessä henkilövahinkoon, ne korvataan ilman lisäedellytyksiä.[78]

Henkilövahingot voivat olla joko aineellisia tai aineettomia. Koulukiusauksen tyypillinen seuraus on aineeton henkilövahinko: kipu, särky, vika, pysyvä haitta tai kärsimyksenä korvattava henkilövahingoksi luokiteltava psyykkisen terveydentilan häiriintyminen. Kun kärsimyksestä tuomitaan vahingonkorvausta VahL 5:2 mukaan, käytetään tavallisesti ilmaisua kipuun ja särkyyn rinnastuva kärsimys. Tällaisen aineettoman henkilövahingon määrittely voi olla ongelmallista, sillä kyse on myös lääketieteellisten diagnoosien tulkinnanvaraisuudesta. Oikeuskäytännössä on edellytetty, että vahinko on tällöin vakava ja se voidaan toteennäyttää lääketieteellisesti.[79]

Henkilövahinkotoimikunnan mukaan aineettoman vahingon korvaamisen tarkoituksena on ”henkilövahingosta aiheutuneen elämänlaadun heikentymisen hyvittäminen”.[80] Kiusatuksi joutuminen on tavallisesti pitkäaikainen tilanne ja psyykkisesti erityisen traumaattinen kokemus. Kiusauksesta aiheutunutta psyykkistä vahinkoa on kuvattu kokonaisvaltaiseksi ”ihmisarvon menetykseksi” vertaisryhmässä. Usein tähän liittyy kiusatun oppilaan voimakas torjuminen ryhmässä. Kiusaamiselle on tyypillistä, että sen seurauksena muiden käsitys

[78] Jos varallisuusvahinko ei ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon, sen korvauskelpoisuus edellyttää erityisten edellytysten täyttymistä VahL 5:1:n mukaan varallisuusvahinko korvataan, kun vahinko on aiheutettu rangaistavaksi säädetyllä teolla, julkista valtaa käytettäessä tai milloin siihen muissa tapauksissa on erittäin painavia syitä.

[79] Sisula-Tulokas 1995 s. 58–62. Ks. esimerkiksi KKO 1998:80.

[80] KM 2001:11 s. 88.

kiusatusta muuttuu yhä kielteisemmäksi ajan kuluessa.[81] Koulukiusatun elämänlaadun heikentyminen on tavallisesti mahdollista näyttää toteen. Kun kipuun ja särkyyn rinnastuvan kärsimyksen korvaaminen edellyttää lääketieteellistä näyttöä vahingosta, elämänlaadun heikentymisen olisi heijastuttava paitsi koulunkäyntiin yleensä myös riittävän selvästi psyykkiseen terveydentilaan, jotta se olisi korvauskelpoista vahinkoa.

> Korkein oikeus on ottanut kantaa koulukiusauksesta aiheutuneisiin vahinkoihin ratkaisussaan KKO 1982 II 6. Tapauksessa kaksi alaikäistä, mutta yli 15-vuotiasta, koululaista oli useissa eri tilanteissa uhkaillut, lyönyt ja potkinut luokkatoveriaan tarkoituksenaan pakottaa tämä antamaan heille rahaa. Pahoinpitelystä oli aiheutunut kipua ja särkyä, muttei fyysisiä vammoja. KKO totesi ratkaisussaan, että kiusaaminen oli aiheuttanut kiusatulle henkisen pelkotilan. Seurauksena oli ollut huomattava määrä poissaoloja koulusta. Lisäksi kiusatun mahdollisuudet suoriutua koulutehtävistä kykyään vastaavalla tavalla olivat vaikeutuneet. KKO tuomitsi kiusaajat rangaistukseen nuorena henkilönä tehdystä jatketusta rikoksesta, joka käsitti lieviä pahoinpitelyjä ja kiristämisen. Lisäksi kiusaajat velvoitettiin suorittamaan VahL 5:2 perusteella korvausta kivusta ja särystä 1000 mk sekä henkisestä järkytyksestä 5000 mk.[82] Alioikeus olisi velvoittanut kiusaajat korvaamaan kantajalle lisäksi 6000 mk lukioon pääsyn estymisestä ja jatko-opintomahdollisuuksien menettämisestä. KKO:n ratkaisussa ei mainita kyseistä korvausaihetta lainkaan.

Korvausta kärsimyksestä voi vaatia myös VahL 5:6 perusteella. Edellytyksenä on, että vahinko on aiheutettu vapauteen, kunniaan tai kotirauhaan kohdistuneella tai muulla sen kaltaisella rikoksella.[83] Henkilövahinkotoimikunnan mukaan kärsimyskorvauksella pyritään hyvittämään vahingonkärsijän ihmisarvon ja itsetunnon loukkaus.[84] Kyse on näin ollen sellaisesta vahingosta, jota koulukiusauksesta tyypillisesti aiheutuu. Koulukiusaus ei kuitenkaan läheskään aina täytä VahL 5:6:ssa mainittujen rikosten tunnusmerkistöä, jolloin korvausta kiusausvahingosta on vaadittava VahL 5:2 perusteella.

Kärsimyskorvausten on katsottu olevan lähempänä rikosoikeutta kuin muiden vahinkolajien. Korvausta kärsimyksestä voidaan pitää myös moraalisena

---

[81] Salmivalli 2003 s. 19–23. Tutkimuksissa on todettu, että kiusatun rooli pysyy tavallisesti samana esimerkiksi kahden vuoden seurannan aikana. Mts. 19.

[82] Alioikeus tuomitsi kivusta ja särystä 1200 mk sekä muusta kärsimyksestä 1500 mk.

[83] Lainkohdan soveltamiskäytännöstä Hemmo 2002 s. 134–135.

[84] KM 2001:11 s. 151. Toimikunta korostaa sekä kärsimyskorvauksen että aineettomien henkilövahinkojen osalta sitä, ettei korvausta ole tarkoitettu rangaistuksen luonteiseksi eikä sillä myöskään pyritä hyvittämään vahingonkärsijälle mahdollisesti aiheutuneita taloudellisia menetyksiä. Mts. 88 ja s. 151.

hyvityksenä tapahtuneesta. Korvauksella on tällöin symbolinen merkitys.[85] Samankaltainen funktio voidaan nähdä aineettomien vahinkojen korvaamisella yleisemminkin, kun vahingonkorvauksella ei näissä tapauksissa voida konkreettisesti poistaa aiheutunutta vahinkoa.[86]

Kansainvälinen ja kotimainen kehitys näyttää kulkevan kohti aineettomien vahinkojen enenevää korvaamista. Aineettomiin vahinkoihin liittyvä perusongelma on vahingon suuruuden määritteleminen, sillä vahingolle ei ole vaikeuksitta osoitettavissa rahallista arvoa.[87] Oikeuskäytännössä tavoitteena on ollut välttää vahingon arviointia vahingonkärsijän subjektiivisten kokemusten perusteella. Esimerkiksi erilaiset taulukot ovat esimerkki pyrkimyksestä objektivoida määrättyihin vahinkoihin liittyviä korvaustasoja. Vahingonkärsijän henkilökohtaiset tuntemukset eivät kuitenkaan ole täysin vailla merkitystä.[88] Henkilövahinkotoimikunnan mietinnössä mainitaan pienet lapset esimerkkinä vahingonkärsijöistä, joiden on vaikea verbaalisesti kuvata heille aiheutunutta kärsimystä. Toimikunnan mielestä ”*pelkästään* (kurs. tässä) loukkauksen uhrin subjektiiviselle kokemukselle loukkauksen aiheuttaman kärsimyksen määrästä ei ehdotetun säännöksen mukaan tulisi antaa merkitystä korvausta määrättäessä”.[89] Korvaus olisikin mahdotonta perustaa yksinomaan vahingonkärsijän henkilökohtaiselle kokemukselle. On toivottavaa, että toimikunnan lausumaa voitaisiin tulkita siten, että subjektiivinen kokemus ei ole vailla merkitystä. Tämä olisi erityisen tärkeää silloin, kun vahingonkärsijänä on lapsi.[90]

Käytännössä alaikäisille aiheutuneita vahinkoja joudutaan useimmiten käsittelemään rikosprosessin yhteydessä.

---

[85] Sisula-Tulokas 1995 s. 217 katsoo, että kärsimyskorvauksessa on kyse reparaatiosta, jossa on mukana moraalinen hyvitys. Näin myös Saxén 1975 s. 48–49.

[86] Sisula-Tulokas 1995 s. 277. Henkilövahinkotoimikunta katsoo, että symboliarvoon liittyvät näkökohdat olisi otettava vahingonkorvauksen sääntelyssä huomioon johdonmukaisesti, mikäli niille ylipäänsä annetaan merkitystä. KM 2001:11 s. 66.

[87] Sisula-Tulokas 1995 s. 175 huomauttaa, ettei korvauskelpoisen vahingon tarvitse olla taloudellisesti arvioitavissa. Korvausmäärän on jossain määrin heijastettava käsitystä eri intressien tarvitsemasta suojasta. Kun yhteiskunnassa arvotetaan lähes kaikki nykyisin rahassa, voidaan lähteä siitä, että myös psyykkisen hyvinvoinnin ”hinnoittelu” on mahdollista. Englard 1993 s. 200.

[88] Vahingon ei tarvitse olla jokaisen ulkopuolisen havaittavissa. Sisula-Tulokas 1995 s. 175.

[89] KM 2001:11 s. 152. Samassa yhteydessä toimikunta huomauttaa siitä, kuinka sekä vahingon aiheuttaman kärsimyksen määrä että sen ilmenemismuodot voivat vaihdella huomattavasti.

[90] Englannissa aineettomasta vahingosta tuomittavan korvauksen määrään vaikuttaa muun muassa vahingon vakavuus. Vahingonkärsijän ikä tai elämänvaihe otetaan huomioon vahingon vakavuutta arvioitaessa, mikäli sillä katsotaan olevan erityistä merkitystä aiheutuneen vamman kannalta. KM 2001:11 s. 210.

> Ratkaisussa KKO 2001:7 oli kyse tapauksesta, jossa vastaaja oli antanut 12-vuotiaalle pojalle juotavaksi useita lasillisia Koskenkorvaviinaa. Seurauksena oli ollut tiedoton tila, päänsärkyä, pahoinvointia ja huimausta. Poika oli ollut vuorokauden sairaalassa tarkkailtavana. KKO tuomitsi vastaajan pahoinpitelystä ja velvoitti hänet korvaamaan pojalle 1000 mk kivusta ja särystä. Asiassa oli esitetty lastenpsykiatrian erikoislääkärin lausunto, jonka mukaan pojalla voitiin todeta selvät depressio-oireet. Hän ei uskaltanut tapahtuman jälkeen mennä kouluun peläten kaverien kiusaamista ja tapahtuman tietoon tulemisen aiheuttamaa häpeää. Seurauksena oli kahden ja puolen kuukauden poissaolo koulusta ja muutto toiselle paikkakunnalle kouluun ja sijaiskotiin. KKO piti näin huomattavaa ja pitkäaikaista psyykkisen tilan häiriintymistä epätavallisena ja ennakoimattomana seurauksena alkoholin nauttimisesta ja hylkäsi henkistä kärsimystä koskevan korvausvaatimuksen.

Rikosprosessissa käsitelty vahingonkorvausvaatimus voi jäädä ikään kuin syytteen käsittelyn varjoon. Tuomioistuimet viittaavat vain harvoin vahingonkorvauslakiin, kun kyse on rikosasiassa määrättävästä vahingonkorvauksesta. On tavallista, ettei päätöstä tällöin perustella mitenkään vahingonkorvauksen osalta.[91]

> Ratkaisussa HO 16.2.2000 7-vuotiaan tytön äiti ja hänen miesystävänsä tuomittiin tytön pahoinpitelystä. Alioikeus oli tuominnut korvaukseksi esitettyjen vaatimusten mukaan 1000 mk kivusta ja 9000 mk pelkotiloista, unettomuudesta ja psyykkisestä stressistä. Hovioikeus alensi korvausmääriä siten, että VahL 5:2 perusteella kohtuulliseksi korvaukseksi kipuun ja särkyyn verrattavasta henkisestä kärsimyksestä arvioitiin 4000 mk. Hovioikeus ei perustellut mitenkään vahingonkorvauksen muuttamista.[92]

Suomen tunnetuimmassa koulukiusausprosessissa[93] tuomioistuin joutui ottamaan kantaa useita vuosia jatkuneeseen koulukiusaukseen liittyviin vastuukysymyksiin. Täysi-ikäinen kantaja vaati kaupungilta korvausta henkisestä kivusta ja särystä 100 000 mk sekä muuta vahingonkorvausta runsaat 30 000 mk. Hovioikeus vahvisti alioikeuden päätöksen, jonka mukaan kiusaamisen ja kantajan psyykkisen sairastumisen välillä oli korvausvastuun perustava syy-yhteys. Vastaaja velvoitettiin maksamaan korvausta henkilövahinkoon liittyvistä kus-

---

91 Ervasti 1994 s. 73.

92 Hovioikeus muutti myös vastaajille tuomitut vankeusrangaistukset sakkorangaistuksiksi. Korkeimmassa oikeudessa oli kyse ainoastaan rangaistuksen mittaamisesta. KKO 2002:2. KKO tuomitsi vastaajat vankeuteen. Perusteluissa KKO otti huomioon teon kohdistumisen lapseen, jolloin pahoinpitelyn vahingollisuus ja vaarallisuus on suurempi kuin tapauksissa, joissa tekijä ja uhri ovat tasavertaisemmat.

93 Turun HO S 99/2345 1.3.2001, ns. Huittisten koulukiusausjuttu. Kaupunki ei saanut valituslupaa. KKO: S 2001/444.

tannuksista (mm. matkakuluja toiselle paikkakunnalle aikuislukioon, yksityisopiskelusta aiheutuneita kuluja, lääkekuluja ja saamatta jääneitä opintorahoja) 22 500 mk. Lisäksi kaupungin oli maksettava korvausta ”muusta henkilövahingosta eli psyykkisestä sairaudesta” 50 000 mk.

Ruotsalaisessa koulukiusausjutussa kantaja vaati kunnalta 700 000 Ruotsin kruunun suuruista korvausta. Korvausvaatimus koostui kipu ja särky -korvauksesta, kiusaamisen aiheuttamien vaikeuksien korvaamisesta (olägenheter), toisella paikkakunnalla asumisesta aiheutuneista kustannuksista sekä korvauksesta tulonmenetyksestä tulevan viiden vuoden ajalta. Alioikeus määräsi kunnan maksamaan 20-vuotiaalle kantajalle vahingonkorvauksena 125 000 Ruotsin kruunua. Korkein oikeus hylkäsi korvauskanteen.[94]

3. Vahingon määrä

Vahingonkärsijän on näytettävä paitsi vahingon aiheutuminen myös sen määrä. Yksilökohtaista näyttöä aineettoman vahingon aiheutumisesta ei ole vaadittu, jos kyse on seurauksesta, jota voidaan pitää ilmeisenä vamman laadun ja yleisen elämänkokemuksen perusteella.[95] Näyttökynnyksen asettaminen vaikuttaa olennaisesti siihen, miten vahingonkärsijän oikeudet toteutuvat käytännössä. Näyttökynnyksen tulee olla suhteessa näyttömahdollisuuksiin. Koulukiusausvahinkojen määrän selvittämiseen voi liittyä vaikeuksia.[96] OK 17:6 mukaan oikeus voi arvioida vahingon kohtuuden mukaan, jos vahingon määrästä ei ole saatavissa näyttöä tai se on vain vaikeuksin esitettävissä. Huittisten koulukiusausjutussa tuomioistuin totesi, että kantajan psyykkiseen sairastumiseen oli myös muita syitä kuin koulukiusaaminen ja näin ollen korvausmäärää harkittaessa oli sovellettava em. lainkohtaa.

Vahingonkorvausoikeuden pääsääntöjä on täyden korvauksen periaate, joka liittyy vahingonkorvausoikeuden tavoitteeseen vahingonkärsijän hyvittämisestä. Erilaiset korvauksen kohtuullistamiseen johtavat säännökset kuten VahL:n sovittelunormit ovat heikentäneet tavoitteen asemaa pääsääntönä.[97] Täyden korvauksen toteuttaminen käytännössä edellyttäisi paitsi täyden korvauksen tuomitsemista myös korvaustuomion asianmukaista täytäntöönpanoa. Kun vastaajana on kunta, vahingonkärsijän mahdollisuus saada täysi korvaus on tavallista

94 NJA 2001 s. 755.

95 KM 2001:11 s. 13.

96 ”Med det faktum att skadorna är svåra att konstatera eller påvisa innebär inte att de inte bör vara ersättningsgilla, snarare tvärtom.” Schultz, JT 2001–2002 s. 916.

97 Sisula-Tulokkaan 1995 s. 139 mukaan aineettomien vahinkojen yhteydessä voidaan puhua pikemmin sopivasta (rimlig) kuin täydestä korvauksesta.

parempi, sillä korvausvastuun sovittelu edellyttää tällöin VahL 3:6 mukaan korvausvelvollisuuden ilmeistä kohtuuttomuutta tai erityistä syytä sovitella korvausta. Erityiset syyt voivat liittyä lainkohdan mukaan vahingon suuruuteen tai muihin olosuhteisiin. VahL 3:6 soveltuu tapauksiin, joissa vastaajana on työnantaja tai julkisyhteisö. Lisäksi kunta on todennäköisemmin maksukykyinen kuin esimerkiksi alaikäinen koulukiusaaja. Täyden korvauksen periaatteen toteutuminen liittyy myös näkökulmaan, josta korvausmäärää tarkastellaan. Aineettomien vahinkojen osalta tuomioistuimen ja kantajan näkemykset vahingon määrästä saattavat poiketa huomattavasti toisistaan.

Jos vahingonkorvausta vaaditaan kiusaajalta tai hänen vanhemmiltaan, sovellettavaksi tulee VahL 2:1,2:n sisältämä yleinen sovittelusäännös, jonka mukaan korvausmäärää voidaan sovitella,"jos korvausvelvollisuus harkitaan kohtuuttoman raskaaksi ottaen huomioon vahingon aiheuttajan ja vahingon kärsineen varallisuusolot ja muut olosuhteet". Sovittelu on lähtökohtaisesti mahdollista silloin, jos täysimääräisen korvauksen tuomitseminen olisi korvausvelvolliselle kohtuuttoman suuri taloudellinen rasitus.[98] Jos korvauksen sovittelun edellytykset ovat olemassa, keskeisenä argumenttina vahingonkärsijän korvaustarpeen puolesta pidetään hänen heikkoa varallisuusasemansa. Kohtuullistamista vastaan puhuvana argumenttina pidetään sitä, että täyden korvauksen epääminen vaarantaisi vahingonkärsijän toimeentuloa tai muita tärkeitä etuuksia.[99] Lähestymistapaan liittyy ongelmia, kun kyse on koulukiusausvahingoista. Lapsen on vahingonkärsijänä huomattavasti vaikeampi vedota vahingon haitallisiin vaikutuksiin varallisuusasemassaan. Näin ollen riski korvauksen sovittelusta saattaa olla tavanomaista suurempi. Toiseksi koulukiusausvahingot ovat tyypillisesti aineettomia, jolloin niiden rahamääräinen arviointi on vaikeaa ja lopputulos usein sekä kantajan että vastaajan mielestä epätyydyttävä.[100]

Kun lapselle on aiheutunut vahinkoa, vahingonkärsijän varallisuusaseman sijasta korvaustarvetta tulee voida perustella muilla vahingonkärsijään liittyvillä seikoilla, joita voidaan pitää sovittelusäännöksessä mainittuina "muina olosuhteina".[101] Henkilövahinkotoimikunta mainitsee loukatun aseman eräänä tekijänä, joka tulisi

---

98 Korvausvelvollisuuden taloudellisen rasittavuuden arvioinnista Hemmo 1996 s. 51–64.

99 Hemmo 2002 s. 149.

100 Kun tuomioistuin päätyy kantajan vaatimusta alhaisempaan korvausmäärään, ratkaisusta ei välttämättä voi aina päätellä, onko vaadittua korvausta aineettomasta vahingosta soviteltu vai onko kyse siitä, että tuomioistuin on harkinnut aiheutuneen aineettoman vahingon määrää alhaisemmaksi kuin kantaja.

101 HE 187/1973 s. 13. Norjassa on arvosteltu lapsia ja nuoria koskevia ansionmenetystä koskevia korvausoikeudellisia erityissäännöksiä, jotka johtavat aikuisiin vahingonkärsijöihin verrattuna suhteellisen alhaisiin korvaussummiin. Kun lasten korvaukset määritellään lääketieteellisen invaliditeettiasteen perusteella, korvaussummat saattavat muodostua huomattavasti alhaisemmiksi kuin mitä ne ovat työkyvyttömyysasteen perusteella laskettuna. KM 2001:11 s. 51.

ottaa huomioon kärsimyksen määrää arvioitaessa. Jos vahingonkärsijänä olisi henkilö, jolla on erityisiä vaikeuksia suojella itseään, korvausta olisi korotettava.[102]

Vahingonkärsijän alaikäisyydelle ei ole ollut tapana antaa ainakaan nimenomaista merkitystä vahingon määrää harkittaessa.[103] Poikkeuksena voidaan mainita seuraava KKO:n ratkaisu.

> Korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2002:83 ottanut huomioon vahingonkärsijän iän korvausmäärää vahvistaessaan. Tapauksessa 6-vuotias isänsä luona asunut lapsi jäi isättömäksi, kun isä kuoli rattijuopon yliajamana. Korkein oikeus totesi: ”Tuon ikäiselle lapselle isän ja huoltajan äkillinen menetys järkyttävässä onnettomuudessa on omiaan aiheuttamaan suurta surua ja muuta kärsimystä, joiden käsitteleminen ja joista toipuminen lapsen voimavaroilla voi olla erityisen vaikeaa.” Vähemmistöön jäänyt ON Lehtimaja olisi vahvistanut hovioikeuden tuomitseman 100 000 markan kärsimyskorvauksen KKO:n päättämän 12 000 euron sijasta. Lehtimaja arvioi isän menetyksen kyseessä olevissa olosuhteissa merkitsevän huomattavan suurta kärsimystä lapsille siitä riippumatta, miten pienet lapset ovat itse tilanteen ymmärtäneet tai kyenneet tunteitaan ilmaisemaan.

Vahingonkorvauksen määrän vahvistamiseen liittyy odotuksia vahingonkorvausoikeudellisten ratkaisujen ennakoitavuudesta ja korvaustason yhtenäisyydestä. Koulukiusausvahinkoja on vaikea ”niputtaa” muun muassa kiusaustilanteiden moninaisuuden, vahinkoseurausten ja vahingonkärsijöiden yksilöllisten piirteiden vuoksi. Ongelmat liittyvät yleisemmin aineettomien vahinkojen korvauskelpoisuuteen. Tilanteiden tarkastelu lapsioikeudellisesta näkökulmasta voi olla lainsoveltajan apuna myös korvausmääristä päätettäessä.

4. Koulukiusaamisen ja kiusausvahingon välisestä syyyhteydestä

Korvausvastuun syntyminen edellyttää kausaaliyhteyttä vahingon ja siihen johtaneen toiminnan välillä.[104] Koulukiusaustapaukset ovat usein juridisesti monimutkaisia. Ne koskevat tapahtumia pitkällä ajanjaksolla ja sisältävät vaikeasti

[102] Esimerkkinä toimikunta mainitsee tilanteen, jossa lapsi ryöstetään tai pahoinpidellään. KM 2001:11 s. 153.

[103] Sen sijaan liikennevahinkolautakunnan käytännössä otetaan huomioon vahingonkärsijän alaikäisyys korvausmäärää korottavana seikkana, kun määrätään korvausta pysyvästä viasta tai haitasta.

[104] Kyse on siitä, että ”ilman aiheuttavaa tekoa olisi toteutunut jokin toinen tapahtumakulku, johon ei olisi sisältynyt tarkasteltavaa vahinkoa”. Hemmo 2002 s. 88.

selvitettäviä syy-seuraussuhteita.[105] Koulukiusausvahingolle on tyypillistä, että vahingon syntyminen on yhteydessä useampien tahojen toimintaan. Vahingon välitön aiheuttaja on kiusaaja. Koulun henkilökunnalla on samanaikaisesti ollut velvollisuus valvoa kouluympäristön turvallisuutta, jolloin tämän tehtävän laiminlyönti on ollut osasyynä aiheutuneeseen vahinkoon.

Kausaalisuhteen arvioinnin yhteydessä voidaan joutua pohtimaan henkilövahingon kohteen erityistä vahinkoherkkyyttä. Vahingonkärsijän poikkeuksellinen vahinkoalttius ei tavallisesti vaikuta henkilövahinkoja koskevaan vastuuarviointiin. Vastaaja ei siten voisi menestyksellisesti vedota vahingonkärsijän erityiseen herkkyyteen vastuusta vapautuakseen.[106] Suomen tunnetuimmassa koulukiusausprosessissa kaupunki vaati kanteen hylkäämistä muun muassa sillä perusteella, että kantaja olisi ollut poikkeuksellisen herkkä, joten hänen reagointinsa tavanomaiseen, koulukiusaamiseksi luonnehdittuun käyttäytymiseen, oli ollut tavallisesta poikkeavaa.[107]

Vahingonkorvausriidoissa pääkysymys kulminoituu usein näytön arviointiin. Etenkin vähitellen syntyvien vahinkojen osalta kantajalle saattaa tuottaa kohtuuttomia vaikeuksia näyttää syy-yhteys toteen. Syy-yhteyden oikeudellinen osoittaminen ei edellytä täyttä varmuutta tai edes korkea-asteista todennäköisyyttä. Vahingonkorvausoikeudessa on usein alennettu syy-yhteyttä koskevaa näyttövaatimusta vahingonkärsijän vahingonaiheuttajaa heikompien näyttömahdollisuuksien vuoksi.[108]

Vahinkojen toteennäyttämiseen ja niiden määrän osoittamiseen voi liittyä erityisiä vaikeuksia, kun kyse on koulukiusaamiseen liittyvistä tapahtumista. Oppilaan huonoon vointiin voi olla muitakin syitä kuin kiusaaminen. Joskus voi olla vaikea erotella oppilaan pahoinvointia aiheuttavien erilaisten tekijöiden merkitystä. Tapahtumista seuraava vahinkokin voi kehittyä vähitellen vähäisestä vakavammaksi. Huittisten koulukiusausprosessissa vastaaja kiisti kanteen muun muassa sillä perusteella, että kantajalle oli aiheutunut kärsimystä myös muualla kuin kyseessä olevassa oppilaitoksessa.

Håkan Andersson katsoo, ettei korvausvastuun syntymisen kannalta voi olla ratkaisevaa, onko kouluympäristö tärkein syy oppilaan pahoinvointiin. Jos kor-

[105] Fairgrieve, PL 2002 s. 295 huomauttaa koulutoimeen liittyvää korvausvastuuta käsitellessään osuvasti: ”…the claimant cannot be blamed for the fact that his or her claim happens to concern intricate facts or issues which occurred some time in the past”.

[106] ”Vahingonaiheuttajan on otettava vahingonkärsijä sellaisena kuin tämä on” -fraasi on kansainvälisesti puollettu. Hemmo 2002 s. 97. Ks. KKO 1992:180, jossa työntekijän persoonallisuus oli ilmeisesti osaltaan vaikuttanut siihen, että työntekijä oli sairastunut työnantajan edustajan asiattoman ja epäystävällisen suhtautumisen seurauksena. Työntekijän henkisille ominaisuuksille ei annettu merkitystä korvausvastuuta lieventävänä seikkana.

[107] Turun HO S 99/2345 1.3.2001.

[108] Hemmo 2002 s. 100–101.

vausvastuun edellytykset ovat olemassa, kunta voisi joutua korvausvastuuseen siitä huolimatta, että oppilaan pahoinvoinnin taustalla on muitakin tekijöitä. Syyyhteyden toteamisen kannalta ongelmallisia ovat tilanteet, joissa kiusaamisen seuraukset näkyvät vasta pitkän ajan kuluttua. Erityisesti tällöin voi olla vaikeaa erottaa muiden psyykkiseen tilaan vaikuttavien tekijöiden merkitystä.[109]

Korvausvastuun syntyminen edellyttää, että vahingon aiheutumista voidaan pitää korvausvelvollisen näkökulmasta ennalta arvattavana. Tämä liittyy toiminnan harjoittajan mahdollisuuteen arvioida toimintaansa liittyviä riskejä ja mitoittaa huolellisuutensa suhteessa niihin. Ennakoitavuutta arvioitaessa otetaan huomioon myös ne vahingot, joiden riskistä vahingonaiheuttajalla olisi pitänyt olla tieto.[110] Kouluympäristöön liittyy riski koulukiusausvahingoista. Opetuksen järjestäjän kannalta kiusausvahingot voivat vain harvoin olla täysin ennakoimattomia.[111] Koululla ja kodilla on velvollisuus huolehtia siitä, että kiusaaja ymmärtää kiusaamisen seuraukset siten, kun se on mahdollista hänen ikäänsä ja kehitystasoonsa nähden.

Vahingonkorvausprosessin lähtökohtana on suojata yhtäläisesti kaikkien osapuolten intressejä. Vahingonkorvausasian käsittelyssä ei siten saisi vaikuttaa rikosprosessissa keskeinen periaate, jonka mukaan syyte on hylättävä epävarmoissa tilanteissa. Jos vahingonkorvaus nähdään rangaistuksenluonteisena, korvausvastuuseen tuomitsemisen kynnys saattaa nousta yhtä korkealla kuin rikosoikeudellisen rangaistuksen määräämisen yhteydessä. Tällainen ajattelumalli vaikuttaisi kielteisesti vahingonkärsijän oikeussuojaan.[112]

5. Tuottamusedellytyksestä koulukiusaamisen yhteydessä

Tuottamuksessa on kyse toiminnalta vaadittavan huolellisuuden laiminlyönnistä.[113] Huolellisuusvaatimukset vaihtelevat vahinkotilanteen ja kyseessä olevan oikeussuhteen erityispiirteiden mukaan. Vertailukohdaksi voidaan ottaa käyt-

---

[109] Andersson 2003 s. 11–12. Huittisten koulukiusaustapauksessa Terveydenhuollon oikeusturvakeskus totesi lausunnossaan, ettei kantajan psyykkisten oireiden voitu katsoa johtuvan hänen kokemastaan koulukiusauksesta. Tuomioistuin piti kuitenkin kantajaa vuosien ajan hoitaneiden lääkäreiden lausuntoja luotettavampina.

[110] Hemmo 1996 s. 160–161.

[111] Opetusministeriön turvatyöryhmä katsoo, että koulutuksen järjestäjän on pyrittävä järjestämään koulun toiminta sellaiseksi, että turvallisuuden vaarantuminen kuten koulukiusaus voidaan estää jo ennalta. Opetusministeriön julkaisuja 20/2000.

[112] Ståhlberg 1993 s. 244–245.

[113] Ks. esimerkiksi Routamo-Ståhlberg 2000 s. 44. Häyhä on kuvannut tuottamusta ilmaisulla ”Tapahtuu jotakin, jota ei olisi pitänyt tapahtua.” Häyhä katsoo, että tuottamuskriteeri tukee yhteiskunnassa vallitsevaa odotusta siitä, ettei vahinkoja aiheudu. Häyhä, OT 1999 s. 98.

täytymisen taso, joka vastaa tietyssä roolissa käyttäytymiselle asetettuja huolellisuusvaatimuksia.

Kun arvioidaan sitä, onko joku käyttäytyminen ollut tuottamuksellista, peruskysymys kuuluu, olisiko vahingonaiheuttajaksi väitetty voinut toimia toisin.[114] Tuottamuksen arvioimiseksi on muodostettava jokin mittapuu, jonka mukaan vahinkoa aiheuttaneen toiminnan asianmukaisuutta arvioidaan. Hemmon mukaan huolellinen toimintatapa sisältää sekä empiirisen puolen että pitämiselementin.[115] Esimerkiksi opetustoimelta vaadittava huolellisuus on siten yhteydessä paitsi noudatettaviin käytäntöihin myös niiden hyväksyttävyyteen.[116]

Kun vahinkoa aiheuttanutta toimintaa on säännelty laissa tai muissa virallismääräyksissä, tuottamusarvio voidaan tehdä näihin säännöksiin tukeutuen. Kyse on normipainotteisesta tuottamusarviosta.[117] Opetustoimi on osa julkishallintoa. Hallintotoimintaa säännellään lukuisissa laeissa ja alemman tasoisissa määräyksissä. Lisäksi kullakin alalla muodostuneet käytännöt voivat toimia apuna, kun muodostetaan mittapuuta, jolla arvioidaan vahinkoa aiheuttanutta käyttäytymistä.[118] On huomattava, että julkishallinnon toiminnassa vain sellaiset vakiintuneet menettelytavat, jotka ovat yhdenmukaiset hallinto-oikeudellisten periaatteiden asettamien vaatimusten kanssa, voivat olla lähtökohtana, kun arvioidaan toiminnan asianmukaisuutta. Säännönmukaisestikaan noudatettu käytäntö ei voi olla huolellisen toiminnan mittapuu, jos se sivuuttaa hyvän hallinnon vaatimukset.

Jos toiminnan laatuvaatimuksia ei ole määritelty laissa eikä oikeuskäytäntö tai tapanormitkaan ohjaa toiminnalta vaadittavaa huolellisuutta, tuomioistuimen on harkittava tuottamuksen olemassa oloa muiden kriteerien pohjalta. Riskipainotteisen tuottamusarvion tarkoituksena on raamittaa rajat sallitulle riskinotolle. Tällöin on otettava huomioon vahingon aiheutumisen todennäköisyys, vahingon oletettu laajuus, vahingon välttämismahdollisuudet ja suojatoimenpiteistä aiheutuvat kustannukset. Näitä kriteerejä punnitaan keskenään ja

---

[114] Hellner – Johansson 2002 s. 125.

[115] Hemmo 1996 s. 88.

[116] Pelkkä huolellisesta toimintatavasta poikkeaminen ei kuitenkaan riitä tuottamus-kriteerin täyttymiseen. Korvausvastuun syntyminen edellyttää lisäksi sitä, että huolellisesta toiminnasta poikkeamiseen on etukäteen arvioiden liittynyt vahingonvaara. Hemmo 1996 s. 89. Hemmo huomauttaa, että oikeuskäytännössä korvausvaatimuksia on hylätty verrattain harvoin sillä perusteella, ettei toimintaa olisi pidetty tuottamuksellisena vahinkoriskin vähäisyyteen perustuen. Hän ottaa esimerkiksi vaikeasti arvioitavat, vähäiset kemialliset tai tekniset riskit. Mts. 90.

[117] Hemmo 1996 s. 91–94.

[118] Häyhä, OT 1999 s. 96, korostaa alalla vakioituneiden käytäntöjen merkitystä huolellisuusarvioinnin perustana. Toimintatapojen huomioon ottaminen mainitaan myös vahingonkorvauslain esitöissä. HE 187/1973 s. 18.

harkitaan, olisiko kyseisissä olosuhteissa pitänyt toimia toisin.[119] Koulukiusausprosessissa tämä tapa arvioida tuottamusta voi tulla normien puuttuessa sovellettavaksi silloin, kun vastaajaksi on haastettu kiusaaja tai hänen huoltajansa.

Ruotsalaisessa hovioikeusratkaisussa otettiin kantaa väitettyyn kunnan tuottamukseen koulukiusaustapauksessa. Ensimmäisen luokan oppilas oli useita kertoja joutunut toisen oppilaan väkivallan kohteeksi yhden lukukauden kuluessa Tapauksessa oli selvitettävä, oliko joku kunnan henkilökunnasta syyllistynyt sellaiseen virheeseen tai laiminlyöntiin, joka perustaa vahingonkorvausvastuun. Hovioikeus tarkasteli tuottamuksen olemassaoloa riskiperusteisen tuottamusarvion mukaan. Tuomioistuin suoritti kokonaisharkinnan, jossa otettiin huomioon vahinkoriski, potentiaalisten vahinkojen vakavuus ja mahdollisuudet estää vahingon aiheutuminen. Hovioikeus päätyi siihen, ettei koululta voitu vaatia muita toimenpiteitä kuin mihin se oli ryhtynyt. Kun kiusaajan tiedettiin olevan erityisen valvonnan tarpeessa, riittäväksi toimenpiteeksi katsottiin se, että koulu oli hankkinut kiusaajalle henkilökohtaisen avustajan. Ratkaisun lopputulosta perusteltiin lisäksi sillä, ettei kiusauksesta ollut aiheutunut kantajalle huomattavaa vahinkoa.[120]

Tuottamusharkinnassa ei pääsääntöisesti anneta merkitystä vahinkoa aiheuttaneen henkilön erityispiirteille toisin kuin rikosoikeudellisessa syyllisyysarviossa. Poikkeuksena on tilanne, jossa vastaaja on alaikäinen – esimerkiksi kiusaamista harjoittanut koululainen. VahL 2:2 velvoittaa tällöin ottamaan huomioon vahinkoa aiheuttaneen henkilön, hänen alaikäisyytensä sekä muut hänen kehitystasoonsa liittyvät seikat. Korvausvastuun yksi keskeisistä edellytyksistä on tällöin selkeästi yhteydessä vahingonaiheuttajaan. Vahingonkärsijän näkökulmasta alaikäisen koulukiusaajan haastaminen vastaajaksi sisältää näin ylimääräisiä prosessin lopputulokseen liittyviä epävarmuustekijöitä.

Toimintaympäristölle voidaan antaa merkitystä määriteltäessä tuottamusarvioinnissa vaadittavaa huolellisuusstandardia.[121] Jos toiminta sisältää esimerkiksi henkeä tai terveyttä vaarantavia riskejä, huolellisuusmittapuu voidaan asettaa korkeammalle kuin jos mahdollisesti syntyvät vahingot ovat todennäköisemmin esinevahinkoja.

---

[119] Hemmo 1996 s. 92. Ks. Myös Hellner-Johansson 2002 s. 130–131.
[120] Svea Hovrätt, adv 13, dom 2001-02-15 DT 11 i mål FT 8116–99.
[121] Hemmo 1996 s. 156.

V KUNNAN KORVAUSVASTUU KOULUKIUSAUKSESTA

1. Opiskeluympäristön turvallisuus

Perustuslaissa säädetty oikeus perusopetukseen on koululaisen tulevaisuuden kannalta erityisen merkityksellinen, sillä koulun tavoitteena on varustaa oppilas tärkeillä tiedoilla ja taidoilla. Tämän oikeuden toteutuminen edellyttää mahdollisuutta käydä koulua asianmukaisissa, turvallisissa olosuhteissa. Perusopetuslain 29 §:n mukaan oppilailla on oikeus turvalliseen opiskeluympäristöön.[122] Lainkohdassa tarkoitetaan sekä fyysistä että psyykkistä turvallisuutta. Ensin mainittu sisältää vaatimuksen koulutilojen, koulussa käytettävien välineiden sekä muiden opiskeluun liittyvien edellytysten turvallisuudesta. *Oikeus psyykkiseen turvallisuuteen sisältää oppilaan oikeuden käydä koulua ilman väkivaltaa, väkivallan uhkaa tai muita vastaavia häiriöitä.*[123]

> Opetusministeriön työryhmä on esittänyt, että opiskeluympäristön turvallisuussäännökset tulisi saattaa työturvallisuuden osalta samalle tasolle kuin työntekijän työturvallisuudesta annetut säädökset.[123a] Työturvallisuuslain 8 §:ssä työnantajalle säädetään yleinen velvollisuus huolehtia työntekijöiden turvallisuudesta työssään. Työnantaja on velvollinen ottamaan turvallisuudesta huolehtiessaan huomioon työn laatuun, työolosuhteisiin ja työntekijöihin liittyvät seikat. Työnantajan on suoritettava kaikki toimenpiteet, jotka kohtuudella ovat tarpeellisia työntekijöiden suojelemiseksi. Työturvallisuuslain 5 luvun 28 § koskee työnantajan velvollisuuksia poistaa työpaikalla esiintyvä terveydelle haitallinen tai vaarallinen häirintä. 2 luvun 10 § asettaa työnantajalle jatkuvan velvoitteen tarkkailla työympäristöä ja työolosuhteita sekä selvittää ja arvioida työssä esiintyviä vaaroja. Laissa käytetään käsitettä turvallisuuden hallinta. Sillä tarkoitetaan työnantajan omaksumia systemaattisia lähestymistapoja työpaikan turvallisuuteen.

Koulukiusaustapauksissa kunnan vastuuta on tarkasteltava perusopetuslain 28 §:n asettamien vaatimusten valossa. Olennainen kysymys kuuluu, onko kiusatun oppilaan kohdalla toteutunut oikeus turvalliseen opiskeluympäristöön.[124] Jos

---

[122] Sama oikeus koskee niin perusopetusta, lukiota (lukiolaki 21 §) kuin ammatillista koulutustakin (ammatillisesta koulutuksesta annetun lain 28 §, ammatillisesta aikuiskoulutuksesta annetun lain 11 §). Eduskunnan oikeusasiamies on viitannut perusopetuslain 29 §:ään, kun hän on käsitellyt kantelua opettajien lomauttamisen vaikutuksesta koulutyöhön. EOA 13.3.2002, 544/4/01.

[123] HE 86/1997.

[123a] Opetusministeriön julkaisuja 27/2002 s. 95.

[124] Hemmo 1998 s. 155 erottelee sopimussuhteen ja deliktisuhteen asetelmat toisistaan mm. korvausvelvollisen riskitietoisuuden tarkkuuden ja vahingonkärsijän luottamuksen asteen perusteella. Hänen mukaansa sopimuksenulkoisessa vastuussa turvallisuusodotus on yleinen eikä kohdistu määrättyyn henkilötahoon. Sopimuksen ulkopuolisessa oikeussuhteessa ei voida osoittaa

vastaus on kielteinen, koululta edellytetään toimenpiteitä asian korjaamiseksi. Opetustoimesta vastaavien henkilöiden virkavelvollisuuksiin kuuluu aktiivisesti pyrkiä poistamaan turvallisuutta vaarantavat tekijät, esimerkiksi kiusaaminen. Koulun henkilökunnan velvollisuuksiin kuuluu seurata kouluympäristöä siten, että mahdolliset vahinkoriskit huomataan varhaisessa vaiheessa. Laiminlyönnistä voi seurata velvollisuus korvata oppilaalle aiheutunut vahinko.[125]

Suomen tunnetuimmassa oikeuteen päätyneessä koulukiusausjutussa kanteen perustana olleet tapahtumat sijoittuivat turvallisuuspykälän voimaantuloa edeltävään aikaan. Tapauksessa koulutytön kiusaaminen oli jatkunut usean vuoden alkaen yläasteella ja lukiossa. Hovioikeus vahvisti käräjäoikeuden tuomion, jonka mukaan koululle kuului vastuu oppilaiden turvallisuudesta koulussa. Huittisten käräjäoikeus totesi perusteluissaan, että kyseiseen aikaan voimassa olleiden säännösten mukaan peruskoulun ja lukion tulee muun ohessa pyrkiä kasvattamaan oppilaansa tasapainoiseksi, vastuuntuntoiseksi ja yhteistyökykyiseksi ihmiseksi ja yhteiskunnan jäseneksi. Käräjäoikeus katsoi näiden lainkohtien velvoittavan koulua myös silloin, kun voitiin epäillä koulukiusausta. Kun kiusaus oli jatkunut usean vuoden ajan, koulun olisi aktiivisemmin pitänyt etsiä keinoja tilanteen korjaamiseksi ja tehdä muutakin kuin puhutella kiusaajiksi epäiltyjä ja poistaa kiusattu häntä kiusaavasta yhteisöstä. Käräjäoikeus katsoi kunnan laiminlyöneen sille kuuluvan valvonta- ja toimimisvelvollisuuden, kun kiusaaminen oli voinut jatkua vuodesta toiseen.[126]

Koulutuksen järjestäjän tuottamuksen osoittaminen on nimenomaisen turvallisuusvelvoitteen sisältävän säännöksen myötä aikaisempaa helpompaa. Käytännössä koulukiusaustilanteiden selvittelyyn saattaa liittyä vaikeuksia, sillä kiusattu oppilas ei välttämättä uskalla kertoa kiusaustilanteista tai ilmoittaa kiusaajien nimiä. Ruotsalaisessa ”Johanna-tapauksessa” korkeimman oikeuden kantajalle kielteinen ratkaisu perustui osittain juuri kiusatun oppilaan passiivisuuteen kiusaamisen selvittelyssä. Kun Johanna ei ollut lukuisista kehotuksista huolimatta kertonut kiusaamisesta koulun henkilökunnalle, vaikeneminen tul-

---

myöskään mitään sitoumusta, joka perustaisi vahingonkärsijälle erityisiä luottamuksensuojaan liittyviä odotuksia. Koulujen velvollisuus huolehtia oppilaitten turvallisuudesta sisältää sopimussuhteelle tyypillisiä piirteitä, jotka liittyvät koulun käsitykseen kouluympäristöön liittyvistä riskeistä. Oppilaitten näkökulmasta kyse on turvallisuuteen kohdistuvasta odotuksesta.

[125] Näin myös Lahtinen – Lankinen – Penttilä – Sulonen 2001 s. 197. Jos koulukiusaukseen ei koulussa puututa vanhempien mielestä riittävillä keinoilla, asiasta on mahdollista kannella lääninhallitukseen kuntalain 8 §:n mukaisesti. Kantelusta voi seurata huomautus opetuksen järjestäjälle. Lääninhallitus voi myös antaa toimintaohjeita vastaisen varalle. Esimerkiksi Etelä-Suomen lääninhallitukseen tuli vuosina 2001–2002 yhteensä 9 koulukiusaamista koskevaa kantelua. Kaikki niistä koskivat peruskoulua. Tieto perustuu sivistystoimentarkastaja Nina Raatikaisen ilmoitukseen.

[126] Turun HO S 99/2345, 1.3.2001.

kittiin oikeudessa haluttomuudeksi edistää asian selvittämistä. Korkeimmassa oikeudessa kantajan kouluaikainen passiivisuus otettiin huomioon ikään kuin vastaajan velvollisuuksia lieventävänä tekijänä. Kiusatulla oppilaalla olisi näin myös tietty velvollisuus kertoa opetushenkilökunnalle kiusaamisesta, jos se ei selkeästi ole muuten havaittavissa.[127]

Voidaan kysyä, kuinka suuri vastuu kiusaustilanteen purkamisesta voidaan sälyttää koululaiselle. Onko perusteltua jättää koulukiusauksesta vahinkoa kärsinyt vaille vahingonkorvausta, jos hänen on ollut lapsena vaikea myötävaikuttaa vaikean asian selvittämiseen? Koululaiselle kohtuudella asetettaviin käyttäytymisvaatimuksiin vaikuttaa kyseessä olevan oppilaan ikä ja hänen kehitystasonsa. Myös konfliktitilanteen luonne on syytä ottaa huomioon. Jos lapsi on kiusauksen seurauksena psyykkisesti kovin ahdistunut, hänen auttamisensa saattaa vaatia terveydenhuoltohenkilökunnan panosta. Lastensuojelulain 7 §:n mukaan kunnan tulee riittävällä tavalla tukea koulunkäyntiin liittyvää ohjausta sekä edistää oppilaiden sosiaalisten ja psyykkisten vaikeuksien poistamiseen tähtääviä toimenpiteitä sekä koulun ja kodin välistä yhteistyötä. Kunnat voivat palkata tehtävää varten koulupsykologeja ja koulukuraattoreita, jotka toimivat sekä oppilaiden että opettajien kanssa. Vahingonkorvausoikeuden näkökulmasta kyse on myös vahinkoriskien asianmukaisesta minimoinnista.

Myös koulumatkojen on katsottu kuuluvan perusopetuksen turvallisuussäännöksen piiriin ainakin tilanteissa, joissa oppilaalle sattuu koulumatkalla tapaturma.[128] Kun kiusaaminen tapahtuu koulun fyysisten rajojen ulkopuolella, voidaan väittää, ettei kouluhenkilökunnalla olisi mahdollisuuksia tai ainakaan velvollisuutta puuttua asiaan. Jos oppilas joutuu koulumatkoillaan jatkuvasti koulutoveriensa kiusaamaksi, kyseessä on kouluympäristöön ja sen sosiaalisiin suhteisiin liittyvä asia. Kiusaamisella on tällöinkin yhteytensä psyykkiseen kouluympäristöön, jonka dynamiikan opettajat tuntevat työnsä puolesta paremmin kuin koululaisten vanhemmat. Opettajalla onkin muita aikuisia paremmat mahdollisuudet puuttua koululaisten väliseen kiusaamiseen.[129] Tässä työssä hän voi luonnollisesti pyrkiä yhteistyöhön vanhempien kanssa.

---

[127] Johannan tapauksessa korkein oikeus piti selvitettynä sitä, että koulun henkilökunta oli yrittänyt aktiivisesti selvittää kiusaamistilannetta, mutta Johannan vaikeneminen teki selvittämisestä käytännössä mahdotonta. Bennström, NFT 2003 s. 45–46.

[128] Lahtinen – Lankinen – Penttilä – Sulonen 2001 s. 197.

[129] Salmivalli 2003 s. 24–25 huomauttaa, etteivät lasten roolit luokkaryhmässä ole välttämättä samat kuin kotona tai kotipihan sosiaalisissa yhteyksissä. Kukaan vanhemmista ei myöskään tavallisesti tunne kaikkia koululuokan oppilaita siten kuin opettaja, joka ohjaa luokkaryhmän vuorovaikutusta. Vanhemmat puolestaan tuntevat oman lapsensa parhaiten ja kasvatustehtävä velvoittaa heitä muun muassa vaikuttamaan lapsen vuorovaikutustaitojen ja empatian kehittymiseen.

Perusopetuslain 29 §:n ja PL 7 §:n perusteella voidaan argumentoida opetustoimelle kuuluvan laajemman, koulun rajojen ulkopuolellekin joustavan, turvallisuusvelvoitteen puolesta. Edellä mainitut lainkohdat velvoittavat opetuksen järjestäjää luomaan kouluun olosuhteet, joissa oppilaan psyykkinen ja fyysinen turvallisuus ei vaarannu. Jos koululaista kiusataan säännöllisesti koulumatkojen aikana, hänen mahdollisuutensa käydä koulua ilman ylimääräisiä mieltä kuormittavia häiriötekijöitä on uhattuna. Koulujen velvollisuutta puuttua myös varsinaisen kouluajan ulkopuoliseen kiusaukseen voidaan näin perustella, jos kiusaaminen haittaa kiusatun oppilaan koulutyötä tai aiheuttaa hänelle esimerkiksi pelkotiloja. Edellytyksenä on se, että tällainen kiusaaminen tulee opetushenkilökunnan tietoon.

Kiusauksen kohteeksi voi joutua myös koulupäivän päätyttyä esimerkiksi kotipihalla, viikonloppuisin tai loma-aikoina. Tällaisissa olosuhteissa tapahtuva kiusaaminen ei ole tavallisesti opetushenkilökunnan ennakoitavissa eikä torjuttavissa. Koululla ei näyttäisi myöskään olevan mahdollisuutta käyttää kurinpidollisia toimia esimerkiksi sellaista oppilasta kohtaan, joka on osallistunut oppilastoverinsa pahoinpitelyyn loma-aikana.[130] Kun koululainen siirtyy kouluympäristöstä lähemmäs kotiympäristöään, koulun vastuun merkitys vähenee ja kiusaajien sekä heidän huoltajiensa vastuu puolestaan korostuu.

2. Opetustoimi ja julkisen vallan käyttö

Vahinkojen korvaamista koskevat kysymykset luetaan perinteisesti yksityisoikeuden alaan. Julkisoikeudessa ei ole ollut tapana käsitellä vahinkojen korvaamista.[131] Hallintotoiminnan seurauksena vahinkoa kärsineen oikeussuoja ei ole kovin tehokas. Julkisen vallan käytön kontrolliin voidaan kuitenkin perustellusti liittää julkisen vallan käytön seurauksena vahinkoa kärsineen mahdollisuus vaatia korvausta kärsimästään vahingosta.[132]

Julkisyhteisön korvausvastuun edellytykset ja vastuun laajuus riippuvat julkisen vallan käytön käsitteelle annetusta sisällöstä. Kunnan korvausvastuu mää-

[130] Oikeusasiamiehen ratkaisussa EOA 13.3.2002, 544/4/01 oli kyse koululaiseen loma-aikana kohdistuneesta väkivallasta. Kantelijan mukaan pahoinpidellylle koululaiselle oli aiheutunut tapauksesta pelkotiloja. Oikeusasiamies ei havainnut laiminlyöntejä opetusviranomaisten toiminnassa.

[131] Osaksi kyse on julkisoikeuden paradigmasta, joka on enemmän kiinnostunut julkisesta intressistä ja yhteiskunnasta kokonaisuutena kuin yksittäisestä yhteiskunnan jäsenestä. Cane 2002 s. 276.

[132] Lähemmin Hakalehto-Wainio 2000.

räytyy joko VahL 3:1,2:n tai VahL 3:2:n mukaan. Ensin mainittu säännös soveltuu silloin, kun kunnan toiminta on luokiteltavissa muuksi kuin julkisen vallan käyttämiseksi. Esimerkiksi varsinainen opetuksen antaminen luokassa olisi tällaista ns. tosiasiallista toimintaa. Kun vahinko on aiheutettu julkista valtaa käyttäen, sovellettavaksi tulee VahL 3:2. Vahingonkorvauslain esitöissä julkisen vallan käytön käsitteen sisältöön on kiinnitetty vain niukasti huomiota. Ilmaisua pyritään täsmentämään luettelemalla toimintamuotoja, joissa on kyse julkisen vallan käyttämisestä. Tässä yhteydessä mainitaan muun muassa opetustoimi.[133] Esitöiden sisältämä luettelo on esimerkinomainen eikä sitä ole syytä tulkita siten, että kaikkea opetustoimen piirissä tapahtuvaa toimintaa olisi pidettävä julkisen vallan käyttönä. Osa opetustoimesta on nimenomaan julkisen vallan käyttöä. Esimerkiksi järjestyksen ylläpitämistä koulussa samoin kuin opetustoimen linjanvetoratkaisuja koulussa käytettävistä keinoista kiusaustilanteissa voidaan pitää julkisen vallan käyttönä. Yleistä oppivelvollisuutta voidaan pitää argumenttina opetustoimen julkisen vallan käytön luonteen puolesta muissa kuin puhtaasti opetuksellisissa tilanteissa.[134]

Vastuuta julkisen vallan käytöstä on rajoitettu standardisäännöksellä (VahL 3:2:2), jonka mukaan *korvausvastuun syntyminen edellyttää, ettei kyseessä olevalle toiminnalle sen laatu ja tarkoitus huomioon ottaen kohtuudella asetettuja vaatimuksia ole noudatettu*.[135] Standardisäännöksen soveltaminen merkitsee sitä, että korvausvastuun perustaminen vaatii tavallaan kahden vaiheen läpäisyä. Korvausvaateen hyväksyminen edellyttää ensinnäkin sitä, että kyse on tuottamuksella aiheutetusta vahingosta. Tämän lisäksi vaaditaan, ettei toiminnalle kohtuudella asetettavia vaatimuksia ole noudatettu. Toisaalta on huomattava, että julkisen vallan käyttäjän korvausvastuu on tavanomaista laajempi, sillä myös puhtaat varallisuusvahingot tulevat korvattaviksi.

VahL:n esitöissä julkisen vallan käyttäjän korvausvastuun rajoittamista perustellaan hallintotoiminnan luonteella. Kun toimintaa harjoitetaan julkisen edun nimissä, virheellisestä toiminnasta seuraava korvausvastuu voisi vaikuttaa

---

[133] HE 187/1973 s. 17. Routamo ja Såhlberg 2000 s. 163 katsovat, että kyse on julkisen vallan käytöstä ”lähinnä silloin, kun vahingon aiheuttaa teko, toimenpide tai päätös, johon julkisyhteisöllä on oikeus ainoastaan niiden säännösten nojalla, joilla yksityisen vapautta ja muita perusoikeuksia on rajoitettu.”

[134] Ruotsissa Högsta Domstolen on äänestyksen jälkeen katsonut, että koulukiusausvahinkoa koskevaan kanteeseen on sovellettava julkisen vallan käyttöä koskevia vahingonkorvauslain säännöksiä. NJA 2001 s. 755. Ruotsin vahingonkorvauslaissa käytetään julkisen vallan käytöstä ilmaisua ”vid myndighetsutövning”.

[135] Ruotsista peräisin oleva ilmaisu standardisäännös on osuva: tarkoituksena on määritellä julkisen vallan käytön laatuvaatimuksia. Vastuuta julkisen vallan käytöstä on rajoitettu myös muutoksenhakuvaatimuksella (VahL 3:4) ja kannerajoituksella (VahL 3:5).

kohtuuttoman negatiivisesti julkisen vallan käyttäjän talouteen.[136] Julkisen vallan käyttäjän toimintamahdollisuuksia ja vahingonkärsijän oikeusturvaa joudutaan näin punnitsemaan keskenään. Toiminnan yleistä yhteiskunnallista hyödyllisyyttä on vaikea pitää kovin vakuuttavana perusteena vastuun lieventämiselle, jos toiminnan harjoittajalla on mahdollisuus vakuuttaa vahinkoriskit tai jos korvattavat vahingot eivät ole määrältään kohtuuttomia.[137] Julkinen etu voidaan määritellä yhteiskunnan ja kansalaisten kokonaiseduksi.[138] Koulukiusauskanteen käsittelyssä koulukiusattujen oikeusturvaa saattaa olla perusteltua painottaa tästä lähtökohdasta käsin. Julkisen vallan käyttöön liittyy vahvasti oletus paitsi toiminnan lainmukaisuudesta myös yleisten oikeus- ja moraaliperiaatteiden noudattamisesta.[139]

3. Kunnan vastuu isännänvastuuna ja orgaanivastuuna

Kunnan vahingonkorvausvastuu koulukiusaamisen yhteydessä saattaa syntyä kahdessa eri muodossa. Kunnalla on *isännänvastuu* sen palveluksessa olevien työntekijöiden[140] aiheuttamista vahingoista. Isännänvastuu syntyy, jos työntekijä on aiheuttanut vahingon virheellään tai laiminlyönnillään. Tämän lisäksi kunta voidaan tuomita korvausvastuuseen *oman tuottamuksensa* perusteella.

Opettajan roolin liittyy erityisiä käyttäytymisvaatimuksia, kuten vaatimus tietystä koulutuksesta ja asiantuntemuksesta. Yleisen huolellisuusvaatimuksen lisäksi useat opetustoimintaa säätelevät lait ja virallismääräykset koskevat opettajien toimintaa. Jos opettaja toimii vastoin näitä ohjeita, syntyy oletus siitä, ettei hän ole noudattanut vaadittua huolellisuutta. Opettajalla on asemansa perusteella muun muassa oppilaiden turvallisuuden kannalta merkityksellinen velvollisuus valvoa oppilaita. Koulun johtaja vastaa valvonnan tarkoituksenmukaisesta organisoinnista. Kunkin opettajan on hoidettava asianmukaisesti hänelle uskottu valvontatehtävä. Valvonnan on oltava riittävää turvallisuuden säilyttämiseksi. Valvojalla on velvollisuus ilmoittaa havaitsemistaan turvallisuuteen liittyvistä puutteista.[141] Kun opettajan tiedossa on vahinkoriski, hänelle syntyy velvollisuus toimia

[136] HE 187/1973 s. 18.

[137] Hemmo 1996 s. 178. ”What from the perspective of the private victim might appear to be a mere question of corrective justice compensation inevitably constitutes a problem of distributive justice from the viewpoint of government.” Englard 1993 s. 185.

[138] Mäenpää 2000 s. 44–45.

[139] Kulla 1999 s. 35–37.

[140] Opettaja voi olla korvausvelvollinen virheellään tai laiminlyönnillään työssä aiheuttamastaan vahingosta. Kirjoituksessa ei käsitellä opettajan henkilökohtaista korvausvastuuta.

[141] Opetusministeriön julkaisu 20/2000 s. 1.

vahingon estämiseksi. Jos opettaja ei ryhdy vaadittaviin toimiin vahingon välttämiseksi, kyse on toimintavelvollisuuden laiminlyönnistä. Jos opettaja ei ole noudattanut häntä velvoittavaa määräystä ja laiminlyöntiin on liittynyt vahinkoriski, kyseessä on yleensä tuottamus. Opettajan toiminnan moitteettomuutta voidaan arvioida hänen koulutuksensa ja työnohjauksen perusteella.

Oikeushenkilö voidaan tuomita korvausvelvolliseksi oman tuottamuksensa perusteella. Tämä edellyttää sitä, että oikeushenkilön johdon katsotaan toimineen tuottamuksellisesti. Ajatus orgaanivastuusta ei tosin kovin selvästi käy ilmi vahingonkorvauslain sanamuodosta. Ruotsissa Kleineman on korostanut julkisen vallan käyttäjän korvausvastuun luonnetta nimenomaan orgaanivastuuna.[142] Oikeushenkilön tuottamus voi ilmetä esimerkiksi työntekijöiden puutteellisena ohjeistuksena tai riittämättömänä toiminnan valvontana. Koulukiusaustapauksissa kunnan tuottamus voi ilmetä esimerkiksi siten, että kunta on laiminlyönyt huolehtia opetushenkilökunnan riittävistä valmiuksista koulukiusaustilanteissa. Kuntaa velvoittaa perusopetuslain turvallisuussäännös. Kunnan tehtäviin kuuluu järjestää opetustoimi sitten, että turvallisuuspykälän tavoite pystytään toteuttamaan käytännössä. Julkisyhteisön oma tuottamus esimerkiksi sen toimielimien päätöksinä tai toiminnan virheellisenä tai puutteellisena organisointina saattaa olla ongelmallista, kun arvioidaan korvausvastuun edellytysten täyttymistä.[143]

Kunta voi joutua korvausvastuuseen vahingosta myös silloin, kun kyseessä on ns. anonyymi tuottamus eli on mahdotonta osoittaa tietyn kunnan toimielimen tai työntekijän toimineen huolimattomasti. Yleiskuvausta vahingon aiheutumistavasta voidaan tällöin pitää riittävänä osoittamaan, että joku työnantajan palveluksessa oleva on menetellyt moitittavasti.[144]

Ruotsin korkein oikeus katsoi ns. ”Johanna-tapauksessa” (NJA 2001 s. 755), ettei kunnalle syntynyt korvausvelvollisuutta kiusausvahingoista, sillä asiassa oli koulun puolesta tehty ”vad som rimligen kunnat begöras av den”. Korkein oikeus näytti antavan merkitystä sille, että kunnassa oli yleisesti kiinnitetty huomiota koulukiusaamisen ennalta ehkäisemiseen. Koulussa oli otettu käyttöön tukioppilasjärjestelmä ja kiusaamisesta oli lisäksi käyty keskustelua koululuokissa. Ruotsissa on ratkaisun perusteella päätelty, että korvausvastuu voi

---

[142] ”Det allmännas ansvar är i principiellt hänseende ett ansvar för en juridisk person och inte ett principalansvar dvs ett culpasvar för *annans vållande*.” (kurs. alkuper.) Kleineman, JT 1991–1992 s. 81.

[143] Korkein oikeus on kiinnittänyt tähän huomiota antaessaan lausuntonsa vahingonkorvauslain uudistamistarvetta käsittelevästä selvityksestä. Oikeusministeriön selvitys. Tiivistelmä lausunnoista 1999 s. 7.

[144] Hemmo 2002 s. 41. Kleineman, JT 1991–1992 s. 80 käyttää anonyymistä tuottamuksesta ilmaisua organisaatiotuottamus.

syntyä, mikäli ongelmaan ei suhtauduta vakavasti ja jos sen poistamiseen ei vaikuteta voimakkaasti.[145]

Pöyhönen käyttää käsitettä riskipositio oikeussuhteen osapuolen tekemistä strategisista valinnoista.[146] Nämä valinnat liittyvät osapuolen tekemään toimintaohjelmaan (tai tällaisen ohjelman puuttuessa olisivat voineet olla osa sitä). Vastuun syntymistä tarkastellaan suhteessa valittuun toimintalinjaan. Jos vahinko on aiheutunut sellaisesta syystä, joka osapuolen olisi pitänyt tuntea ja siihen olisi pitänyt reagoida jo ennakolta, seurauksena on korvausvastuu.[147] Kunnan korvausvastuun arvioinnissa korostuu paikallisen opetustoimen tai kyseisen koulun mahdollisen kiusauksen vastaisen toimintaohjelman merkitys. Tulevaisuudessa koulujen toimintastrategioilla ja selvityksellä niiden noudattamisesta saattaa olla keskeinen merkitys, kun arvioidaan kunnan tuottamusta koulukiusaustilanteissa. Koulun henkilökunnan reaktioiden asianmukaisuutta voidaan tarkastella lähtien siitä, onko lapsen tai hänen huoltajiensa tai muun tahon ilmoitus koulukiusauksesta otettu vakavasti.

Koulukiusaaminen saattaa joissain tapauksissa jatkua, vaikka koulu yrittäisi vakavasti puuttua siihen. Syynä voi olla esimerkiksi vaikeus löytää tilanteeseen soveltuvia ratkaisumalleja. Niinpä koulukiusauksesta voi joskus seurata vakaviakin vahinkoja, vaikka koulun toiminta täyttäisi korkeallekin asetetut huolellisuusvaatimukset. Sille, ovatko koulun käyttämät toimenpiteet olleet tuloksellisia, ei voida poikkeuksetta antaa ratkaisevaa merkitystä korvausvastuun edellytysten täyttymisen kannalta. Myös tuloksettomat toimet voivat siten olla riittäviä osoittamaan, ettei koulun toiminta ole ollut tuottamuksellista.[148]

Kunnat joutuvat yhä enemmän ottamaan toiminnassaan huomioon taloudelliset tekijät. Koulukiusaamisen ennalta estämiseen tähtäävät toimenpiteet ovat myös taloudellisesta näkökulmasta kannattavia, jos niillä voidaan välttää toimenpiteisiin kuluvaa rahamäärää suurempien vahingonkorvausten maksaminen. Opetustoimen näkökulmasta asiaan liittyy tärkeitä pedagogisia, sosiaalisia ja psykologisia arvoja ja tavoitteita.

---

[145] Tapauksesta tarkemmin Schultz, JT 2001–2002 s. 924. Ruotsissa tapaus herätti runsaasti keskustelua. Anderssonin mukaan debatti keskittyi lähes täysin korkeimman oikeuden päätöksen kritisointiin. Koulukiusauksen uhrin oikeussuojan puutteellisuus kauhistutti niin juridiikan ammattilaisia kuin kansalaisiakin. Andersson 2003 s. 4.

[146] Pöyhönen 2000 s. 181.

[147] Pöyhönen 2000 s. 181–182.

[148] Schultz, JT 2001–2002 s. 920. Ks. myös Bennström, NFT 2003 s. 46: "Man skulle vidare kunna tolka HD:s uttalanden som att det viktigaste i skadeståndsrättsligt hänseende är *att* skolan har agerat mot pågående mobbning, snarare än *hur*."

4. Standardisäännöksen vaikutus kunnan toiminnan tuottamusarvioinnissa

4.1. Opetustoimen laatu ja tarkoitus

Opetustoimen laatu ja tarkoitus käyvät ilmi perusopetuslaista. Perusopetuslain 2 §:n mukaan ”opetuksen tavoitteena on tukea oppilaiden kasvua ihmisyyteen ja eettisesti vastuukykyiseen yhteiskunnan jäsenyyteen sekä antaa heille elämässä tarpeellisia tietoja ja taitoja”. Perustuslain takaama oikeus opetukseen samoin kuin oppilaille säädetty oppivelvollisuus (perusopetuslain 25 §) korostavat opetustoimen laatuvaatimuksia.

Vahingonkorvauslain esitöiden mukaan julkisen vallan käyttäjälle asetettavien huolellisuusvaatimusten yhteydessä on kiinnitettävä huomiota siihen, onko kyseessä jo vakiintunut toimintamuoto vai uusi hallinnonala.[149] Kun kyse on opetustoimesta, joka on erityisen vakiintunutta toimintaa, huolellisuusvaatimusta ei ole syytä laskea tavanomaista alhaisemmaksi. Kun toimintaa on harjoitettu pitkään, julkisen vallan käyttäjällä on hyvät mahdollisuudet ennakoida toimintaan liittyviä vahinkoriskejä ja varautua vahingoilta.

Julkisen vallan käyttöä sisältävät tehtävät edellyttävät usein erityistä ammattitaitoa. Samoin kuin elinkeinotoiminnalta myös valtiolta ja kunnilta voi edellyttää harkintaa ja huolellisuutta erityisosaamista vaativassa toiminnassa.[150] Opetustointa koskevassa huolellisuusarvioinnissa on perusteltua ottaa huomioon alan erityisasiantuntijalta vaadittavat tiedot. Mitä tärkeämmästä tehtävästä on kyse, sitä suuremmat laatuvaatimukset sen asianmukaiselle hoitamiselle voitaneen asettaa. Kun opetustoimen kohteena ovat lapset ja nuoret, joille on turvattu oikeus erityiseen suojeluun ja huolenpitoon, kohderyhmälle tyypilliset turvallisuustarpeet on syytä ottaa huomioon.

Hallintotoiminnassa joudutaan noudattamaan suuremmassa määrin yksityiskohtaisia normeja kuin yksityisoikeudellisessa toiminnassa. Toisaalta hallintotoimintaan liittyy usein harkintavallan käyttöä, jolloin kynnys katsoa virkamiehen toiminta huolimattomaksi voi olla perusteltua asettaa tavanomaista korkeammalle. Sen sijaan virkamiehen työnantajana olevan julkisyhteisön asettaminen vastuuseen saattaa tällaisessakin tilanteessa olla perusteltua.[151] Virkamiehen vapauttamista vastuusta puoltaa esimerkiksi toimintaa sääntelevien

[149] HE 187/1973 s. 18.

[150] Skovgaard 1983 s. 15 ss, joka katsoo viranomaisten toiminnan rinnastuvan yksityisoikeudelliseen asiantuntijavastuuseen toiminnassa vaaditun asiantuntemuksen osalta. Myös Bengtsson 1996 s. 67 pitää tällaista rinnastusta yleisesti perusteltuna, kun kyse on samankaltaisista tehtävistä.

[151] Samoin Oikeusministeriön selvitys 1998 s. 16.

määräysten huomattava tulkinnanvaraisuus tai epäselvyys. Sen sijaan on jossain määrin vaikea hyväksyä sitä, että julkisyhteisö voisi vapautua vastuusta, jos sen (tai sitä ylemmällä hierarkian tasolla olevan julkisyhteisön) antamat määräykset eivät ole soveltajan kannalta riittävän selkeitä.

4.2 Tuottamuksen syyn merkitys tuottamusarvioinnissa

Yleensä tuottamuksen syylle ei ole annettu merkitystä korvausvastuun syntyedellytysten kannalta.[152] Vahingonkorvauslain esitöissä standardisäännöksen osalta todetaan kuitenkin, että ”merkitystä on niin ikään sillä seikalla, ovatko virheen syntymiseen vaikuttaneet viranomaisten toimintatapojen tai organisaation epätarkoituksenmukaisuus vai henkilökunnan vähäisyys tai puutteelliset toimintamahdollisuudet”.[153] Ilmaisu voidaan ymmärtää kahdella tavalla. Epätarkoituksenmukainen organisointi ja henkilökunnan riittämätön määrä saattaisivat vaikuttaa vastuuta lieventävästi, jolloin tällaiset seikat saattaisivat johtaa siihen, ettei julkisyhteisö joudu korvausvelvolliseksi. Vahinkoa kärsineen oikeusturvan kannalta on erikoista, että julkisen vallan käyttäjä näyttäisi voivan vedota puutteellisiin toimintamahdollisuuksiinsa ja tällä perusteella välttää korvausvelvollisuuden.[154]

Nykyisin lähes jokainen hallinnon ala kamppailee riittämättömien resurssien kanssa. Tulkinta johtaisi kestämättömään tulokseen, sillä viranomaisen kanssa asioivalla yksityisellä ei ole käytännössä mahdollisuutta vaikuttaa toiminnan asianmukaisuuteen.[155] Jos tietty viranomaistoiminta on päätetty tietoisesti hoi-

---

[152] Hemmo 1996 s. 87.

[153] HE 187/1973 s. 18. Esitöissä käytetään tässä kohtaa sanaa ”vai” ikään kuin puutteellisten resurssien merkitys olisi erilainen sen mukaan, onko kyse viranomaisen itse järjestämistä toimintaan liittyvistä puitteista vai vähäisestä työntekijämäärästä ja työntekijöiden riittämättömistä mahdollisuuksista toimia huolellisesti. Kun työntekijöiden lukumäärä ja heidän toimintansa järjestäminen kuuluvat viranomaiselle samoin kuin sen toiminnan organisointi yleensä, on vaikea nähdä, mitä asiallista eroa lausumalla on mahdollisesti tavoiteltu.

[154] Ruotsin SkL:n esitöissä todetaan, että standardisäännös saattaisi vaikuttaa korvausvastuuta rajoittavasti, kun vahingon syynä on puutteellisesta suunnittelusta tai riittämättömistä resursseista johtuva vähäinen viivästys, kiireestä johtuva pieni virheellisyys tai suuri työtaakka. Ks. Prop 1972:5 s. 326. Bengtsson 1996 s. 58 toteaa Ruotsin oikeustilasta standardisäännöksen voimassa ollessa seuraavaa: ”det var tänkbart att skadeståndskravet ändå kunde ogillas, eftersom man inte kunde begära bättre av en myndihet med hänsyn till de förhållanden varunder den arbetade.”

[155] Suomessa Arti 1981 s. 152–155 on suhtautunut varauksin julkisen vallan käyttäjän toimintamahdollisuuksien puutteisiin vastuun lieventäjänä. Arti korostaa, että kyseessä on julkisen vallan käyttäjän vastuuta rajoittava poikkeussäännös, jota on tulkittava suppeasti.

taa niukoin resurssein, on samalla varauduttava siihen, että vahinkoriski voi olla suurempi kuin jos toimintaan panostettaisiin enemmän. Jos toiminnasta seuraa vahinkoa, ei ole kohtuullista sulkea vastuuta pois resurssien vähäisyyden perusteella vaan päinvastoin velvoittaa viranomainen korvaamaan vahinko, joka on tietoisen turvallisuudesta säästämisen seurausta. Oikeusministeriön selvityksessä pidetäänkin resursseihin vetoamisen vastuuta lieventävää vaikutusta outona riskinjakonäkökohtiin liittyen.[156] Kun toiminnan harjoittajalla on tiedossaan toiminnan luonne ja siihen liittyvät vahinkoriskit, on kohtuullista odottaa, että tällaisiin seikkoihin kiinnitetään huomiota ja pyritään minimoimaan vahinkoriski. Lähtökohdaksi sopisi paremmin se, että puutteellisiin toimintamahdollisuuksiin vetoaminen voisi vapauttaa julkisen vallan käyttäjän korvausvastuusta vain poikkeuksellisesti. Tällaisena poikkeuksena voisi tulla kyseeseen esimerkiksi niin yllättävä tai äkillinen muutos työmäärässä, ettei viranomainen ole voinut siihen kohtuudella varautua.[157]

Standardisäännöksen soveltamiseen liittyy muutamia muitakin ongelmallisia vaikutuksia. Ensinnäkin se saattaa korvausvastuuta kaventavana lainkohtana vaikuttaa siten, että kohtuullista huolellisuustasoa arvioidaan yksinomaan julkisen vallan käyttäjän näkökulmasta.[158] Vahinkoa kärsineen kannalta olisi oleellisempaa painottaa toiminnasta aiheutuneita seurauksia eikä vahinkoon johtaneita seikkoja.

4.3 Vahinkojen laatu

Standardisäännöstä sovelletaan julkisen vallan käytöstä aiheutuneisiin vahinkoihin riippumatta niiden laadusta tai määrästä. Korvausvastuun edellytyksiä harkittaessa saattaisi olla tarkoituksenmukaista antaa merkitystä myös aiheutu-

---

[156] Oikeusministeriön selvitys 1998 s. 16.

[157] Hemmo huomauttaa oikeusministeriön selvityksestä (Oikeusministeriön selvitys 1998) antamassaan lausunnossa, ettei yksityisoikeudellinen oikeussubjektikaan voi välttää vastuutaan vetoamalla esimerkiksi henkilökuntansa vähyyteen tai turvajärjestelyjen riittämättömyyteen. Huomattavasti ankarampaa tulkintaa edustaa näkemys, jonka mukaan erilaiset puutteellisuudet viranomaisen toiminnassa jo sinällään osoittavat, että kohtuudella asetettavat vaatimukset on alitettu. Korkein oikeus on edellyttänyt toisinaan melko ankarankin tulkinnan mukaista huolellisuutta. Ks. esimerkiksi KKO 1994:121 ja KKO 1995:69.

[158] VahL:n esityöt tukevat käsitystä, jonka mukaan hallintotoiminnan sujuvuus on keskeinen standardisäännöksen tulkintaan vaikuttava seikka. Merkitystä annettaisiin niille viranomaiskoneistoa rasittaville tekijöille, jotka ovat myötävaikuttaneet vahingon syntymiseen. HE 187/1973 s. 18. Ruotsin SkL:n esitöissä lähdetään siitä, että kohtuullinen huolellisuustaso määritellään vahingonkärsijän näkökulmasta. Ks. lähemmin Bengtsson 1976 s. 201–202 ja SOU 1993:55 s. 67.

neen vahingon laadulle.[159] Toiminnassa, joka sisältää henkeä tai terveyttä uhkaavia riskejä, vaadittava huolellisuuden taso voidaan asettaa korkeammalle kuin jos odotettavissa on lähinnä esinevahinkoja. Koulukiusaus on yleistä ja siihen liittyy riski henkilövahingoista. Henkilövahinkojen luonne puoltaa niiden rajaamista standardisäännöksen soveltamisalan ulkopuolelle.

Ruotsissa lainsäätäjään tarkoituksena on ollut, että standardisäännöstä sovellettaisiin lähinnä varallisuusvahinkojen yhteydessä. Sen sijaan henkilö- ja esinevahinkojen korvaamista ei olisi syytä erityisesti rajoittaa.[160] Vahingonkorvauslain yleislinjasta poiketen varallisuusvahinko korvataan, kun se on aiheutettu julkista valtaa käyttäen. Suomessakin voidaan yhteispohjoismaisen lainvalmistelun perusteella esittää, että lainsäätäjä on tahtonut rajoittaa korvausvastuuta pitäen silmällä nimenomaan varallisuusvahinkoja. Standardisäännöksen soveltaminen olisi näin perusteltua lähinnä silloin, kun vahingot ovat vähäisiä. Vahingonkärsijän oikeusturvan tarve korostuu, kun vahinko on vakava ja kohdistuu henkeen tai terveyteen. Erityisesti henkilövahinkojen luonne puoltaa niiden rajaamista standardisäännöksen soveltamisalan ulkopuolelle.[161] Vahingonkärsijän oikeussuojan kannalta näyttää kohtuuttomalta, jos hänen mahdollisuutensa saada korvaus henkilövahingosta on heikompi, kun vahinko on aiheutettu julkista valtaa käyttäen.

5. Korostettu huolellisuusvelvollisuus?

5.1 Kunnan ja koululaisen välisen oikeussuhteen erityispiirteistä

Tuomioistuinten ja muiden viranomaisten on tulkittava lakeja siten, että ratkaisut edistävät perusoikeuksien toteutumista.[162] Tämä perustuslakivaliokunnan asettama vaatimus perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta velvoittaa lainsoveltajaa kaikilla oikeudenaloilla. Koulukiusausvahinkojen osalta se voi merkitä huomion kiinnittämistä siihen, että koululaisen oikeus osallistua turvallisesti opetukseen toteutuu. Julkisyhteisöjen vastuun sääntelyä koskenut varovaisuus vahingonkorvauslain valmisteluvaiheessa ei ongelmitta sovi yhteen lain säätä-

[159] Ruotsissa lainsäätäjä on tarkoittanut, että standardisäännöstä sovellettaisiin lähinnä vain varallisuusvahinkojen yhteydessä. Sen sijaan henkilö- ja esinevahinkojen korvaamista ei olisi syytä erityisesti rajoittaa. Ks. tarkemmin Bengtsson 1976 s. 32.

[160] Bengtsson 1976 s. 32.

[161] ”Standardia voidaan harkita kuitenkin vain sellaisilla aloilla, joissa vakavat, esimerkiksi terveyteen, vapauteen ja vähäistä suuremmat varallisuuteen kohdistuvat vahingot eivät ole mahdollisia.” Kukkonen 1996 s. 482.

[162] PeVM 25/1994 vp, s. 4 ja Viljanen, LM 1990 s. 203–236.

misen jälkeen tapahtuneen oikeuskehityksen kanssa. Esimerkiksi standardisäännöksen vastuuta rajoittava vaikutus voi joutua ristiriitaan vahingonkorvauslain perusoikeusmyönteisen tulkinnan kanssa. Perusoikeusmyönteinen tapa tulkita VahL:ia saattaa edellyttää jopa tuottamusvaatimuksen tiukentamista.[163] Tämänsuuntainen kehitys korostaisi vahingonkorvauksen hyvittämistavoitetta.

Vahingonkorvausoikeuden eräs kehityspiirre on korvausvastuun sitominen osapuolten toimintarooleihin.[164] Koulun (kunnan) ja oppilaan välisen oikeussuhteen erityispiirteet on syytä ottaa huomioon, kun arvioidaan korvausvastuun edellytyksiä. Oikeussuhde ei ole tyypillinen deliktisuhde, jossa vahinko aiheutuu kahden toisilleen vieraan osapuolen välillä. Vaikka kunnan ja koululaisen välillä ei ole sopimusta, oikeussuhteesta voidaan tunnistaa myös sopimuksenkaltaisia piirteitä.[165] *Osapuolten välillä on erityissuhde, jota leimaavat muun muassa kunnan velvollisuus huolehtia perusopetuksen järjestämisestä ja oppilaan oikeus opetukseen.* Oikeussuhde perustaa oppilaalle erityisiä oikeussuojaodotuksia, sillä oppilas on kouluun määrätynlaisessa luottamussuhteessa. Oppilaan koulunkäynnin asianmukainen kulku riippuu suuressa määrin koulutuksen järjestäjän toimenpiteistä. Kyse on lisäksi lapsen suhteesta viranomaiseen. Lapsella on oikeus odottaa, että opetusviranomaiset toimivat kaikissa tilanteissa muun muassa lapsen oikeuksien sopimuksen velvoittamalla tavalla. Oikeussuhteen luonteen perusteella voi olla perusteltua laajentaa suhteeseen liittyviä huolellisuusvaatimuksia.[166] Erityisiä oikeussuojaodotuksia perustava luottamussuhde voi olla oikeussuhteen läheisyyttä koskeva näkökohta, joka saattaa ankaroittaa korvausvastuuta.[167]

5.2 Oikeussuhteen heikomman osapuolen suojaaminen

Lapsen erityisen oikeussuojan tarve vahingonkärsijänä voidaan liittää laajempaan velvoiteoikeudelliseen näkökulmaan oikeussuhteen heikomman osapuolen suojaamisesta. Vahingonkorvausoikeudessa heikomman suojaa korostava oppi on otettu huomioon erityisesti sopimusperusteisessa vahingonkorvaus-

[163] Hemmo 1998 s. 227 huomauttaa, ettei VahL ole esteenä deliktivastuun kehittämiselle tavanomaista tuottamusvastuuta ankarampaan suuntaan.
[164] Hemmo 1996 s. 161.
[165] Hallinto-oikeussuhteen sopimuksenkaltaisista piirteistä Kleineman, JT 1991–1992 s. 89.
[166] Hemmo 1998 s. 386–387 katsoo, että oikeudellisesti merkityksellisen erityissuhteen olemassaolo voi vaikuttaa myös korvauksen määrään.
[167] Hemmo 1998 s. 369–370.

vastuussa. Tällöin sääntely on liittynyt sopimusosapuolten erityispiirteiden huomioon ottamiseen ja sopimusvapauden vaikutusten rajoittamiseen. Sopimuksen ulkoisen vahingonkorvausvastuun osalta heikomman suojelu voi näkyä henkilösidonnaisuuden korostamisessa. Huomioon otetaan tällöin vahingonkärsijän ja vahingonaiheuttajan henkilöön liittyvät erityispiirteet.[168]

Vahingonkärsijää on suojattu erityislainsäädännössä – esimerkiksi kuluttajaa tuotevastuulaissa ja potilasta potilasvahinkolaissa. Erityinen suojan tarve on tavallisesti yhteydessä henkilövahinkoihin. Oikeussuojaa on parannettu helpottamalla vastuuperusteen täyttymistä siten, että vastuu lähenee tuottamuksesta riippumatonta vastuuta.[169] Kun vahingonkärsijä rinnastuu kuluttajaan tai hänen suojantarpeensa liittyy oikeussuhteeseen, jonka toisena osapuolena on elinkeinonharjoittaja, ankaraa vastuuta voidaan pitää lainsäädännössä pääsääntöisenä vastuumuotona.[170]

Lapset ovat ikänsä ja kehitystasonsa puolesta erityisen suojelun tarpeessa. Turvallisuus kouluympäristössä on selkeästi yhteydessä siihen, miten opetustoimesta vastaavat ja koulun työntekijät toimivat. Voidaan katsoa, että kouluympäristöltä edellytetään tavanomaista korkeampaa turvallisuustasoa toiminnan luonteen ja siihen osallistuvan joukon erityispiirteiden vuoksi. Tässä yhteydessä voidaan löytää yhtymäkohtia oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa kehittyneeseen oppiin ns. korostetusta huolellisuusvelvollisuudesta. Korvausvastuu on tietyillä elämänalueilla kehittynyt normaalia tuottamusvastuuta ankarammaksi.[171] Näissäkin tilanteissa huomiota kiinnitetään toiminnan huolellisuuteen, mutta vaadittava huolellisuustaso on nostettu niin korkealle, että se ylittää toiminnalta tavallisesti vaaditun huolellisuuden asteen.[172]

---

[168] Hemmo 1996 s. 295.

[169] Potilasvahinkolain esitöissä viitataan TSS-oikeuksia koskevaan yleissopimukseen ja liitetään oikeus potilasvahinkokorvaukseen potilaan korkeatasoiseen hoitoon. HE 54/1986 s. 2.

[170] Hemmo 1996 s. 274. Hemmo viittaa tuotevastuulain ja potilasvahinkolain lisäksi ydinvastuulakiin, ympäristövahinkolakiin, henkilörekisterilakiin sekä kiinteistörekisterilakiin.

[171] Korostettua huolellisuutta on oikeuskäytännössä vaadittu yleisten kulkuväylien kunnossapitäjiltä, yleisessä käytössä olevista tiloista ja alueista vastaavilta, ammattimaisten yleisöpalvelusten tarjoajilta, yleisötilaisuuksien järjestäjiltä ja asiantuntijapalvelujen tarjoajilta.

[172] Tuomioistuimet eivät mielellään puutu oikeusperiaatteiden hallitsevaan asemaan. Niinpä vahingonkorvausvastuun muuttuminen käytännössä aikaisempaa ankarammaksi on tapahtunut osin tuottamusperiaatteen sisällä. Wilhelmsson, Oikeus 1986 s. 115. Pöyhönen, OT 1999 s. 328 katsoo, että konstruktio korostuneesta huolellisuusvelvollisuudesta sopii vahingonkorvausoikeuden tuottamusmalliin. Kun tilanteita, joissa on vaadittu tavanomaista huolellisuutta huolellisempaa toimintaa on koottu yhteen ja toisaalta erotettu ankarasta vastuusta, ”sadaan tuottamusvastuun ankaroitumista ilmentävät kehityskulut juridisesti eristettyä vaarattomiksi ja niiden eskaloituminen siten estettyä”.

Korostettua huolellisuutta on vaadittu tyypillisesti sellaisissa tilanteissa, joissa on ollut kyse kantajan turvallisuudesta. Vastuuseen on joutunut usein taho, joka ylläpitää toiminnan rakenteita ja tekee päätökset muun muassa toimintaan liittyvästä turvallisuustasosta. Vahinkojen aiheutuminen sinänsä on kyseessä olevan, yhteiskunnallisesti hyödyllisen toiminnan, toiminnan normaali ja tavanomainen seuraus.[173] Toiminnalle asetettua tavanomaista korkeampaa vaatimustasoa on perusteltu muun muassa vahingonkärsijän suojantarpeella.[174] Vahinkoa kärsinyt on ollut asemassa, jossa hän on voinut perustellusti luottaa tilojen ja toiminnan turvallisuuteen. Hän on tullut valmiiseen toimintaympäristöön ilman mahdollisuutta vaikuttaa toimintaa koskeviin päätöksiin.[175] Tavanomaista vaativampi mittapuu on saatettu asettaa myös sillä perusteella, että vastaaja saa taloudellista hyötyä toiminnasta tai kun tilojen haltijalla on velvollisuus huolehtia tilojen kunnosta.[176]

Ruotsissa Rädda Barnen -järjestö tahtoo tiukentaa kuntien korvausvastuuta koulukiusausvahingoista. Järjestön mukaan kunnan tulisi vastata vahingoista siinäkin tapauksessa, että se on yrittänyt saada kiusauksen loppumaan, mutta toimenpiteet eivät ole tuottaneet tulosta. Näkemystä perustellaan ensinnäkin oppivelvollisuudella, jonka turvallisesta suorittamisesta vastuu kuuluu aikuisille. Ankaraa vastuuta puolletaan myös viittaamalla lasten erityisen suojelun tarpeeseen. Kasvavat lapset ovat herkkiä ja heidän aikaperspektiivissään kiusattuna oleminen voi tuntua pitkältä ajanjaksolta.

Rädda Barnen huomauttaa, että kiusausvahinkojen korvaamisella on positiivisia vaikutuksia sekä yleisesti että kiusatun lapsen osalta. Korvausvastuun asettaminen vaikuttaa ennaltaehkäisevästi siten, että kiusaustapauksiin suhtaudutaan vakavasti. Tämän seurauksena tuhannet lapset saavat käydä koulua ilman kiusaamista. Vaikutuksen arvoa ei ole mahdollista mitata rahassa. Yksittäisen kiusatun lapsen osalta vahingon korvaaminen on hyvitys kärsitystä vahingosta. Sillä on myös symbolista merkitystä: näin voidaan osoittaa julkisesti, että syyllinen kiusaustapauksiin ei ole kiusattu vaan kiusaaja.[177]

---

[173] Pöyhönen-Korhonen, OT 1999 s. 328.

[174] Kun vahingonkärsijä on vahingonaiheuttajaa heikommassa asemassa, ensiksi mainitun suojantarvetta voidaan perustellusti pitää keskeisenä arvona vastuukysymyksiä arvioitaessa. Hemmo 1996 s. 281.

[175] Pöyhönen 1999 s. 193.

[176] Ks. Hemmo 1998 s. 217–218 ja Hemmo 2002 s. 26–27.

[177] Ks. www.rb.se/assets/pdf.filer/raknamedmig. Andersson torjuu ajatuksen ankarasta vastuusta koulukiusaustapauksissa. Hän katsoo, että koulut joutuisivat harjoittamaan huomattavasti nykyistä kovempaa kontrollia ja ottamaan käyttöön pakkokeinoja, jotta koulukiusauksen ennalta estäminen olisi tehokasta. Seuraukset eivät välttämättä olisi lapsen edun kannalta positiivisia. Andersson 2003 s. 16.

5.3 Oppivelvollisuuden merkitys

Opetustoimelle on perusopetuslaissa asetettu selkeä velvollisuus huolehtia koulunkäynnin turvallisuudesta. Turvallisuusvelvoitteen merkitys korostuu, kun otetaan huomioon, että oikeus perusopetukseen on subjektiivinen perusoikeus, jonka tehokas toteuttaminen on julkisen vallan käyttäjän vastuulla. Koululaista ei koske ainoastaan oikeus opetukseen, mutta myös oppivelvollisuus. Oppivelvollisuus sisältää koululaista velvoittavan elementin. Voidaan ajatella, että oppivelvollisuus on tärkeä yhteiskunnan näkökulmasta, sillä on tärkeää, että kansalaiset saavat peruskoulutuksen. Oppivelvollisuus on ilmaus valtion käyttämästä pakosta. Tämä oikeussuhteen elementti voi puoltaa opetuksen järjestäjän varsin kattavaa korvausvastuuta tilanteissa, joissa vahinkoa aiheutuu oppivelvollisuuden suorittamisesta.[178]

Yhteiskunnan näkökulmasta kunnan korostunutta vastuuta voidaan tarkastella lähtökohdasta, jonka mukaan jokainen yhteiskunnan jäsen on jossain vaiheessa koululainen. On sattumanvaraista, ketkä oppilaista joutuvat kiusauksen kohteeksi. Olisi kohtuutonta jättää heille aiheutuneet kiusausvahingot korvaamatta. Vahingonkorvauksen maksaminen ”kuntalaisten yhteisestä kassasta” on oikeudenmukainen reaktio tilanteeseen.

> Ratkaisussa KKO 2002:56 oli kyse tilanteesta, jossa varusmies oli saanut surmansa puolustusvoimien kovapanosammunnoissa. Valtio velvoitettiin suorittamaan varusmiehen läheisille korvausta kärsimyksestä, sillä vahinkoon johtaneessa puolustusvoimien toiminnassa ilmennyttä huolimattomuutta oli kokonaisuudessaan pidettävä törkeänä. Korkein oikeus määräsi valtion maksamaan varusmiehen läheisille VahL 5:4a§:n 1 momentissa tarkoitettua kärsimyskorvausta. Korkein oikeus totesi, että korvauksen maksamista oli pidettävä kohtuullisena varusmiehen saatua surmansa 19-vuotiaana lakisääteistä asevelvollisuutta suorittaessaan. Merkitystä annettiin näin paitsi surmansa saaneen iälle myös lakiin perustuvalle velvollisuudelle osallistua asepalvelukseen.

5.4 Prosessuaalisia kysymyksiä

Vastuun ankaruuteen vaikuttavat olennaisesti todistusharkinta, näyttökynnys ja todistustaakka.[179] Vahingonkorvausprosessissa ei välttämättä ole syytä erotella toisistaan kysymyksiä vahingosta, tuottamuksesta ja syy-yhteydestä. Saattaa olla tarkoituksenmukaisempaa tarkastella näitä vastuuedellytyksiä kokonais-

[178] Bennström, NFT 2003 s. 49.

[179] Klami, DL 1992 s. 579 huomauttaa, ettei siitä, onko kyseessä tuottamukseen perustuva vai tuottamuksesta riippumaton vastuu vielä voida päätellä, mitten ankaraksi vastuu käytännössä muodostuu.

valtaisemmin, jolloin vahva näyttö jonkun edellytyksen olemassa olosta voi kompensoida toiseen kysymykseen liittyviä puutteita.[180]

Todistustaakkaa kääntämällä poiketaan siitä periaatteesta, että riski epäselvästä tosiseikasta jää kantajan vahingoksi. Tämä voi olla perusteltua, jos vahingonkärsijän on vaikea tarkkaan selvittää vahingon syytä ja tuottamuksen olemassaoloa, mutta täysin objektiivista vastuuta ei haluta omaksua. Viranomaiskoneiston ulkopuolisten on usein vaikea riittävän tarkasti selvittää asioiden kulkua hallinnon sisällä. Kun vastaajana on kunta, todistustaakka on perusteltua asettaa vastaajalle, jolla on kantajaa paremmat edellytykset selvittää koulun toiminta kiusausasiassa. Koulun kannalta on tärkeää, että se voi osoittaa noudattaneensa opetustoimen ohjeita kiusaustilanteiden varalle. Kiusatulle – etenkin kun kyse on lapsesta – ei ole kohtuullista asettaa kovin pitkälle menevää velvollisuutta näyttää esimerkiksi koulua koskevien menettelyohjeiden puuttuminen tai opettajien passiivisuus asiassa. Jos vastaajana ovat kiusaajan huoltajat, vastakkain on kaksi yksityistä tahoa. Tällöin kantajalle on perustellumpaa asettaa velvollisuus näyttää toteen korvausvastuun edellytykset.

Ruotsalaisessa hovioikeustapauksessa vastaajana ollut kunta väitti, ettei kaikkia vastaajan väittämiä kiusaamistapauksia ollut lainkaan sattunut. Tukeen kunta vetosi siihen, etteivät opettajat olleet havainneet näitä tapahtumia.[181] Suomalaisessa hovioikeusratkaisussa todistajana kuullut opettajat eivät muistaneet, että kantajaa olisi kiusattu koulussa. Kiusaamishavainnoista löytyi kuitenkin opettajien kirjallista dokumentaatiota. Koulun oppilaiden muistikuvat kiusaamisesta sen sijaan olivat tallella.[182]

Koululaisen kannalta on kohtuutonta, jos hänen oikeutensa vahingonkorvaukseen jää toteutumatta esimerkiksi sen vuoksi, ettei koulussa ole ollut riittävästi henkilökuntaa tai että oppilaiden valvonta ylipäänsä on puutteellisesti järjestetty. Opetushenkilökunnan on syytä dokumentoida kiusaamiseen liittyvät väitteet ja havainnot, ettei kiusatun oikeusturva jäisi muistikuvien varaan. Julkisen vallan käytön yhteydessä aiheutuneissa vahinkotilanteissa saattaakin olla perusteltua edellyttää näytöltä tavanomaista vähemmän.[183]

---

[180] Klami – Sorvettula – Hatakka 1987 s. 94–102.

[181] Svea Hovrätt, adv 13, dom 2001-02-15 DT 11 i mål FT 8116–99.

[182] Turun HO S 99/2345, 1.3.2001. Opettajien kyky tunnistaa kiusaaminen ei suomalaisten tutkimustulosten mukaan ole kovin hyvä edes silloin, kun kiusaaminen on systemaattista ja jatkuvaa. On arvioitu, että opettajat ovat selvillä vain joka toisen toistuvasti kiusatun lapsen tilanteesta. Kiusatuiksi luokiteltiin oppilaat, jotka sekä omasta mielestään että vähintään neljän luokkatoverin mielestä olivat kiusattuja. Salmivalli 2003 s. 36–37.

[183] Näin Oikeusministeriön selvitys 1998 s. 16. Ståhlberg esittää, että näyttövaatimusten on toteutettava aineellisten säännösten tavoitteita ja johdettava oikeudenmukaiseen ratkaisuun yksittäistapauksessa. Osapuolten mahdollisuudet esittää näyttöä on otettava huomioon. Ståhlberg 1993 s. 322–323.

Oikeuskirjallisuudessa on puollettu tuottamukseen liittyvän todistustaakan kääntämistä, kun kyse on viranomaistoiminnassa aiheutuneesta vahingosta.[184] Seurauksena on tällöin tavallista tuottamusvastuuta ankarampi vastuumuoto ilman että kyse olisi tuottamuksesta riippumattomasta vastuusta. Kun kyse on tuottamuksen toteen näyttämisestä sopimuksen ulkopuolisessa suhteessa, näyttövaatimusta ei ole syytä asettaa kovin tiukaksi, jos kantajan näyttömahdollisuudet eivät ole kovin hyvät.[185]

Kunnan näkökulmasta saattaisi olla merkityksellistä saada myös kiusaamista harjoittaneiden oppilaiden sekä heidän huoltajiensa mahdollinen vastuu oikeudellisesti arvioitua. Kiusaajat ovat siviilioikeudellisessa vastuussa teoistaan myös alaikäisinä. Vanhemmilla puolestaan on kasvatukseen ja valvontavelvollisuuteen perustuva vastuu siitä, etteivät lapset aiheuta muille vahinkoa. Koulukiusaaminen on usein monimutkainen kokonaisuus ja useiden tekijöiden seurausta. Jos tilannetta tarkastellaan kokonaisvaltaisesti, voi tuntua riittämättömältä selvittää juridisesti ainoastaan kunnan osuutta tapahtumakulkuihin. Kunnalla on OK 18:5.1 §:n perusteella mahdollisuus esittää oikeudenkäynnissä takautumisvaatimus koulukiusaajaa tai hänen huoltajiaan vastaan siltä varalta, että kunta häviää asian. Tällaista vaatimusta koskeva kanne voidaan käsitellä samassa oikeudenkäynnissä pääasian kanssa.

VI KIUSAAJAN KORVAUSVASTUU

1. Lapsen siviilioikeudellinen vastuunalaisuus

Myös alaikäiset ovat siviilioikeudellisessa vastuussa vahinkoa aiheuttaneista teoistaan (VahL 2:2).[186] Ei olekaan poissuljettua, etteikö myös alaikäinen koulukiusaaja voisi joutua korvausvastuuseen aiheuttamistaan kiusausvahingoista. Alle 18-vuotiaan korvausvastuu on kuitenkin täysikäisten vastuuta suppeampaa, sillä sekä tuottamusarviointi että korvausmäärän harkinta on tehtävä koh-

[184] Saxén 1975 s. 432 ja Paaso 1992 s. 106–107.

[185] Jonkka 1991 s. 87–91.

[186] Oikeuskäytännössä jopa 3-vuotiaita on tuomittu korvausvelvollisiksi. Ks. KKO 1928 II 312 ja KKO 1937 II 484. Oikeuskäytäntö vahingonkorvauslain voimaan tulon jälkeen koskee lähinnä 12–15-vuotiaita (KKO 1983 II 26, 1991:73 ja 1993:55). Myös alle 10-vuotiaita on tuomittu korvausvastuuseen, kuten tapauksessa KKO 1984 II 93. Opetusministeriön selvityksessä todetaan, että oppilaat ovat vastuussa koulussa aiheuttamistaan vahingoista sen mukaan, kun vahingonkorvauslaissa säädetään. Tässä yhteydessä tuodaan esille ainoastaan oppilaan aiheuttamat omaisuusvahingot. Henkilövahingoista ei mainita mitään. Opetusministeriön julkaisuja 20/2000 s. 35.

tuuspainotteisesti.[187] Korvausvastuu on tavanomaista tuottamusvastuuta lievempää, sillä alaikäisiin ei sovelleta samoja käyttäytymisvaatimuksia kuin täysikäisiin. Lapsen käyttäytymistä verrataan muiden samaan ikäryhmään kuuluvien tai muutoin samalla kehitystasolla olevien käyttäytymiseen, joten vaatimustaso on täysi-ikäisiltä edellytettyä alhaisempi. Mitä vanhemmasta lapsesta on kyse, sitä todennäköisempää on, että hänet katsotaan korvausvelvolliseksi, mikäli korvausvastuun edellytykset muutoin täyttyvät.

Kiusaamisen käsitteen epäselvyys voi aiheuttaa vaikeuksia kiusaamisen tuottamuksellisuutta arvioitaessa. Lasten terveeseen kasvuun kuuluu positiivinen kiusoittelu, tasavertainen voimien koettelu ja lasten ryhmien muotoutumisen muut mekanismit.[188] Tavanomaiseen elämään kuuluvana käyttäytymisenä ei sen sijaan voi pitää fyysistä tai psyykkistä vihamielistä käyttäytymistä, joka on siihen puuttumisesta huolimatta toistuvaa ja jossa kiusattu on kiusaajaan alisteisessa asemassa. Ellei kyse ole kiusaajan kehitystasoon tai mielenterveyteen liittyvistä erityispiirteistä, tällainen kiusaaminen voi toteuttaa tuottamuksen tunnusmerkistön eikä tuottamusarvioinnissa ole tällöin perusteltua lieventää vastuuta kiusaajan iän perusteella.[189] Vahinkoa kärsineen näkökulmasta olisi kohtuutonta, jos korvausvastuu sulkeutuisi pois sillä perusteella, että kiusaaminen katsottaisiin ikäryhmälle tyypilliseksi ilmiöksi.[190]

2. Korvausmäärän kohtuullisuus

Alle 18-vuotiaan vahingonaiheuttajan maksettavaksi on tuomittava kohtuullinen määrä hänen tuottamuksella aiheuttamastaan vahingosta. Kohtuullisen korvauksen määräämistä on siten pidettävä pääsääntönä, eikä alaikäisiin sovelleta VahL:n yleistä sovittelusäännöstä. Asianosaisten ei tarvitse esittää kohtuullistamisvaatimuksia, sillä tuomioistuin määrää kohtuullisen korvauksen viran puo-

[187] HE 187/1973 s. 14 ja Hemmo 1998 s. 235.

[188] Tikkanen 1997 s. 4 ja Salmivalli 2003 s. 10–12. Erimielisyyksien selvittely on lapselle hyödyllinen mahdollisuus oppia tunnistamaan omia tunnereaktioitaan, hallitsemaan tunteitaan ja sopimaan riitoja. Salmivalli mts. 10.

[189] Tikkanen 1997 s. 4–5 esittelee tutkimuksessaan kansainvälisiä tutkimustuloksia kiusaajien profiilista. Tulosten valossa näyttää siltä, että koulukiusaaja on psyykkisiltä ominaisuuksiltaan usein tavallisesta poikkeava. Koulukiusaajia luonnehtivat muun muassa seuraavat ominaisuudet: hyperaktiivisuus, keskimääräistä voimakkaampi neuroottisuus, tavanomaista alhaisempi älykkyys, myönteinen asennoituminen väkivaltaan, fyysinen vahvuus, aggressiiviset asenteet. Tavallista useammin kiusaajat tulevat perheistä, joissa laiminlyödään, torjutaan tai hyväksikäytetään lapsia ja joissa on väkivaltainen tai aggressiivinen ilmapiiri.

[190] Salmivalli 2003 s. 13 huomauttaa, että jopa ammattikasvattajilla saattaa yhä olla näkemyksiä, joiden mukaan kiusaaminen ”kuuluu lasten vuorovaikutukseen” tai ”karaisee luonnetta”.

lesta. Korvausmäärän kohtuullisuutta harkittaessa otetaan huomioon vahingonaiheuttajan ikä ja kehitystaso, vahinkoa aiheuttaneen teon laatu, vahingon aiheuttajan ja vahinkoa kärsineen varallisuusolot sekä muut olosuhteet.[191]

Lapsen maksettavaksi määrätyn korvauksen tulee olla ensimmäisen kriteerin perusteella sitä vähäisempi osuus vahingosta, mitä nuorempi lapsi on.[192] Näin ollen vahingonkärsijän oikeussuojaan vaikuttaa se, minkä ikäinen lapsi on vahingon aiheuttanut. Hallituksen esityksessä todetaan, että 15-vuotta täyttäneiden vastuuta tulisi pääsääntöisesti lieventää vain varallisuusolojen perusteella.[193] Näin ollen ikä voisi vain harvoin tulla kyseeseen korvausmäärää alentavasti, kun vahingonkärsijä on täyttänyt 15 vuotta. Alle 18-vuotiaat muodostavat laajan ryhmän, mikä on syytä ottaa huomioon, kun harkitaan kohtuullista korvausmäärää. Vahingonkorvauslakia säädettäessä on tarkoitettu, että eri ikäisille lapsille tuomittavat korvausmäärät todella vaihtelevat, eikä kaikkien alle 18-vuotiaiden korvausvastuuta sovitella samalle tasolle.[194]

> Ratkaisussa KKO 1993:55 oli kyse enemmän tapaturman kaltaisesta tilanteesta, jossa sekä kantaja että vastaajat olivat lapsia. On kiinnostavaa havaita, kuinka paljon oikeus on kohtuullistanut korvaussummia vastaajien iän perusteella. Tapauksessa 12-vuotiaat lapset olivat leikkiessään kaataneet maahan tulenarkaa aihetta ja sytyttäneet sen tuleen. Palavaa nestettä sisältävä astia oli lentänyt 8-vuotiaan lapsen päälle. Seurauksena oli vaikeita palovammoja vartalon etupuolelle, alaraajoihin ja pakaroihin siten, että noin 40 % ihosta oli palanut. Täysimääräiseksi korvaussummaksi arvioitiin kivusta ja särystä 45 000 markkaa sekä pysyvästä viasta ja toiminnallisesta haitasta 300 000 markkaa. Kaikki asianosaiset olivat varattomia. Alioikeus harkitsi vastaajien iät, kehitystason, teon laadun ja osapuolten varallisuusolot huomioon ottaen kohtuulliseksi velvoittaa vahingonaiheuttajat korvaamaan kivusta ja särystä

---

[191] Vahingonkorvauskomitean ehdotuksessa päädyttiin esittämään, että 15–20-vuotiaan korvausvastuuta voitiin alentaa, jos täysi korvaus havaittiin kohtuuttoman raskaaksi. Alle 15-vuotias oli velvollinen korvaamaan aiheuttamansa vahingon, jos se harkittiin kohtuulliseksi ja tällöinkin kohtuullisessa määrin. KM 1965:A s. 4. Näin 15-vuotta täyttäneet olisivat olleet tavanomaisessa tuottamusvastuussa. Hallituksen esityksessä kahtiajakoa pidettiin liian mutkikkaana ja omaksuttua 18-vuoden ikärajaa perusteltiin rikosoikeudellisella täysi-ikäisyydellä. HE 187/1973 s. 14. Ruotsissa 15-vuotta täyttäneiden tuottamusta arvioidaan samoin kuin täysikäisten. Huomioon voidaan tosin ottaa poikkeuksellinen psyykkinen kehitys. Prop. 1972:5 s. 167 ss ja Hellner – Johansson 2002 s. 265.

[192] Aro, LM 1975 s. 807 pitää tätä tavoitetta ilmeisen selvänä.

[193] Samoin Ruotsissa Prop. 1972:5 s. 462 ja Hellner – Johansson 2002 s. 265.

[194] Myös Hellner – Johansson 2002 s. 262 kiinnittää huomiota alaikäisten laajaan ryhmään ja heidän eri tavoin aiheuttamiin vahinkoihin. Toisessa päässä voidaan nähdä aivan pienten lasten aiheuttamat vahingot, joiden osalta voidaan pohtia, onko korvausvastuuta lainkaan syytä asettaa. Toisaalta saattaa olla kyse lähes täysikäisistä nuorista, joiden toiminnan tarkoituksena on vahingon aiheuttaminen.

15 000 markkaa ja pysyvästä viasta ja haitasta 100 000 markkaa. Hovioikeus alensi korvaukset 9 000 markkaan ja 60 000 markkaan.

Korkein oikeus korotti kipu ja särky -korvauksen 15 000 markkaan sillä perusteella, että palovammoista oli aiheutunut paljon kipua ja särkyä. Korkeimmassa oikeudessa kaksi oikeusneuvosta jättivät asiassa eriävät mielipiteensä. ON Lehtimaja olisi korottanut korvausta pysyvästä viasta ja haitasta 100 000 markkaan. Hän perusteli kantaansa sillä, että palovammat olivat hyvin vaikeita ja niiden hoito oli lapsen tärkeässä kasvu- ja kehitysvaiheessa monin tavoin rajoittanut hänen mahdollisuuksiaan normaaliin elämään. Vammoista jäisi myös pysyviä toiminnanrajoituksia ja haittaa sisäelimille.[195]

Lehtimajan mielipide edustaa vahingonkärsijän korvausintressin painottamista. Perustelut ovat lapsioikeudellisen näkökulman mukaiset. Kun vahingonkärsijänä on ollut lapsi, hänen kärsimänsä vakava henkilövahinko on ollut argumentti alaikäisille vahingonaiheuttajille tuomittavan korvausmäärän pääsääntöisesti hyvinkin voimakasta kohtuullistamista vastaan.

Teon laadun on tarkoitus vaikuttaa korvausmäärään siten, että mitä selvemmin kyseessä on vahingoittamistarkoitus ja piittaamattomuus seurauksista, sitä suurempi osa vahingoista määrätään korvattavaksi.[196] Jos kyseessä on pitkään jatkunut koulukiusaus, kohtuullinen korvaus saattaa olla tällä perusteella melko suurikin osa aiheutuneen vahingon määrästä. Täyden korvauksen määrääminenkään ei ole poissuljettu, jos tuomioistuin harkitsee sen kohtuulliseksi.[197]

Varallisuusolojen arvioinnissa tuomioistuimen on otettava lähtökohdaksi osapuolten vahinkohetken varallisuus. Merkitystä voidaan tosin antaa myös varallisuusaseman todennäköiselle kehitykselle.[198] Jos vahingonaiheuttajalla on vastuuvakuutus, sen kattaman määrän rajoissa tuomittua vahingonkorvausta ei voi pitää kohtuuttomana.[199] Muina olosuhteina saattaa olla perusteltua ottaa huomioon muun muassa aiheutuneen vahingon laatu. Henkilövahinko, jonka seuraukset ovat pitkäaikaiset, puoltaa mahdollisimman täysimääräisen korvauksen tuomitsemista. Myös sille seikalle, että vahinkoa kärsinyt on lapsi, saattaa olla edellä mainituista syistä perusteltua antaa merkitystä.

---

[195] ON Lindholm olisi hylännyt kanteen kokonaisuudessaan ja piti bensiinin polttamista kyseisissä olosuhteissa seikkailunhaluisten poikien normaalina leikkinä. Lisäksi hänen mukaansa kyse oli tapaturmasta, koska palovammoihin johtanut toiminta oli mitä ilmeisimmin johtunut yllättävän tilanteen aiheuttamasta pelästyksestä.

[196] Aro, LM 1975 s. 808. Aro katsoo, että kun teon laatu on mainittu yhtenä korvausvastuun laajuuteen vaikuttavana tekijänä, lainlaatija on uskonut siihen, että vahingonkorvausvelvollisuudella voi olla preventiivistä vaikutusta myös lasten kohdalla.

[197] Korkein oikeus on harkinnut täyden korvauksen kohtuulliseksi muun muassa tapauksissa 1981 II 20 (17-vuotiaan törkeä varkaus) ja 1983 II 26 (15-vuotiaan ilmakiväärillä aiheuttama tahallinen vahinko).

[198] HE 187/1973 s. 14. Ks. myös Aro, LM 1975 s. 809 ja Wilhelmsson 1987 s. 104–105.

[199] HE 187/1973 s. 14.

VII HUOLTAJAN KORVAUSVASTUU

Alaikäisen lapsen vanhemmat ovat korvausvastuussa lapsensa aiheuttamasta vahingosta melko poikkeuksellisesti. Korvausvastuu perustuu tuottamukseen lasten kasvatuksessa ja valvonnassa. Korvausvelvollisuuden syntyminen edellyttää, että vanhemmat ovat toimineet huolimattomasti vanhemman tehtävässään. Kasvatustuottamuksesta voi olla kyse, jos huoltaja ei opeta lapselle normaaleja käytöstapoja.[200] Käytännössä kasvatustehtävän laiminlyönnin osoittaminen on vaikeaa.[201] Oikeuskäytännössä vanhemmille ei syntynyt vastuuta rikosvahingosta, jonka 14-vuotiaat pojat olivat aiheuttaneet nautittuaan olutta. Vanhempien ei näytetty tienneen teosta tai oluen nauttimisesta. Kasvatusvelvoitteiden laiminlyöntiä ei näin näytetty toteen (KKO 1976 II 1).

Kasvatus on pitkäjännitteistä toimintaa, joka tähtää tulevaisuuteen. Tavoitteena on kehittää lasta selviämään erilaisista tilanteista elämänsä aikana. Kasvatustehtävään kuuluu muun muassa velvollisuus tarkistaa, kuinka lapsi noudattaa vanhemmilta saamiaan ohjeita.[202] Valvonnalla pyritään siihen, ettei lapsi aiheuta vahinkoa ja ettei lapselle itselleen aiheudu vahinkoa.[203] Valvontavelvollisuuden aste vaihtelee lapsen iän mukaan ja velvollisuuden laiminlyönti lienee helpompi esittää, mitä nuoremmasta lapsesta on kysymys.

Kun kyse on koulukiusauksesta, valvontavastuu ei ole koulupäivän aikana vanhemmilla vaan koululla. Jos vanhempia informoidaan siitä, että heidän lapsensa kiusaa muita koulussa, vanhemmille syntyy kasvatusvelvollisuutensa puitteissa velvoite puuttua asiaan. Kun kyse on vanhemmista lapsista, valvon-

---

[200] Pöyhönen 1999 s. 202.

[201] Kämäräinen pitää kasvatuksen laiminlyöntiin perustuvaa tuottamusta itsenäisenä korvausperusteena. Kyseessä on kuitenkin huoltajan kasvatustuottamus. ”Huono kasvatustulos ei riitä. Tulos pitää olla luettavissa huoltajan syyksi huonon kasvatuksen tuloksena.” Kämäräinen 1972 s. 166.

[202] Huoltaja voi joutua korvausvastuuseen annettuaan epäsopivia ohjeita lapselleen. Ks. KKO 1981 II 170, jossa 9-vuotias poika oli lyönyt ja potkinut henkilöä, joka oli työntänyt pojan pois kaivurin luota, kun poika oli sormeillut konetta. Pojan isälle syntyi korvausvelvollisuus, kun hän oli sanonut pojalleen, että tämä saa lyödä heti takaisin, mikäli joku tarttuu tähän kiinni.

[203] Kämäräinen 1972 s. 119–121. Ratkaisussa KKO 1983 II 41 vanhemmat olivat laiminlyöneet 7-vuotiaan lapsensa valvonnan ja tämä oli päässyt käyttämään yksin tikkapeliä. Lapsen heittämä tikka oli osunut toista lasta silmään. Ratkaisussa KKO 1981 II 124 vanhemmat olivat laiminlyöneet varotoimet siitä huolimatta, että he tiesivät 16-vuotiaan poikansa tavasta ammuskella pienoiskiväärillä asutussa ympäristössä sattumanvaraisesti valitsemiinsa maaleihin. Ruotsissa Föräldrarbalken 6:2.2 sisältää vuonna 1993 voimaan tulleen säännöksen, jonka mukaan huoltaja on vastuussa lapsen valvonnasta ja siitä, ettei lapsi aiheuta vahinkoa muille. Ruotsissa on katsottu, että huoltajan vastuu on säännöksen perusteella tavanomaista tuottamusvastuuta ankarampaa. Säännöksellä on tavoiteltu preventiivistä vaikutusta. Hellner – Johansson 2002 s. 268–269.

nan ei tarvitse olla yhtä kattavaa kuin nuorempien lasten osalta. Jos vanhempien tietoon tulee erityinen tilanne, joka vaatii kasvatus- ja valvontatoimenpiteitä, heidän on täytettävä velvollisuutensa, vaikka kyse olisi lähellä täysikäisyyttä olevastakin lapsesta. Normaalia ankarampi velvollisuus valvoa lasta saattaa perustua esimerkiksi lapsen henkilökohtaisiin ominaisuuksiin tai hänen aikaisempaan käyttäytymiseensä.[204]

On huomattava, että jo lainsäädännön mukaan ensisijainen vastuu lapsen kasvatuksesta ja kehityksestä kuuluu huoltajille.[205] Vanhempien kasvatustehtävän laiminlyöntejä ei kuitenkaan ole tapana selvitellä oikeusteitse. Kasvatuksen ja valvonnan laiminlyöntejä on vaikea näyttää toteen. Riittävän kasvatuksen ja valvonnan sisällöstä ei myöskään ole yksimielisyyttä.[206] Liisa Nieminen on huomauttanut lasten oikeuksia käsitellessään kolmijaosta valtio, lapset, vanhemmat. Perusoikeuksien osalta on korostettu valtion ja kansalaisten välistä suhdetta ja pyritty turvaamaan valtiolta suojattu vapauspiiri. Nykyisin valtio nähdään myös toisenlaisessa roolissa. Valtiolta voidaan odottaa toimenpiteitä, jotka koituvat lasten hyväksi. Näin on kasvatusvastuuta jaettu vanhempien ja valtion kesken.[207] Koulun piirissä kasvattaminen on perinteisesti mielletty vanhempien yksityisasiaksi, johon yhteiskunnan – koulun kautta – ei tule eikä tarvitse puuttua. Sana kasvatus ei edes esiinny perusopetuslaissa.[208]

Koulukiusaamisen ennalta ehkäisy ja selvittely kuuluu sekä kodeille että koululle. Toistaiseksi ei ole kovin selvää, mitkä näiden osapuolten keskinäiset

---

[204] Kämäräinen 1972 s. 138–144. Ylempänä käsitellyssä ruotsalaisessa hovioikeusratkaisussa koulukiusaaja oli lapsi, jonka oli todettu tarvitsevan erityistä valvontaa. Lapselle oli koulun puolesta palkattu avustaja. Ratkaisun perusteella saa käsityksen, jonka mukaan avustajan palkkaamisella on ollut merkittävä vaikutus siihen, ettei kuntaa tuomittu korvausvastuuseen.

[205] Laissa lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (8.4.1983/361) todetaan (4 §), että huoltajan on turvattava lapsen kehitys ja hyvinvointi siten kuin huollon sisältöä määrittelevässä 1 §:ssä säädetään. Ks. myös lapsen oikeuksien sopimus, art. 18, 1-kohta.

[206] Pulkkinen 2003 s. 258 toteaa, että ”Vanhempien vastuukysymysten nostaminen esille on heikolla jäällä liikkumista. Valvonnan periaatteellisiin ja käytännöllisiin vaikeuksiin liittyvien kysymysten lisäksi vanhempien vastuun korostamista vältetään siksi, että on tullut muodikkaaksi puhua siitä, ettei vanhempia pitäisi syyllistää.” Pulkkinen katsoo, että pohjimmiltaan on kyse aikuisten itsekeskeisyydestä, toisaalta yhteiskunnan haluttomuudesta ottaa vastuuta vanhemmuuden tukemisesta.

[207] Niemisen mukaan uudesta asetelmasta saattaa syntyä syviä ristiriitoja. Nieminen 1990 s. 23. Schiratzki 2000 s. 21–23 pitää lapsioikeuden keskeisimpinä kysymyksinä sitä, miten vastuu lapsesta jaetaan vanhempien ja yhteiskunnan välillä.

[208] Pulkkinen 2003 s. 255. Pulkkinen huomauttaa, ettei Suomessa ole analysoitu sitä, miten yksityinen ja yhteiskunnallinen näkökulma kasvattamiseen voisivat täydentää toisiaan.

vastuusuhteet ovat. Saattaa olla, että tulevaisuudessa kouluihin kohdistuu yhä enemmän oppilaiden kokonaisvaltaiseen huolenpitoon kohdistuvia vaatimuksia.[209]

VIII LOPUKSI

Wilhelmsson korostaa pluralistista näkökulmaa vahingonkorvausoikeuteen. Kun oikeudelliseen kysymykseen liittyvä toimintaympäristö ja oikeussuhteen osapuolten erityispiirteet otetaan huomioon, on mahdollista tarkastella määrättyyn tilanteeseen liittyviä vahingonkorvausoikeudellisia kysymyksiä tähän tilanteeseen parhaiten soveltuvin välinein.[210] Pienissä hyvissä vastuustrategioissa voi nähdä yhteyden hyvinvointivaltiota koskevaan suureen kertomukseen.[211] Esimerkiksi kunnan vastuuta koulukiusausvahingoista saatetaan hahmottaa omana pienenä vastuukertomuksenaan. Toisaalta sitä voidaan pitää kirjoituksessa esille tuodulla tavalla osana suurempaa ”lapsioikeudellista kertomusta”, joka puolestaan muodostaa yhden lohkon perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä näkökulmasta oikeuteen.

Koulukiusauksesta voi aiheutua VahL:n perusteella korvattavaa vahinkoa. Korvausvastuuseen voivat joutua kiusausta harjoittanut oppilas, hänen vanhempansa, koulun opettaja tai kunta koulutoimen ylläpitäjänä. Koulukiusauksen juridisessa tarkastelussa joudutaan liikkumaan vahingonkorvausoikeuden lisäksi myös lapsioikeuden alueella. Molemmat oikeudenalat ovat tyypillisesti voimakkaita oikeuspoliittisia kannanottoja herättäviä.[212] Lapsen oikeuksien näkökulma vaatii paneutumista lapsen maailmaan, jossa emotioilla on keskeinen merkitys. Empaattisella otteella on mahdollista painottaa heikkojen ja syrjittyjen erityisiä suojantarpeita.[213]

---

[209] Opetushallituksen entinen pääjohtaja Jukka Sarjala pitää todennäköisenä, että ”koulujen toimialaa vaaditaan laajennettavaksi nykyisestään siten, että koulun huolenpito lapsista ulottuisi myös varsinaisten oppituntien ulkopuoliseen aikaan.” Hän huomauttaa, että koulut tarvitsevat uusien tehtäviensä tueksi moniammatillista henkilökuntaa. Sarjala 2003 s. 267. Esimerkiksi suunnitellut ns. kokopäiväkoulut, joissa koululainen jää varsinaisen opetuksen jälkeen iltapäiväksi koulun tiloihin, korostavat turvallisuusvelvoitteen merkitystä.

[210] Wilhelmsson 2001 s. 250 ja 258.

[211] Andersson 2003 s. 14.

[212] Andersson suhtautuu varauksellisesti lapsioikeuden ja vahingonkorvausoikeuden yhdistelmään:, ”Och om vi kombinerar skadeståndsrätten och barnrätten bör vi troligen följa en korrekt, rak väg som utan besvärande juridiska hinder kan tillerkänna drabbade barn ersättning – och antagligen förhindra att skadegörande barn blir ersättningsskyldiga.” Andersson 2003 s. 3.

[213] ”There are few better ways of judging a society than seeing how it treats its weakest and most disadvantaged members.” Michael Freeman, CLP 2000 s. 558. Hirvelä 1997 s. 16 huomauttaa

Kirjoituksessa puolletaan lapsioikeudellisen näkökulman omaksumista koulukiusausvahinkojen korvaamiseen. Lähtökohta korostaa lapsen perus- ja ihmisoikeuksien asianmukaista huomioon ottamista vahingonkorvausoikeudessa. Lapsi vahingonkärsijänä poikkeaa täysi-ikäisestä vahingon uhrista. Lapsen oikeuksien sopimuksen sisältämät velvoitteet, jotka korostavat lapsen oikeutta erityiseen suojeluun ja huolenpitoon, on otettava asianmukaisesti huomioon kaikissa tilanteissa, joissa asianosaisena on lapsi.

Kiusausvahingosta seuraavan korvausvastuun edellytysten täyttymistä on tarkasteltu erityisesti opetustoimesta vastaavan kunnan osalta. Vaikka kunnan vastuu kiusausvahingoista ei olekaan ankaraa, siinä on piirteitä tavanomaista tuottamusvastuuta tiukemmista huolellisuusvelvoitteista. Opetustoimeen kohdistuvia erityisiä huolellisuusvaatimuksia voidaan perustella perustuslain tasolla säädetyllä oikeudella opetukseen (PL 16) ja oikeudella henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja turvallisuuteen (PL 7 §). Lisäksi koululaisella on perusopetuslain 29 §:n perusteella oikeus turvalliseen oppimisympäristöön. Myös perusopetuslain 7 §:ssä säädetty oppivelvollisuus on argumentti tiukan turvallisuusvelvollisuuden puolesta.

Koulukiusauksesta tuomittavalla vahingonkorvauksella on paitsi reparatiivista merkitystä, myös tavanomaista enemmän symboliarvoa. Kiusatun näkökulmasta rahallinen hyvitys koulukiusausvahingosta on tuskin riittävä kompensoimaan hänelle aiheutunutta vahinkoa. Jos siihen katsotaan sisältyvän symbolinen hyvitys kiusattuun kohdistetusta vääryydestä, osapuolille ja yhteiskunnalle välittyy sanoma siitä, että virheen tehneen on hyvitettävä virheensä kiusatulle.[214] Vahingonkorvaus saatetaan nähdä jopa rangaistuksenluonteisena vääränä pidetystä teosta, jota ei kuitenkaan joko ole säädetty rikosoikeudellisesti rangaistavaksi tai vaateen menestyminen rikosprosessissa olisi heikko.[215] Kunnan korvausvastuulla voi olla preventiivistä vaikutusta, jos tietoisuus korvausvastuusta painostaa koulut huolehtimaan asianmukaisesti koulukiusauksen ehkäi-

---

lapsiin kohdistuvien rikosjuttujen emotionaalisuudesta toteaa varoituksenomaisesti: ”Tapausten kanssa tekemisiin joutuvan on tarpeellista tiedostaa omia tunteitaan ja niihin liittyviä psykologisia lainalaisuuksia, koska muutoin tunteet voivat heijastua hallitsemattomina päätöksiin.” Wilhelmsson 2001 s. 349 puolestaan katsoo, että kun tuomarin ja tutkijan tunteille annetaan lisää tilaa, heidän henkilökohtainen vastuunsa kontrolloida tunteitaan kasvaa. Wilhelmsson painottaa empaattisuuden merkityksen tunnustamista mahdollisuutena kehittää solidaarinen oikeudellinen starategia, jonka varassa voidaan rakentaa pieniä hyviä kertomuksia oikeuden mahdollisuuksista.

[214] Harpwood 2000 s. 12.

[215] Harlow 1997 s. 58. Takala 1998 s. 92 huomauttaa, että kansalaisten keskuudessa aineettomista vahingoista määrätyt korvaukset samaistetaan usein rangaistukseen.

semisestä ja kiusaustapausten tehokkaasta selvittämisestä.[216]

Koulumaailmaa voidaan pitää esimerkkinä toimintaympäristöstä, jossa yhteiskunnan käsitys lapsen edusta kohtaa vanhempien näkemyksen lapsensa parhaasta.[217] Koulukiusaukseen suhtautumisen osalta ongelmia aiheuttaa vastuun jakautuminen koululaitoksen ja perheen kesken. Pääpaino koulukiusaamisen estämisessä kouluaikana on lainsäädännön perusteella selkeästi kouluilla. Tutkimustiedon mukaan koulukiusaamista on mahdollista vähentää varsin nopeasti. Tähän tavoitteeseen pyrkimisessä kouluyhteisön normeilla, ilmapiirillä ja toimintatavoilla on keskeinen merkitys. Erityisen tärkeää on antaa selkeä signaali siitä, ettei väkivaltaa ja kiusausta hyväksytä.[218]

Tuomioistuinprosessit kiinnostavat kansalaisia ja tiedotusvälineet käsittelevät niitä entistä aktiivisemmin. Vaikka oikeudenkäyntiä koulukiusausasiassa tuskin voidaan pitää tavoiteltavana tapana ratkaista konflikti, se saattaa havahduttaa huomaamaan, miten vakava ongelma koulukiusaaminen on.[219] Suomessa julkinen oikeuspoliittinen keskustelu ei perinteisesti ole ollut kovinkaan vilkasta. Koulukiusausta koskeva oikeusprosessi voi herättää keskustelua opettajien ja vanhempien roolista, alaikäisten vastuusta ja julkishallinnolta vaadittavasta toiminnasta.[220]

Juha Pöyhönen kiteyttää vahingonkorvausoikeuden osuvasti ”sellaiseksi huolenpidoksi, jonka yhteiskunta on velkaa jäsenilleen”.[221] Lapsen näkökulmasta kyse on lopulta siitä, kuinka vakavasti hänelle aiheutuviin vahinkoihin suhtaudutaan. Lapset ja lasten oikeudet tarvitsevat erityistä suojelua, mikä saa ja sen pitää näkyä myös vahingonkorvausoikeudessa. Tänä päivänä lapsia kos-

---

[216] Vaikka Ruotsin tunnetuin koulukiusausprosessi päättyi kanteen hylkäämiseen, korkeimman oikeuden päätöstä pidettiin Ruotsin Kuntaliitossakin osoituksena siitä, että kunnat voivat joutua vastuuseen koulukiusauksella aiheutetusta vahingosta, mikäli ne eivät ole toimineet riittävän aktiivisesti kiusauksen poistamiseksi. Prosessin käytännön seurauksista ks. Schultz, JT 2001–2002, Andersson 2003 ja Bennström, NFT 2003.

[217] Schiratzki 2000 s. 156.

[218] Tikkanen 1997 s. 26. Schultz, JT 2001–2002 s. 927–928 pitää kiusausvahinkojen ennalta ehkäisemistä tärkeänä oikeusjärjestyksen tavoitteena. Hän perustelee näkemystään oikeudenmukaisuusargumentilla.

[219] Wilhelmsson 2001 s. 346 näkee vahingonkorvausprosessin mahdollisuutena suorittaa moraalinen arvio toiminnasta, josta on seurannut paljon kärsimystä.

[220] Esimerkkinä julkisesta keskustelusta voidaan mainita kansanedustaja Jouni Lehtimäen 119 muun edustajan tukemana tekemä lakialoite keväällä 2001. Aloitteen mukaan kiusaaminen oli tarkoitus saada rikoslakiin. Ehdotuksen mukaan rikoslain 21. lukuun olisi lisätty seuraavansisältöinen pykälä: ”Joka tahallaan aiheuttaa toiselle fyysistä tai psyykkistä kipua koulussa tai työpaikalla, on tuomittava koulu- tai työpaikkakiusaamisesta sakkoon, jollei teosta ole muualla laissa säädetty ankarampaa rangaistusta.” Aloitteeseen sisältyvä ongelmallinen esitys rikosvastuun alaikärajan poistamisesta esti todennäköisesti asian etenemisen.

[221] Pöyhönen, OT 1999 s. 321.

kevilta oikeudellisilta ratkaisuilta voidaan edellyttää todellista lapsen oikeuksien näkökulmaa, jonka mukaan lapsi otetaan huomioon toisaalta muiden yhteiskunnan jäsenten kanssa tasa-arvoisena yksilönä, toisaalta erityistä huolenpitoa ja suojelua tarvitsevana henkilönä. Kyse on lapselle kuuluvista perus- ja ihmisoikeuksista.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aarnio, Aulis. Lapsilainsäädännön tausta. Teoksessa Mattila, Heikki (toim.) Lapsioikeuden pääpiirteet. Jyväskylä 1981.

Alston, Philip. Reconciliation of Culture and Human Rights. Teoksessa Alston, Philip (ed.). The Best Interest of the Child. Oxford 1994 s. 1–25.

Andersson, Håkan. Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början. Mobbningsproblemet som exempel (artikkelikäsikirjoitus 2003).

Aro, Pirkko-Liisa. Lapsen vahingonkorvausvastuusta. Lakimies 1975 s. 799–811.

Arti, Armas. Vahingonkorvauslaki. 3. painos. Hämeenlinna 1981.

Banakas, Stathis. European Tort Law: is it Possible? European Review of Public Law 2002 s. 363–375.

Barton, Chris – Douglas, Gillian. Law and Parenthood. London 1995.

Bengtsson, Bertil. Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen. Stockholm 1996.

Bengtsson, Bertil. Skadestånd vid myndighetsutövning I. Lund 1976.

Bennström, Tove. Mobbning ur ett culpaperspektiv – vad kan rimpligen begäras av skolhuvudmannen? Nordisk Försäkringstidskrift 2003 s. 43–50.

Cane, Peter. Responsibility in Law and Morality. Oxford 2002.

Committee on the Rights of the Child. 32. session, 13–31 January 2003. General comment No. 2 (2002) The role of independent national human rights institutions in the promotion and protection of the rights of the child. CRC/GC/2002/2.

Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1998.

Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1999.

Englard, Izhak. The Philosophy of Tort Law. Oxford 1993.

Ervasti, Kaijus. Rikosperusteisen vahingon korvaaminen. Tutkimus vahingonkorvauksen toteutumisesta Helsingin raastuvanoikeuden varkaustuomioissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 122. Helsinki 1994.

Fairgrieve, Duncan. Pushing back the Boundaries of Public Authority Liability:

Tort Law Enters the Classroom. Public Law, Summer 2002 s. 288–308.
Freeman, Michael. The End of the Century of the Child? Current Legal Problems 2000, vol 53 s. 505–558.
Gras, Jutta. Monitoring the Convention on the Rights of the Child. Helsinki 2001.
Hagstrom, Viggo. Offentligrettslig erstatningsansvar. Studier I spesiell og alminnelig erstatningsrett. Otta 1987.
Hakalehto-Wainio, Suvianna. Vastaako valtio? Ajatuksia julkisen vallan käyttäjän korvausvastuusta. Teoksessa Wilhelmsson ym., Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta. Jyväskylä 2000 s. 265–303.
Harjunkoski, Sirpa-Maija – Harjunkoski, Reino. Kiusanhenki lapsen kengissä. Koulukiusaaminen – haaste kasvattajalle. Juva 1994.
Harpwood, Vivienne. Principles of Tort Law. 4th ed. London 2000.
HE 187/1973 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi.
HE 54/1986 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle potilasvahinkolaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
Harlow, Carol. Understanding Tort Law. Glasgow 1995.
Hellner, Jan – Johansson, Svante. Skadeståndsrätt. 7. upplagen. Stockholm 2002.
Hemmo, Mika. Sopimus vai delikti? Helsinki 1998.
Hemmo, Mika. Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa. Siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1994.
Hemmo, Mika. Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus. Vammala 1996.
Hemmo, Mika. Vahingonkorvausoikeuden oppikirja. Vantaa 2002.
Hirvelä, Päivi. Lapsi rikosprosessissa. Erityisesti insestin todistamisen ongelmat. Porvoo 1997.
Häyhä, Juha. Ankara vastuu ja vahingonkorvausoikeuden järjestelmä. Oikeustiede-Jurisprudentia 1999 s. 81–149.
Jonkka, Jaakko. Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Vammala 1991.
Klami, Hannu Tapani. Todistusharkinnasta riita-asioissa. Defensor Legis 1992 s. 573–586.
Klami, Hannu Tapani – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna. Todistusharkinta ja todistustaakka. Johdatus todistusoikeuden perusteisiin. Mänttä 1987.
Kleineman, Jan. Den offentliga rättssubjektens skadeståndsansvar – offentligrättslig reglering med privaträttslig metod. Juridisk Tidskrift 1991–1992 s. 63–97.
Kulla, Heikki. Hallintomenettelyn perusteet. 4. uudistettu painos. Helsinki 1999.

Kurki-Suonio, Kirsti. Äidin hoivasta yhteishuoltoon: lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat. Oikeusvertaileva tutkimus. Helsinki 1999.

Kurki-Suonio, Kirsti. Lapsen etu. Teoksessa Encyclopedia Iuridica Fennica. Kolmas osa. Perhe-, työ- ja sosiaalioikeus. Helsinki 1996 s. 262–266. (EIF III 1996)

Kurki-Suonio, Kirsti. Lapsioikeus. Teoksessa Encyclopedia Iuridica Fennica. Kolmas osa. Perhe-, työ- ja sosiaalioikeus. Helsinki 1996 s. 281–293. (EIF III 1996)

Kukkonen, Pentti. Vahingonkorvaus virassa aiheutetusta vahingosta. Siviilioikeudellinen tutkimus virassa aiheutetun vahingon korvaamisesta vahingonkorvauslain mukaan. Jyväskylä 1996.

Kämäräinen, Mikko. Huoltajan tuottamusperusteinen korvausvastuu. Vammala 1972.

Lahtinen, Matti – Lankinen, Timo – Penttilä, Antero – Sulonen, Arto. Koulutuksen lainsäädäntö käytännössä. Pieksämäki 2001.

Lapsen oikeuksien sopimus. Suomen toinen määräaikaisraportti. Ulkoasiainministeriön julkaisuja. Helsinki 1998.

Lavapuro, Juha. Miksi perustuslaille ei pitäisi antaa etusijaa? Teoksessa Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka (toim.). Perusoikeuspuheenvuoroja. Turku 1998 s. 85–102.

Lehtimaja, Lauri. Eduskunnan oikeusasiamies perus- ja ihmisoikeuksien valvojana. Lakimies 1999 s. 897–907.

Länsineva, Pekka. Perusoikeudet – nyt. Teoksessa Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka (toim.). Perusoikeuspuheenvuoroja. Turku 1998 s. 103–119.

Mahkonen, Sami. Lapsen oikeudellinen asema. Teoksessa Sinkkonen, Jari (toim.). Pesästä lentoon. Vantaa 2003 s. 136–152.

Mahkonen, Sami. Lapsen oikeuksien sopimus ja sen merkitys Suomessa. Lakimies 1990 s. 41–58.

Mason, Sir Anthony. Human Rights and the Law of Torts. Teoksessa Peter Cane – Jane Stapleton (eds.), The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming. Oxford 1998 s. 13–34.

McGlynn, Clare. Rights for Children? The Potential Impact of the European Union Charter of Fundamental Rights. European Public Law, Volume 8, Sept. 2000 s. 387–400.

Molander, Helena. A Child Against the State: Tasks of the Children´s Ombudsman. Teoksessa Verhellen, E. (ed.). Monitoring Children´s Rights. Kluwer 1996 s. 575–586.

Nieminen, Liisa. Lasten perusoikeudet. Helsinki 1990.

Nieminen, Liisa. Mänskliga rättigheter och omhändertagande av barn i Finland. Retfard 2003 s. 23–40.

Nuutila, Ari-Matti. Rangaistuksella uhkaaminen ja rangaistukseen tuomitseminen perusoikeuksien valossa. Teoksessa Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka (toim.). Perusoikeuspuheenvuoroja. Turku 1998 s. 165–178.
Oulasmaa, Petri. Lapsen edun arvioimisesta. Oikeustiede-Jurisprudentia 1992 s. 215–274.
Oulasmaa, Petri. Lapsen etu oikeudellisena käsitteenä. Teoksessa Törrönen, Marita (toim.). Lapsen etu ja viidakon laki. Lastensuojelun keskusliiton julkaisuja 94. Helsinki 1994 s. 106–125.
Paaso, Ilpo. Vahingonkorvausvastuun normiperusta lääkärintoimessa. Tutkimus erityisesti julkisen vallankäytön vahingonkorvausvastuuta sääntelevien säännösten sovellettavuudesta lääkärintoimesta aiheutuviin vahinkoihin. Vammala 1992 .
Parker, Stephen. The Best Interests of the Child – Principles and Problems. Teoksessa Alston, Philip (ed.). The Best Interest of the Child. Oxford 1994 s. 26–41
Pellonpää, Matti. Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki 2000.
Pellonpää, Matti. Henkilökohtainen koskemattomuus (PL 7 §). Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeudet. Juva 1999 s. s. 263–282.
Penttilä, Eeva. Turvallinen koulu. Juva 1994.
Pulkkinen, Lea. Kasvatus yksityisenä ja yhteiskunnallisena tehtävänä. Teoksessa Kolbe, Laura – Järvinen, Katriina (toim.). Onks ketään kotona? Pieksämäki 2002 s. 250–268.
Pöyhönen, Juha. Korvausmallit vahingonkorvausoikeudessa. Oikeustiede-Jurisprudentia 1999 s. 297–367.
Pöyhönen, Juha. Uusi varallisuusoikeus. Jyväskylä 2000.
Pöyhönen, Juha. Vahingonkorvauksen perusteet. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.). Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään. Nide 1. Yksityisoikeus. Jyväskylä 1999.
Pöyhönen, Juha – Korhonen, Petteri. Kolmannelle aiheutuneiden vahinkojen korvaaminen osana vahingonkorvausoikeuden yleisiä oppeja. Oikeustiede-Jurisprudentia 1996 s. 208–291.
Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli. Suomen vahingonkorvausoikeus. 4. painos. Jyväskylä 2000.
Ryynänen, Aimo. Kansalaisen asema kunnassa. Defensor Legis 1999 s. 703–711.
Saarenpää, Ahti. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.). Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään. Nide 1. Yksityisoikeus. Jyväskylä 1999.
Salmivalli, Christina. Koulukiusaaminen ryhmäilmiönä. Tampere 1998.
Salmivalli, Christina. Koulukiusaamiseen puuttuminen. Kohti tehokkaita toimintamalleja. Juva 2003.
Sarjala, Jukka. Kasvatuksen vaikea oppi. Teoksessa Sinkkonen, Jari (toim.).

Pesästä lentoon. Vantaa 2003 s. 257–268.
Saxén, Hans. Skadeståndsrätt. Ekenäs 1975.
Scheinin, Martin. Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Jyväskylä 1991.
Scheinin, Martin. Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeudet. Juva 1999 s. 187–204.
Scheinin, Martin. Yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto (PL 6 §). Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeudet. Juva 1999 s. 231–262.
Schiratzki, Johanna. Vårnad och vårnadstvister. Norstedts Juridik 1997.
Schiratzki, Johanna. Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – en rättsvetenskaplig undersökining. Stockholm 2000.
Schirazki, Johanna. Barnrättens grunder. Lund 2002 .
Schultz, Mårten. Om skadestånd vid mobbning. Juridisk Tidskrift 2001–2002 s. 912–928.
Selvitys vahingonkorvauslain uudistamistarpeesta. Oikeusministeriö 1998 (Oikeusministeriön selvitys 1998)
Selvitys vahingonkorvauslain uudistamistarpeesta. Tiivistelmä lausunnoista. Oikeusministeriö 1999 (Oikeusministeriön selvitys. Tiivistelmä lausunnoista 1999).
Sisula-Tulokas, Lena. Sveda, värk och annat lidande. Saarijärvi 1995.
Skovgaard, Henning. Offentlige myndigheders erstatningsansvar. Kööpenhamina 1983.
SOU 1993:55. Det allmännas skadeståndsansvar. Betänkande av Kommittén för översyn av det allmännas skadeståndsansvar.
Ståhlberg, Pauli. Ydinvastuusta. Vammala 1993.
Takala, Jukka-Pekka. Moraalitunteet rikosten sovittelussa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 151. Helsinki 1998.
Terveellisen ja turvallisen opiskeluympäristön laadun arvioinnin perusteet perusopetusta varten. Opetusministeriön julkaisuja 27/2002 (Opetusministeriön julkaisuja 27/2002).
Tikkanen,Tuomo. Kiusaaminen ja normi-ilmasto: Intervention vaikutus Helsingin peruskouluissa. Lisensiaatintutkimus. Jyväskylän yliopisto, psykologian laitos 1997.
Tuori, Kaarlo. Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeudet. Juva 1999 s. 667–674.
Turvatyöryhmän muistio. Opetusministeriön julkaisuja 20/2000 (Opetusministeriön julkaisuja 20/2002).

Wilhelmsson, Thomas. Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik. Helsinki 2001.
Wilhelmsson, Thomas. Systeemien hajoaminen ja pienet kertomukset. Teoksessa Wilhelmsson, Thomas ym. Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta. Vantaa 2000 s. 337–349.
Wilhelmsson, Thomas. Syyllisyys vahingonkorvausoikeudessa – ”tuottamusperiaatteen nousu ja tuho”. Oikeus 1986 s. 112–118.
Wilhelmsson, Thomas. Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta. Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937 14/5 1997. Helsinki 1997 s. 357–374.
Viljanen, Veli-Pekka. Perustuslaki ja laintulkinta. Lakimies 1990 s. 203–236.
Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeuksien rajoittaminen. Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka. Perusoikeudet. Juva 1999 s. 157–186.
Wright, Jane. Local Authorities, the Duty of Care and the European Convention on Human Rights. Oxford Journal of Legal Studies 1998 s. 1–28.
YK:n lapsen oikeuksien komitean viimeisimmät Suomea käsittelevät päätelmät ja suositukset. 16.10.1000. CRC/C/15/Add. 132.

OIKEUSTAPAUSLUETTELO

Korkeimman oikeuden ratkaisut

KKO 1928 II 312
KKO 1937 II 484
KKO 1976 II 1
KKO 1981 II 20
KKO 1981 II 124
KKO 1982 II 26
KKO 1983 II 26
KKO 1983 II 41
KKO 1984 II 93
KKO 1991:73
KKO 1992:180
KKO 1993:55
KKO 1993:95
KKO 2001:7
KKO 2002:56
KKO 2002:83

Hovioikeuden ratkaisut

Turun HO S 99/2345, 1.3.2001

Eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisut

AOA 31.12.1998, 1416/4/98
EOA 13.3.2002, 544/4/01

Ruotsalaiset ratkaisut

NJA 2001 s. 755
Svea Hovrätt, adv 13, dom 2001-02-15 DT 11 i mål FT 8116–99

LYHENTEET

AOA	Eduskunnan apulaisoikeusasiamies
art.	Artikla
CLP	Current Legal Problems
DL	Defensor Legis
EIF	Encyclopaedia Iuridica Fennica
EIS	Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus (18.5.1990/439)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EOA	Eduskunnan oikeusasiamies
EPL	European Public Law
ERPL	European Review of Public law
EU	Euroopan Unioni
EY	Euroopan Yhteisöt
HD	Högsta Domstolen (Ruotsi)
HE	Hallituksen esitys
HO	Hovioikeus
JJ	Juhlajulkaisu
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KKO	Korkein oikeus
KM	Komiteanmietintö
kurs.	Kursivointi

LM	Lakimies
NFT	Nordisk försäkringstidskrift
NJA	Nytt Juridisk Arkiv (Ruotsi)
OT	Oikeustiede–Jurisprudentia-vuosikirja
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OK	Oikeudenkäymiskaari
PeVL	Perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	Perustuslakivaliokunnan mietintö
PL	Suomen perustuslaki (11.6.1999/731)
PotVL	Potilasvahinkolaki (25.7.1986/585)
Prop	Regeringens proposition (Ruotsi)
SkL	Skadeståndslag (2.6.1972, Ruotsi)
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
VahL	Vahingonkorvauslaki (31.5.1974/412)
YK	Yhdistyneet Kansakunnat

Suvianna Hakalehto-Wainio

ON TORT LIABILITY IN BULLYING AT SCHOOL

Bullying at school takes many forms. It can be described as persistent, conscious physical or psychological violence inflicted by one or more children upon one victim at school. The typical harm caused by bullying is psychological and personal injury. This article is an examination of the requirements of tort liability when a child suffers harm because he or she is bullied at school. It is the civic authority responsible for the school, the bullies, or the parents of the bullies that can be held legally responsible for the harm caused by bullying. Actions in tort are mainly initiated against the civic authority. The main emphasis of this article is upon the liability of the civic authority.

The point of view of the article is the legal position and rights of the child. The right to basic education free of charge (section 16), and the right to life, personal liberty and integrity (section 7) of the Constitution of Finland are mentioned in particular as the constitutional safeguards of the bullied child. In addition, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (Art. 3) can be regarded as protecting the child from violence of any kind. Article 3(1) of the UN Convention on the Rights of the Child provides that in all actions regarding children undertaken by public authorities, the best interests of the child shall be a primary consideration.

It is suggested in this article that in a situation where the tort victim is a child, the special features of the situation should be taken into consideration when dealing with the requirements of liability. The principles safeguarding a child – best interest principle, equality principle and the principle of special protection and provision – are also to be taken into account.

The definition of "injury" can be seen as a flexible concept. The emotions and the special psychological nature of the child should be taken into account when discussing whether the harm suffered can be compensated under the Tort Act. Serious grounds can be presented in order to compel a tortfeasor to compensate personal psychological injury and mental suffering when the victim of the tort is a child.

The civic authority's failure to comply with the required standard of care is evaluated in the light of section 29 of the Basic Education Act, which guarantees pupils the right to a physically and psychologically safe environment at school. In court practice schools have been held responsible for damage caused by bullying in cases where the pupil has not been protected by the school against bullying. When the tortfeasor – for example, school

authorities – use public authority, tort liability will arise only if reasonable requirements for the performance of the act or task, taking into account its nature and purpose, have not been complied with (Tort Act 3:2). This section can be seen to be in conflict with the basic rights and liberties of the tort victim, especially when the harm suffered is personal in nature.

In Finnish court practice the area of special duty of care can be taken into account. It relates to situations where the defendant is responsible for the safety of the plaintiff and when it is for the actor to decide about the safety standards. The compulsory nature of basic education is also an argument for increasing the scope of the liability of schools for bullying. A special standard of care can be expected from schools because of the nature of school work and the special needs of children. It must be taken into consideration that the victim of bullying is a child. Schools have a special responsibility to take bullying allegations seriously. The rights of children needs special protection also in the field of tort law. It is suggested that the "child approach" should be adopted when the tort victim is a child.

Henrikki Harsu

KOTIMAISEN LIIKETOIMINNAN ARVOPAPERISTAMINEN

Sisällys

1. JOHDANTO 139
   1.1. Arvopaperistaminen rahoitusmuotona 139
   1.2. Tutkimuskohteet, käytettävät tutkimusmetodit sekä tutkimuksen rakenne 141

2. ARVOPAPERISTAMISSTRUKTUURIEN ESITTELY 144
   2.1. Arvopaperistamistransaktion motiivit ja tavoitteet 144
   2.2. Saatavakannan arvopaperistaminen 147
   2.3. Liiketoiminnan arvopaperistaminen 155

3. LIIKETOIMINNAN ARVOPAPERISTAMINEN SUOMESSA 161
   3.1. Tutkimuksen kohteina olevat transaktiorakenteet 161
   3.2. Suomalaiset erillisyhtiöt 168
      3.2.1. Erillisyhtiön tehtävä liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa 168
      3.2.2. Sijoitusrahasto 169
      3.2.3. Henkilöyhtiö 172
      3.2.4. Osakeyhtiö 173
   3.3. Erillisyhtiöiden omistajat 177
   3.4. Transaktion muut osapuolet 182

4. KASSAVIRTOJEN SIIRTÄMINEN JA VAKUUSKOKONAISUUS 187
   4.1. Liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen siirtäminen erillisyhtiölle 187
   4.2. Vakuudenantajatahot 192
   4.3. Kattavan vakuuskokonaisuuden rakentaminen 198
   4.4. Liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen panttaaminen 200
      4.4.1. Yleistä saatavan panttaamisesta 200
      4.4.2. Ansaintaperiaate ja saatavan panttikelpoisuus 202
      4.4.3. Liiketoiminnan tulevaisuudessa tuottamien kassavirtojen panttaaminen 208
   4.5. Ulkopuolinen luottotuki ja riskinhallinta kovenanteilla 211

5. LIIKETOIMINTAA HARJOITTAVAN YHTIÖN INSOLVENSSI 219
5.1. Englannin Insolvency Act ja liiketoiminnan uudelleenjärjestely 219
5.2. Insolvenssilainsäädäntö ja liiketoiminnan jatkaminen 222
5.3. Liiketoiminnan jatkumisen turvaaminen konkurssitilanteessa 227

6. TRANSAKTION ARVOPAPERIMARKKINA-OIKEUDELLINEN ARVIOINTI 235
6.1. Joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskutavat Suomessa 235
6.2. Joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuus 238

7. KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA 244
7.1. Tutkimustuloksista 244
7.2. Tornator Finance p.l.c. – Ensimmäinen kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktio 246

LÄHTEET 248

WHOLE BUSINESS SECURITISATION IN FINLAND 257

Kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistaminen

1. JOHDANTO

1.1. Arvopaperistaminen rahoitusmuotona

Rahoitusmarkkinoiden kehitys on viime vuosikymmenten aikana ollut nopeaa ja muutostahti on pääomaliikkeiden vapautuessa kiihtynyt. Yksi merkittävimmistä innovaatioista rahoitusjärjestelyjen alalla on ollut saatavien arvopaperistaminen (securitisation). Se on luontevaa jatkoa sille kansainväliselle kehitykselle, jolla saatavien ja laajemmin muidenkin omaisuuserien varallisuusarvoa on pyritty hyödyntämään ja saattamaan jälkimarkkinoiden avulla vaihdannan kohteeksi.[1]

Arvopaperistaminen rahoitusmuotona kehittyi Yhdysvalloissa, jossa pyrittiin 1970-luvun alussa lisäämään kiinnitysvakuudellisten asuntolainojen likviditeettiä luomalla niille jälkimarkkinat.[2] Asuntolainojen arvopaperistamisessa käytetyn tekniikan osoittauduttua käyttökelpoiseksi välineeksi saatavien varallisuusarvojen hyödyntämisessä laajeni arvopaperistaminen myös muiden omaisuuserien muuntamiseen jälkimarkkinakelpoisiksi instrumenteiksi.[3]

Yhdysvalloissa kehitetty arvopaperistamismalli soveltuu ennalta yksilöidyn saatavan tai saatavakannan uudelleenrahoittamiseen.[4] Viime vuosina on toteutettu lukuisia järjestelyitä, joissa sanotunlaisten ennalta yksilöityjen saatavien sijaan on arvopaperistettu yksittäisen yrityksen omistaman liiketoiminnan tulevaisuudessa tuottamat kassavirrat.[5] Tällaista järjestelyä voidaan

---

1 *Tepora* (a) 1995 s. 1233.

2 *Ranieri* 1996 s. 31.

3 Arvopaperistamiskohteiksi soveltuvia omaisuuseriä ovat muun muassa myynti-, leasing- ja luottokorttisaamiset. *Månsson* 1995 (b) s. 24.

4 *Månsson* 1995 (a) s. 14.

5 Tämän tutkimuksen kohteena olevaa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiorakennetta käytettiin ensimmäisen kerran vuonna 1997, jolloin Welcome Break -huoltoasemaketjun omistama liiketoiminta arvopaperistettiin. Tähän mennessä tehdyistä järjestelyistä esimerkkeinä voidaan mainita Formula One Finance BV:n liikkeeseenlaskema 1,4 miljardin dollarin joukkovelkakirja-

kutsua ”liiketoiminnan arvopaperistamiseksi”.[6]

Voitaneen perustellusti ennustaa, että perinteisestä arvopaperistamismallista poikkeava yrityksen liiketoiminnan arvopaperistaminen tulee kasvattamaan suosiotaan yritysten vaihtoehtoisena rahoituskeinona. Uudenlainen arvopaperistamismalli on kiinnostava rahoitusvaihtoehto yrityksille, jotka pyrkivät hankkimaan rahoitusta suoraan rahoitusmarkkinoilta mutta joilla ei ole edellytyksiä perinteiseen arvopaperistamiseen myyntikelpoisen saatavakannan puuttumisen vuoksi.[7]

Tähän mennessä Euroopassa tehdyt liiketoiminnan arvopaperistamiset on tyypillisesti rakennettu Englannin oikeusjärjestelmän pohjalle. Näin on menetelty lähinnä siksi, että Englannin insolvenssioikeudellinen järjestelmä on velkojatahon intressien kannalta varsin joustava ja siten edullinen pitkälle strukturoitujen järjestelyjen toteuttamiselle.[8]

Yhdysvalloissa syntynyttä perinteistä arvopaperistamismallia on käytetty laajasti myös muiden kuin yhdysvaltalaisten yritysten saatavien arvopaperistamisessa. On oletettavaa, että myös liiketoiminnan arvopaperistamisjärjestelyitä toteutetaan transaktiomallin syntymämaan ulkopuolella. Pidemmälle vietynä transaktio voidaan pyrkiä toteuttamaan siten, että järjestelyyn sovelletaan pelkästään liiketoiminnan kotimaan oikeusjärjestystä ja sen tarjoamia oikeudellisia välineitä. Tämä synnyttää mielenkiintoisia ongelmia muun muassa anglosaksisen common law -järjestelmän ja mannereurooppalaisen oikeusjärjestelmän eroavaisuuksien vuoksi sekä osaltaan myös siksi, että liiketoiminnan arvopaperistaminen on Englannissakin – jossa lainsäädäntö luo transaktiolle erittäin hyvät edellytykset – rakenteellisesti monimutkainen järjestely.

---

laina, jossa arvopaperistettiin rata-autoilusarjan tuottamat lisenssitulot, sekä Tussaud Group’in 230 miljoonan punnan joukkovelkakirjalaina, jossa arvopaperistamisen kohteena olivat yrityksen tulevaisuudessa saamat tuote- ja lipunmyyntitulot. *Hay* 2002 s. 17 sekä *Xin* 2000 (b) s. 324.

6 Järjestelyä on kutsuttu anglosaksisella kielialueella niin nimellä ”whole business securitisation” kuin myös nimellä ”whole company securitisation”. Terminologian vakiintumattomuutta kuvaa se, että Yhdysvalloissa vastaavanlaista transaktiota kutsutaan myös nimellä ”operating company securitization”, joka itse asiassa kuvaa transaktion luonnetta paremmin kuin kaksi edellä mainittua nimeä. Erotukseksi perinteisestä (traditional) yksilöityjen saatavien arvopaperistamisesta voidaan liiketoiminnan arvopaperistamista kutsua myös moderniksi (modern) arvopaperistamiseksi. Moody’s 2002 s. 2 sekä *Din* 2000 s. 128.

7 *Petkovic* 2000 s. 120. On toki huomattava, että joukkovelkakirja-annin tulee olla liikkeeseenlaskettavalta pääomamäärältään niin suuri, että monimutkaisen ja siten kiinteiltä kustannuksiltaan kalliin transaktion käyttäminen olisi kannattavaa. Transaktion onnistunut toteuttaminen edellyttääkin, että arvopaperistajan harjoittama liiketoiminta on suuruusluokaltaan merkittävää.

8 *Wood* 1995 (b) s. 4.

Arvopaperistamistransaktioiden toteuttaminen puhtaasti paikallisen oikeusjärjestyksen alaisuudessa ei ole yksinkertaista. Järjestelyn monimutkaisuuden vuoksi sen mielekkyys ja ylipäätään tarpeellisuus voidaan kyseenalaista ainakin pienempien transaktioiden kohdalla.[9] Koska liiketoiminnan arvopaperistaminen voi kuitenkin olla käyttökelpoinen rahoituskeino monille kotimaisille yrityksille, kartoitetaan tässä tutkimuksessa Suomen oikeusjärjestyksen transaktiolle luomia edellytyksiä.

1.2. Tutkimuskohteet, käytettävät tutkimusmetodit sekä tutkimuksen rakenne

Suomessa yritysrahoitus on perinteisesti ollut pankkikeskeistä, sillä merkittävä osa yritysten saamista rahoitusvirroista on kanavoitunut luottolaitosten kautta. Rahoitusjärjestelmän voidaan kuitenkin katsoa markkinaehtoistuneen viimeisen kahden vuosikymmenen aikana. Tällä tarkoitetaan lähinnä sitä, että yrityksille on annettu mahdollisuus hankkia rahoitusta ilman välikäsiä suoraan rahoitusmarkkinoilta.[10]

Rahoitusjärjestelmän markkinaehtoistumisen merkittävänä taustatekijänä voidaan pitää lainsäädännössä tapahtunutta tahdonvaltaisuuden lisääntymistä. Deregulaatiokehitys on antanut yrityksille mahdollisuuden järjestää rahoituksensa vapaammin, mikä käytännössä tarkoittaa mahdollisimman edullisen ja yrityksen kannalta sopivimman rahoitusvaihtoehdon käyttämistä. Koska suoraan rahoitusmarkkinoilta hankittava rahoitus on ehdoiltaan joustavampaa sekä usein edullisempaa kuin perinteinen pankkirahoitus, on kehitys vienyt väistämättä kohti rahoitusjärjestelmän markkinaehtoistumista.[11]

Rahoituksen hankinnan vapautuminen on mahdollistanut uusien ja usein hyvinkin innovatiivisten rahoitusvälineiden ja -järjestelyiden kehittelyn. Hyvänä esimerkkinä tästä kehitystyöstä on yrityksen omistaman saatavakannan arvopaperistaminen, joita on Suomessakin tehty jo useita.[12] Johdonmukaista olisi,

---

[9] Ehdotonta alarajaa joukkovelkakirja-annin suuruudelle ei voida asettaa, mutta nyrkkisääntönä voitaneen pitää, että annin tulisi olla pääomamäärältään vähintään 50 miljoonaa euroa. TT 1993 s. 10.

[10] *Airaksinen – Jauhiainen* 2000 s. 9.

[11] Suuret suomalaiset yritykset hankkivat yhä suuremman osan rahoituksestaan suoraan joukkovelkakirjalainoilla, joilla rahoitetaan yrityskauppoja ja investointeja. Helsingin Sanomat 2.5.2002 s. D1.

[12] Selkeästi merkittävin suomalainen arvopaperistaja tähän mennessä on ollut Valtion Asuntorahasto, jonka Fennica 1–6 transaktioissa on arvopaperistettu vuokrataloille myönnettyjä aravalainoja yhteensä hieman vajaan 2,8 miljardin euron edestä. Fennica 2001 s. 5 sekä *von und zu Fraunberg* 2001 s. 3.

jos Suomi seuraisi kansainvälistä kehitystä ja jos täällä nähtäisiin lähitulevaisuudessa muitakin kuin vain traditionaalisen arvopaperistamisen kategoriaan kuuluvia rahoitusjärjestelyitä.[13]

Yrityksen liiketoiminnan arvopaperistamista voidaan pitää kansainvälisistä transaktioista saatujen kokemusten perusteella liiketaloudellisesti järkevänä tapana hankkia varoja suoraan rahoitusmarkkinoilta. Näin ollen uuden arvopaperistamisstruktuurin yleistymiselle voidaan katsoa olevan taloudellisia edellytyksiä. Järjestelyn maantieteellisesti laajempaa käyttöä vaikeuttaa kuitenkin se, että tähän mennessä tehdyt järjestelyt ovat tapahtuneet common law -maissa, joiden oikeusjärjestelmä poikkeaa merkittävästi esimerkiksi mannereurooppalaisista järjestelmistä.

Tämän tutkimuksen tehtävänä on analysoida yrityksen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiota ja sen toteuttamismahdollisuuksia Suomessa. Tutkimuksessa kartoitetaan yksilöidyn saatavakannan ja liiketoiminnan arvopaperistamisen välisiä yhtäläisyyksiä ja toisaalta niiden fundamentaalisia eroja. Tämän analyysin sekä jo läpiviedyistä liiketoiminnan arvopaperistamisista saatavan informaation pohjalta pyritään konstruoimaan transaktiorakenne, joka mahdollistaa liiketoiminnan arvopaperistamisen puhtaasti kotimaisena järjestelynä.

Tutkimuksen lähtökohtana on tilanne, jossa koko liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioon sovelletaan Suomen lakia. Lähtökohta pitää sisällään myös sen, että joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlasku tapahtuu Suomessa sijaitsevan erillisyhtiön toimesta kotimaisille rahoitusmarkkinoille.[14] Näin tehdään huolimatta siitä, että liiketoiminnan arvopaperistamisen järjestäminen täysin kotimaiselta pohjalta ei kaikissa tilanteissa ole – lähinnä verotuksellisista syistä – liiketaloudellisesti järkevää.[15] Tämän sekä tutkimuksen rajoitetun laajuuden vuoksi transaktiota koskevat verotuskysymykset jätetään tutkimusalueen ulkopuolelle.

---

[13] Eräänä esimerkkinä tästä kehityksestä voidaan nähdä metsäyhtiö Stora Enson tekemä konsernin omistamien metsien ja niihin liittyvän liiketoiminnan uudelleenjärjestely. Järjestelyssä Stora Enso siirsi kotimaiset metsäomistuksensa tytäryhtiöönsä Tornator Oy:öön, jonka osake-enemmistön se myi edelleen institutionaalisille sijoittajille. Tämä kauppa rahoitettiin laskemalla liikkeeseen joukkovelkakirjalaina, jonka takaisinmaksun turvana toimivat Tornator Oy:n tulevaisuudessa tuottamat kassavirrat. Tornator 2002 s. 7. Tästä transaktiosta tarkemmin jaksossa 7.

[14] Lähtöoletuksena on se, että joukkovelkakirjalaina lasketaan yleiseen liikkeeseen. Joukkovelkakirja ja yleisemmin arvopaperi lasketaan yleiseen liikkeeseen silloin, kun se liikkeeseenlaskuehtojen mukaisesti joutuu yleiseen vaihdantaan. Arvopaperi on yleisessä vaihdannassa, jos sen vaihdantaan voivat osallistua muutkin kuin vain ennalta määrätyn suppeahkon joukon jäsenet. Rata 2002 s. 2.

[15] Verotussyistä Suomessa jo toteutetuissa arvopaperistamistransaktioissa, joissa joukkovelkakirjat on laskettu yleiseen liikkeeseen, on käytetty hyväksi ulkomaisia erillisyhtiöitä, *Palin* 1997 s. 618. Toisaalta suomalaisia erillisyhtiöitä käytettäessä olisi mahdollista saavuttaa säästöjä muun muassa transaktion aiheuttamien hallinnollisten kulujen kohdalla, *Haapaniemi* 2001 s. 3.

Tutkimustehtävä ei ole luonteeltaan puhtaasti teoreettinen, sillä rahoitusmarkkinoilla on todellista kysyntää uusille vieraan pääoman ehtoisille instrumenteille, joiden avulla sijoittajat voivat hajauttaa (diversifioida) riskiään.[16] Kysymys onkin lähinnä siitä, onko kotimainen järjestely mahdollista rakentaa sillä tavoin, että sijoittajat kokevat liikkeeseenlaskettavat velkakirjat kiinnostaviksi ja turvallisiksi sijoituskohteiksi, sekä myös siitä, pitävätkö yritykset liiketoiminnan arvopaperistamista mielekkäänä rahoituskeinona.

Tutkimus on lähtökodiltaan oikeusdogmaattinen, sillä siinä selvitetään voimassa olevan oikeuden sisältöä analysoimalla sitä oikeudellista kehikkoa, jonka rajoissa rahoitusjärjestely pyritään toteuttamaan. Tutkimuksen lähtökohtana on ongelmakeskeinen kysymyksenasettelu, joka pohjautuu liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion käyttökelpoisuuden selvittämiseen Suomen oikeusjärjestyksen alaisuudessa. Tutkimustehtävän haastavuutta lisää se, että yrityksen liiketoiminnan arvopaperistaminen on luonteeltaan vielä vakiintumaton ja Suomessa varsin tuntematon järjestely.

Koska tutkimuskohde on kehittynyt kansainvälisillä rahoitusmarkkinoilla, sisältää tutkimus oikeusvertailevaa ainesta lähinnä anglosaksisen ja kotimaisen oikeusjärjestelmän välillä. Tilanteessa, jossa ulkomainen lainsäädäntöperiaate tai tulkintaratkaisu ei ole siirrettävissä Suomeen, voi vieraan valtion lainsäädännöllisillä ratkaisuilla olla vihjearvoa.[17] Ne voivat antaa viitteitä ja perusteltuja näkökohtia siihen, millaiset ratkaisut ja tulkinnat ovat mahdollisia. Tutkittaessa vierasta oikeudellista rakennetta – tästä hyvänä esimerkkinä liiketoiminnan arvopaperistamistransaktio – oikeusvertailu voi olla hyvinkin käyttökelpoinen väline etsittäessä perusteluja ilmiön mahdolliselle ”lokalisoinnille” osaksi kotimaista oikeusjärjestystä. On kuitenkin tärkeää muistaa, että lopullisen oikeudellisen argumentoinnin on tapahduttava kotimaisen oikeuslähdemateriaalin pohjalta.

Tutkimus jakaantuu johdannon ja loppuyhteenvedon ohella viiteen päälukuun. Tutkimuksen luvussa 2 esitellään arvopaperistamistransaktion taustamotiiveja sekä perinteisen saatavakannan arvopaperistamisen ja liiketoiminnan arvopaperistamisen ominaispiirteitä. Luvussa 3 konstruoidaan tutkimuksen pohjana oleva transaktiomalli sekä tutkitaan sitä, mikä yhteisömuoto on transaktion kullekin osapuolelle sopivin. Tämän lisäksi tutkitaan myös sitä, millä tavoin transaktion osapuolten väliset omistus- ja sopimussuhteet on oikeudellisesti järkevää järjestää.

Tutkimuksen luvussa 4 tutkitaan millä tavoin transaktion ytimenä oleva vakuuskokonaisuus on syytä rakentaa, jotta arvopaperistamisen yhteydessä liik-

---

[16] The Wall Street Journal, January 3 2002 s. 12.

[17] *Aarnio* 1989 s. 236.

keeseenlaskettavaan joukkovelkakirjalainaan sijoittavat saavuttavat mahdollisimman turvatun maksunsaantiaseman. Luku 5 käsittelee liiketoiminnan jatkamisedellytyksiä tilanteessa, jossa liiketoimintaa harjoittava yhtiö ajautuu maksukyvyttömyystilaan. Tutkimuksen viimeisessä pääluvussa esitellään transaktion kannalta relevantit arvopaperimarkkinaoikeudelliset säännökset sekä tutkitaan joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuuden laajuutta liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion yhteydessä.

2. ARVOPAPERISTAMISSTRUKTUURIEN ESITTELY

2.1. Arvopaperistamistransaktion motiivit ja tavoitteet

Kaikille yrityksille yhteinen tekijä on rahoituksen tarve, sillä liiketoiminnan harjoittaminen edellyttää yritysvarallisuudelta tiettyä vähimmäistasoa.[18] Yritykset voivat hankkia tarvitsemansa pääoman usealla eri tavalla. Pääomahankinnan perusjaotteluna voidaan pitää rahoituksen jakamista oman ja vieraan pääoman ehtoiseen rahoitukseen. Yrityksen oman pääoman ehtoinen rahoitus voi olla joko yrityksen tulorahoitukseen perustuvaa sisäistä rahoitusta tai yrityksen ulkopuolelta kerättävää ulkoista rahoitusta. Vieraan pääoman ehtoinen rahoitus on aina ulkoista rahoitusta.

Yrityksen ulkoinen, vieraan pääoman ehtoinen rahoitus perustuu pääsääntöisesti pankeilta tai suurilta yrityksiltä otettuihin suoriin luottoihin, yrityksen itse omissa nimissään liikkeeseenlaskemiin joukkovelkakirjalainoihin sekä rahoitusyhtiöiden tarjoamiin erityisrahoitusmuotoihin kuten leasing- ja factoring-rahoitukseen.[19] Kuten vieraan pääoman ehtoisessa rahoituksessa yleensäkin, rahoitusmuotojen kustannustasoon vaikuttaa yrityksen luottokelpoisuus, jonka määräytymisessä merkittävimpänä muuttujina ovat yritykseen ja sen harjoittamaan liiketoimintaan liittyvät riskit.

Yrityksen käyttämän vieraan pääoman lisääminen ja samalla tapahtuva velkaantumisasteen nouseminen lisäävät yritykseen liittyviä riskejä ja voivat alentaa sen luottoluokitusta, mikä taas nostaa yrityksen hankkiman rahoituksen hintaa. Välttääkseen lisävelan ottamisen ja sen mahdollisesti aiheuttaman rahoituskustannusten nousun voi yritys pyrkiä hankkimaan taseen ulkopuolista ra-

[18] Vähimmäistasolla tarkoitetaan tässä sellaista varallisuusmäärää, joka sekä täyttää lainsäädännön vaatimukset että mahdollistaa liiketoiminnan harjoittamisen halutussa laajuudessa.

[19] *Brealey – Myers* 2000 s. 736.

hoitusta, mikä on mahdollista muun muassa yrityksen omistaman saatavakannan arvopaperistamisen avulla.

Vaikka yrityksen omistaman saatavakannan arvopaperistaminen (perinteinen arvopaperistaminen) onkin rahoitusjärjestelynä vakiintunut, ei itse arvopaperistamisen käsitettä voida kovinkaan yksityiskohtaisesti määritellä. Varsin onnistuneena voidaan pitää Yhdysvaltain Securities and Exchange Commissionin yleisluontoista määritelmää, jonka mukaan arvopaperistamisella tarkoitetaan seuraavanlaista järjestelyä: [20]

> *"The creation of securities that are primarily serviced by the cashflows of a discrete pool of receivables or other financial assets, either fixed or revolving, that by their terms convert into cash within a finite time period plus any rights or other assets designed to assure the servicing or timely distribution of proceeds to the security holders".*

Arvopaperistamisella tarkoitetaan perinteisesti järjestelyä, jossa yksittäisiä lainoja tai muita velkainstrumentteja kootaan laajemmaksi saatavakannaksi, näin muodostetun saatavapoolin muuttamista markkinakelpoisiksi arvopapereiksi ja kyseisten arvopapereiden myymistä ulkopuolisille sijoittajille.[21] Arvopaperistamistransaktion avulla on mahdollista tavoitella sekä pääoman hankintaan liittyviä etuja että kirjanpidollisia, yrityksen taseeseen kohdistuvia myönteisiä vaikutuksia.[22]

Arvopaperistamisen taustalla olevia motiiveja ja yritykselle transaktion kautta koituvia hyötyjä voidaan luokitella muun muassa seuraavalla tavalla:[23]

– yrityksen pääomakierron nopeuttaminen ja rahoituskustannusten laskeminen
– rahoituslähteiden monipuolistaminen
– tulojen ja menojen tasapainottaminen
– taseen keventäminen ja tunnuslukujen parantaminen
– luottolaitoksilla vakavaraisuusvaatimuksiin kohdistuvien etujen saavuttaminen.

---

[20] SEC 1996 s. 41.

[21] *Tepora* 1995 (b) s. 170. Sijoittajien kannalta joukkovelkakirjalaina on varsin turvallinen sijoitus, sillä lainaan sisältyvää riskiä on yksinkertaista arvioida, kun saatavakannan riskitaso tunnetaan. Lainan takaisinmaksu ei toisin sanoen ole kiinni liikkeeseenlaskijan muun toiminnan tuloksellisuudesta (koska muuta toimintaa ei ole). *Huhtamäki* 1996 s. 168.

[22] *Palin* 1997 s. 620.

[23] *Månsson* 1995 (a) s. 17 sekä *Kendall* 1996 s. 13. Arvopaperistamista voivat hyödyntää yritysten ohella myös julkiset toimijat kuten valtiot, jotka voivat pitkämaturiteettisia saataviaan arvopaperistamalla pyrkiä alentamaan kokonaisvelkamääräänsä. ESF 2002 s. 18.

Arvopaperistamisessa myytävä saatavakanta koostuu usein luotoista, joiden juoksuaika on varsin pitkä. Arvopaperistamalla saataviaan voi yritys merkittävästi nopeuttaa pääomakiertoaan, sillä transaktion avulla se saa saatavakannasta palautuvan pääoman välittömästi käyttöönsä eikä sen tarvitse odotella mahdollisesti vuosikymmenien aikana vähitellen kertyviä lainalyhennyksiä ja korkosuorituksia.[24]

Arvopaperistamisen taustamotiiveista uusien rahoituslähteiden hankinta ja rahoituskustannusten alentaminen ovat yhteydessä toisiinsa. Hankkimalla uusia ja toisilleen ainakin osittain vaihtoehtoisia rahoituslähteitä yritys pienentää riskejään, sillä uusien rahoitusvaihtoehtojen myötä se vähentää riippuvuuttaan vanhoista rahoittajistaan. Riskitason vähentyminen laskee myös rahoittajien sijoituksilleen asettamaa tuottovaatimusta, mikä vaikuttaa rahoituskustannuksiin laskevasti. Yrityksen rahoituskustannuksia laskee osaltaan myös se, että yritys voi hyödyntää rahoittajien välistä kilpailutilannetta neuvottelemalla luotoilleen edullisemmat ehdot.

Yritysten saatavat voivat vaihdella niin juoksuajan, koron kuin maksuvaluutankin suhteen. Tulojen ja menojen tasapainottaminen siten, että yrityksellä on joka hetki vaadittava kassavara menojensa maksamiseen, saattaa monesti olla hyvinkin hankalaa. Arvopaperistamistransaktion avulla yritys voi yhdenmukaistaa saamansa rahoituksen ja antamansa rahoituksen (myytävä saatavakanta) maturiteetit. Näin ollen arvopaperistamisella voidaan poistaa tai ainakin merkittävässä määrin vähentää yritysten jälleenrahoitusriskiä.[25]

Arvopaperistaminen voi myös tehostaa yrityksen taseen käyttöä. Suoraviivaisin tasevaikutus on sillä, että myytävä saatavakanta poistuu rasittamasta yrityksen tasetta. Yrityksen rahoitustilannetta parantaa osaltaan myös se, että saatavakannan myynnistä saatuja varoja voidaan käyttää muiden vastuiden poismaksamiseen. Tämän seurauksena arvopaperistajalla on vähemmän vastuita ja siten laajemmat mahdollisuudet vieraan pääoman ehtoisen rahoituksen lisähankintaan.[26]

Saatavakannan myynnistä saatavat varat ja arvopaperistettavan saatavakannan poistuminen yrityksen taseesta vahvistavat myös yrityksen rahoitusrakennetta kuvaavia tunnuslukuja.[27] Tunnuslukujen parantuminen voi olla yrityksen kannalta hyvinkin merkittävä seikka, sillä yritysluototuksessa käytetään usein

---

[24] *Henderson – Scott* 1988 s. 4.

[25] *Gaitskell* 1991 s. 53. Jälleenrahoitusriskillä tarkoitetaan sitä, pystyykö yritys rahoittamaan omien vastuidensa takaisinmaksun tilanteessa, jossa sen saamien kassavirtojen maturiteetti on pidempi kuin takaisinmaksettavien vastuiden.

[26] *Wood* 1995 (c) s. 45.

[27] Arvopaperistamisen avulla parantuvia yrityksen rahoitusasemaa kuvaavia tunnuslukuja ovat esimerkiksi yrityksen velkaantumisaste sekä maksukykyä kuvaava current ratio. *Martikainen* 2000 s. 148–149.

kovenantteja, joissa lainakustannukset saattavat olla sidottuja tietyn, ennalta määritellyn tunnuslukutason säilymiseen.[28] Julkisen kaupankäynnin kohteena olevan yrityksen arvostustasoon vaikuttavat myös yrityksen ja siihen sijoitetun pääoman tuottotasoa kuvaavat tunnusluvut, jotka parantuvat arvopaperistamisen vaikutuksesta.[29]

Edellä mainitut motiivit ja edut on liitetty perinteiseen arvopaperistamistransaktioon, jossa yritys myy tietyn ennalta määritellyn saatavakantansa. Osittain samat motiivit ja edut koskevat myös liiketoiminnan arvopaperistamista, johon ei sisälly saatavakannan myyntiä. Näin on asian laita, vaikka liiketoiminnan arvopaperistaminen on taseen sisäinen järjestely perinteisen arvopaperistamisen ollessa niin kutsuttu off-balance-sheet -järjestely. Liiketoiminnan arvopaperistamisella on kuitenkin mahdollista tavoitella myös varsin erilaisia päämääriä kuin perinteisellä arvopaperistamisella.[30] Jotta näiden kahden arvopaperistamismallin erot olisi mahdollista ymmärtää, esitellään seuraavassa sekä perinteisen arvopaperistamisen että liiketoiminnan arvopaperistamisen perusrakenteet ja analysoidaan niiden oikeudellisesti merkittäviä piirteitä.

2.2. Saatavakannan arvopaperistaminen

Perinteisissä saatavien arvopaperistamistransaktioissa – myös suomalaisten yhteisöjen toteuttamissa – on käytetty rakennetta, jossa yritys eli alkuperäinen velkoja (originaattori) myy ennalta määritellyn saatavakannan transaktiota varten perustetulle erillisyhtiölle (Special Purpose Vehicle).[31] Suomalaisten yhteisöjen tekemissä transaktioissa ei kuitenkaan ole kysymys täysin kotimaisista transaktioista, sillä järjestelyyn kuuluvat erillisyhtiöt on pääsääntöisesti perustettu ulkomaille.[32] Näissä transaktioissa tapahtuvaa saatavakannan siirtoa arvioidaan kuitenkin Suomen lain valossa.

---

[28] Kysymyksessä ovat tällöin niin sanotut tunnuslukukovenantit. Kovenantilla tarkoitetaan rahoitussopimukseen otettua erityisehtoa, jossa velallinen sitoutuu tiettyihin maksukykyään turvaaviin järjestelyihin sekä ylläpitämään sovitut taloudelliset ja toiminnalliset edellytykset koko luottosuhteen ajan. *Hemmo* 2001 s. 327.

[29] *Henderson* 1997 s. 7. Esimerkkinä mainitunlaisista tunnusluvuista voidaan mainita sitoutuneen pääoman tuottoaste, joka paranee vastuiden poistuessa myyjäyrityksen taseesta. Tätä vaikutusta voimistavat myös saatavakannan myynnistä saatavat tulot.

[30] Liiketoiminnan arvopaperistamista voidaan käyttää hyväksi esimerkiksi yrityskaupan rahoituskeinona tai projektirahoitustransaktioissa, joihin perinteinen arvopaperistaminen sopii varsin heikosti. *Xin* 2000 (a) s. 25.

[31] *Palkonen* 6.5.2002

[32] Suomalaista erillisyhtiötä on käytetty ainakin yhdessä joukkovelkakirjaemissiossa, mutta kyseessä ei ollut julkisen kaupankäynnin kohteeksi tullut joukkovelkakirjalaina. *Haapaniemi* 2001 s. 3.

Saatavien siirtoon ja panttaamiseen soveltuva yleislaki on velkakirjalaki (VKL). Huolimatta siitä, että suomalaiset yhteisöt ovat arvopaperistaneet saataviaan useissa transaktioissa, ei Suomessa ole katsottu tarpeelliseksi säätää saatavien arvopaperistamista koskevaa erityislakia.[33] Alempitasoista erityissääntelyä edustaa Rahoitustarkastuksen antama luottolaitoksia koskeva ohje saamisten luovuttamisesta ja arvopaperistamisesta. Kun korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä ei ole, on arvopaperistamista koskevia yleissääntöjä kehitelty lähinnä oikeustieteellisessä kirjallisuudessa. Seuraavassa esitellään yksilöidyn saatavakannan arvopaperistamistransaktion perusrakenne voimassa olevan lain- ja alempitasoisen sääntelyn sekä oikeudellisen doktriinin valossa.

Perinteisessä saatavakannan arvopaperistamistransaktiossa erillisyhtiö rahoittaa saatavakannan oston laskemalla liikkeeseen joukkovelkakirjalainan. Joukkovelkakirjalainan takaisinmaksamisen vakuutena on erillisyhtiön panttaama saatavakanta.[34] Saatavakannan panttaus toteutetaan useimmiten sijoittajien yhteisenä edunvalvojana toimivan trusteen nimiin.[35] Erillisyhtiö maksaa joukkovelkakirjalainan pääoman lyhennykset sekä korot ostamastaan saatavakannasta saamillaan tuloilla.

Arvopaperistamisjärjestelyn onnistumisen perusedellytys on sille myönnettävä hyvä luottoluokitus. Erillisyhtiötä käytetään transaktiossa, jotta saatavakannan tuottamat kassavirrat ja luottoriskit eivät sekoittuisi originaattorin muihin kassavirtoihin ja riskeihin. Erillisyhtiötä käytettäessä voivat luokituslaitokset perustaa liikkeeseenlaskettaville joukkovelkakirjoille antamansa luottoluokituksen siirrettyjen saatavien laatuun. Joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun turvaamiseksi ja järjestelyn saaman luottoluokituksen parantamiseksi arvopaperistamistransaktioihin liitetään säännönmukaisesti laajoja lisävakuusjärjestelyjä, joita kutsutaan ulkopuoliseksi luottotueksi (credit enhancement).[36]

Saatavakannan myyntiin perustuvan arvopaperistamistransaktion rakennetta voidaan tarkemmin analysoida seuraavan kaavion avulla:[37]

---

[33] Arvopaperistamista koskevat erityislait on säädetty Euroopan maista muun muassa Espanjassa, Ranskassa ja Belgiassa. Standard & Poor's 2000 s. 150.

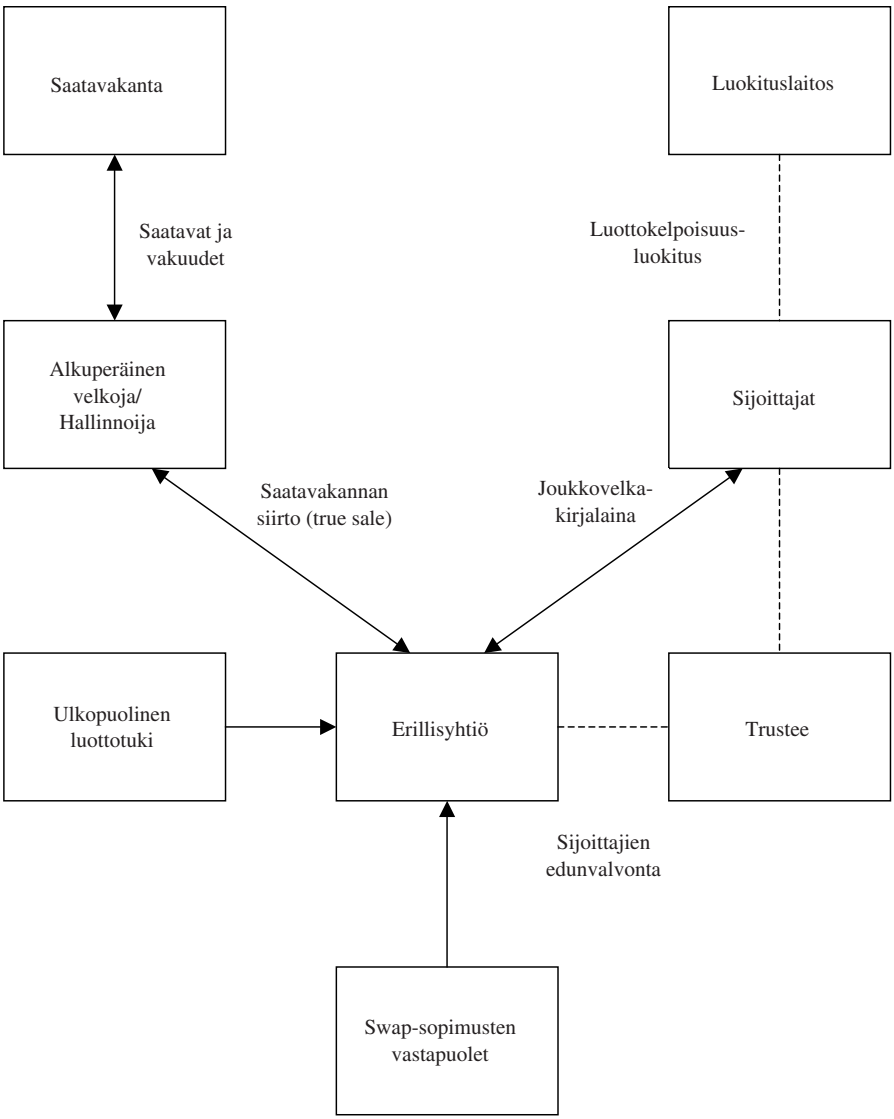
[34] *Palin* 1997 s. 618.

[35] *Tepora* 1995 s. 184.

[36] Tyypillisiä luottotukijärjestelyjä ovat muun muassa alkuperäisen velkojan omavastuu (seller recourse, esimerkiksi omavelkaisen takauksen muodossa), alisteisten lainojen käyttö (subordination), kolmansilta tahoilta hankittavat luottovakuutukset sekä ylivakuudellisuus (overcollateralisation), *Buerger* 1991 s. 28.

[37] Mukaelma *Tepora* 1995 (b) s. 172. Tässä jaksossa käsitellään lähinnä arvopaperistamistransaktion keskeisintä vaihetta eli saatavakannan siirtoa originaattorin ja erillisyhtiön välisessä suhteessa. Transaktion muita osapuolia ja niiden tehtäviä esitellään tarkemmin jaksoissa 3.3. ja 3.4.

Kuvio 1


Saatavakanta
Luokituslaitos
Saatavat ja vakuudet
Luottokelpoisuus-luokitus
Alkuperäinen velkoja/ Hallinnoija
Sijoittajat
Saatavakannan siirto (true sale)
Joukkovelka-kirjalaina
Ulkopuolinen luottotuki
Erillisyhtiö
Trustee
Sijoittajien edunvalvonta
Swap-sopimusten vastapuolet

Suomen oikeusjärjestyksen mukaan saatavien siirtäminen ilman velallisen erillistä suostumusta on mahdollista, ellei erityissääntelyssä tai saatavaa koskevassa sopimuksessa tätä nimenomaisesti kielletä.[38] Saatavien siirto saavuttaa inter partes -sitovuuden siinä vaiheessa, kun siirtoa koskeva sopimus on pätevästi syntynyt osapuolten välille. Siirtosopimuksen pätevyydelle ei ole asetettu erityisiä muotovaatimuksia.[39] Saatavien siirron tehokkuus suhteessa kolmansiin osapuoliin kuten siirretyn saatavakannan velallistahoon ja saatavakannan myyjän velkojiin edellyttää, että saatavien siirrosta annetaan tieto näille. Jos alkuperäinen velkasuhde on perustunut VKL 26 §:n määritelmän mukaisille tavallisille velkakirjoille, julkivarmistustoimena on VKL 31.3 §:n mukaisen siirtoilmoituksen eli denuntiaation toimittaminen velallisille.[40]

Saatavakannan koostuessa tavallisista velkakirjoista saa ostaja vaihdantasuojaa denuntoimalla siirrosta saatavien alkuperäisille velallisille.[41] Arvopaperistamistransaktiossa tämä tarkoittaa sitä, että saadakseen vaihdantasuojaa esimerkiksi originaattorin konkurssivelkojia tai ulkopuolisia kaksoisluovutuksen saajia vastaan, on erillisyhtiön huolehdittava siitä, että siirrettävän saatavakannan velallistaholle ilmoitetaan asianmukaisesti saatavien siirrosta. Koska VKL 27 §:n mukaan tavallisen velkakirjan luovutus ei tuota uudelle omistajalle parempaa oikeutta kuin vanhalla omistajalla oli, ei denuntiaation suorittaminen poista velallisen oikeutta tehdä alkuperäistä velkasuhdetta koskevia väitteitä. VKL 28 ja 29 §:ien mukaisesti denuntiaatio kuitenkin katkaisee velallisen nauttiman maksusuojan sekä poistaa kuittausoikeuden vastasaamisilta, jotka on hankittu vasta denuntiaation jälkeen.

Juoksevissa velkakirjoissa siirto saavuttaa sitovuuden suhteessa kolmansiin silloin, kun velkakirjat on siirretty ostajan haltuun. Vaadittava julkivarmistuskeino on tällöin VKL 22.1 §:n mukainen traditio. Arvopaperistamisen kannalta merkittävä poikkeus tähän pääsääntöön on VKL 22.2 §:n säännös siitä, että pankkien tai muiden rahalaitosten myydessä juoksevia velkakirjoja on myynti rahalaitoksen velkojia sitova, vaikka velkakirja jäisi rahalaitoksen säilytettäväksi.

---

[38] Luottolaitoksia koskevassa erityissääntelyssä on otettu huomioon kuluttajansuojaoikeudellisia näkökohtia. Tästä esimerkkinä on Rahoitustarkastuksen ohjeistus, jossa edellytetään, että uusien luottojen yhteyteen liitetään maininta siirtomahdollisuudesta ja että siirrosta annetaan kirjallinen ilmoitus asiakkaille. Rata 1996 s. 5.

[39] Näin ollen suullisestikin sovittua siirtosopimusta voidaan pitää pätevänä ja siten sitovana inter partes -suhteessa. Selvää toki on se, että arvopaperistamistransaktioissa vaaditaan huomattavasti tarkempaa dokumentointia.

[40] Velkakirjalain 26 §:n määritelmän mukaan *"Tavallinen velkakirja on asetettu nimetylle henkilölle"*.

[41] Vaihdantasuojalla tarkoitetaan luovutuksensaajan suojaa luovuttajan myöhempiä seuraajia ja velkojia vastaan. *Tepora* 1995 (b) s. 179.

Velallisen asema suhteessa saatavakannan ostajaan riippuu siitä, onko juokseva velkakirja luonteeltaan haltija- vai määrännäisvelkakirja. Haltijavelkakirjan velallisen suoritus on pätevä, jos maksu on suoritettu velkakirjan haltijalle. Määrännäisvelkakirjan kohdalla edellytetään lisäksi, että velkoja voi vedota hallintansa ohella myös katkeamattomaan siirtosarjaan. Juoksevienkin velkakirjojen kohdalla on kuitenkin syytä tehdä siirtoilmoitus velalliselle, sillä VKL 20 §:n mukaan erääntyneen koron ja lyhennyksen tekeminen velkakirjan luovuttajalle on pätevä, jos maksusuoritus on tehty vilpittömässä mielessä.[42] Traditio on kuitenkin VKL 18.1 §:n nojalla riittävä toimenpide poistamaan alkuperäisen velallisen oikeuden käyttää vastasaamista kuittaukseen paitsi jos vastasaaminen kuittauksen epäämisen johdosta vaarantuisi ja uusi velkoja ilmeisesti tiesi tästä velkakirjan joutuessa hänen haltuunsa.[43]

Kuten saatavat ovat myös saataviin liittyvät vakuudet siirrettävissä vapaasti ilman vakuudenantajan suostumusta, ellei osapuolten välisestä sopimuksesta muuta johdu.[44] Näin ollen vakuudet siirtyvät saamisten mukana, ellei toisin ole sovittu. Vakuuksien siirron sitovuus suhteessa kolmansiin edellyttää kuitenkin vielä julkivarmistusta, johon sovelletaan pääpiirteittäin samoja sääntöjä kuin saamista koskevan julkivarmistuksenkin kohdalla.

Saamisoikeuksien siirtoa ja panttausta koskevat VKL 10 §:n mukaisesti samat velkakirjalain säännökset. Jos saatavakannan vakuuksina on ollut juoksevia velkakirjoja, on tehokkaan panttauksen edellytyksenä pääsääntöisesti VKL 22.1 §:n mukainen hallinnansiirto. Saatavien myyntiä koskevan VKL 22.2 §:n poikkeuksen ja yleisten vaihdannallisten intressien valossa voitaneen perustellusti katsoa, että pankkien tai muiden rahalaitosten myydessä saatavia, joiden vakuutena on juoksevia velkakirjoja, on vakuuksienkin siirto rahalaitoksen velkojia sitova, vaikka vakuusasiakirjat jäisivät velkakirjojen ohella rahalaitoksen säilytettäväksi.

Kiinteistövakuuksien osalta sovelletaan maakaaren (MK) erityissäännöstöä. Panttioikeus kiinteistöön saadaan MK 17:2.1:n mukaisesti silloin, kun panttikirja luovutetaan velkojalle saamisen vakuudeksi. Panttikirjan luovutus on toi-

---

[42] Arvopaperistamistransaktioissa tällä poikkeuksella on merkitystä, sillä siirrettävä saatavamassa on suuri ja siten siirtoa ennen erääntyneiden, mutta maksamattomien saatavien pääoma saattaa olla siirronsaajan kannalta merkittävä.

[43] Rahoitustarkastuksen antamassa sääntelyssä on pyritty suojaamaan alkuperäisten velallisten asemaa luottolaitosten arvopaperistamisissaan käyttämien erillisyhtiöiden kustannuksella. Rahoitustarkastuksen ohjeistuksen mukaan erillisyhtiön tai sen myöhemmän seuraajan on nimenomaisesti luovuttava oikeudestaan vedota velallisten heikkojen väitteiden pätemättömyyteen. Rata 1996 s. 5.

[44] *Tuomisto* 1996 s. 146.

saalta sidottu saamisen luovutukseen, sillä MK 17:5.2:n mukaan velkoja saa luovuttaa panttikirjan vain siirtäessään saamisen, jonka vakuudeksi panttikirja on luovutettu.

Muiden vakuuksien kohdalla sivullissitovuuden luovana julkivarmistuskeinona on denuntiaatio.[45] Jos siirrettävän saatavan vakuutena on takaus, ei tästä tarvitse erikseen takaajalle ilmoittaa.[46] Yleistakauksen ja yleisemmin -vakuuden kohdalla on kuitenkin syytä panna merkille, että originaattorin halutessa vakuuden vastaavan muistakin kuin siirrettävästä saatavasta, on yleisvakuus jaettava ensin erityisvakuuksiksi, joista yksi siirtyy erillisyhtiölle ohjattavan saatavan mukana. Jos erityisvakuuden halutaan vastaavan muistakin kuin erillisyhtiölle siirtyvästä velasta, on erityisvakuus jaettava tai vaihtoehtoisesti on siihen syytä perustaa jälkipanttioikeus.[47]

Saatavan ja yleisemmin minkä tahansa omaisuusobjektin siirron tehokkuus edellyttää myös sitä, että siirrettävä objekti on riittävällä tavalla yksilöity.[48] Arvopaperistamistransaktiossa tämä yksilöimisvaatimus täyttynee varsin helposti, sillä kyseessä on järjestely, jossa yleensä tapahtuu vain yhden ja etukäteen yksilöidyn saatavakannan kertasiirto. Järjestelyssä, johon sisältyy useita erillisiä saatavakannan siirtoja (revolving arrangement), ei syntyne myöskään ongelmia, jos jokaisen uuden siirron kohdalla siirrettävä omaisuuserä yksilöidään.[49]

Yksilöintivaatimus tarkoittaa käytännössä sitä, että sekä kaupan kohteena oleva saatavakanta yksilöidään että myös siirtoilmoituksessa kerrotaan tarpeeksi yksilöidysti, mitä omaisuutta on siirtynyt. Tilanteessa, jossa yksilöintivaatimus ei täyty, voi siirron pätevyys olla kyseenalainen ja siten koko arvopaperistamistransaktion oikeudellinen perusta horjuva. Puutteellisen yksilöinnin keskeisimpänä seurauksena on se, ettei yksilöimättömän kohteen siirron katsota nauttivan sivullissuojaa.[50]

Arvopaperistamistransaktion onnistumisen kannalta ensiarvoisen tärkeää on se, että luovutuksensaaja eli erillisyhtiö saa suojaa kolmansia tahoja vastaan.

---

45 *Tuomisto* 1996 s. 147.

46 Mahdollisten myöhempien epäselvyyksien välttämiseksi on toki suositeltavaa, että takaajalle ilmoitetaan takauksen siirtyneen erillisyhtiölle saatavan mukana.

47 *Tepora* 1995 (b) s. 182–183.

48 Kysymys on varallisuusoikeudessa noudatettavasta täsmällisyysperiaatteesta, jossa vaatimus oikeuden kohteen yksilöinnistä perustuu yleisiin vaatimuksiin niin vaihdannan varmuudesta kuin myös sen sujuvuudesta. *Tammi-Salminen* 2001 s. 84.

49 Yksilöinnin kannalta käytännön ongelmia voi syntyä esimerkiksi myyntisaatavien kohdalla tilanteessa, jossa yksittäiseen laskuun liittyy useita saatavia, joita kaikkia ei kuitenkaan haluta siirtää. *Palkonen* 6.5.2002.

50 *Tammi-Salminen* 2001 s. 85.

Suomessa sivullissuoja saavutetaan edellä esitetyin tavoin joko denuntiaatiolla tai hallinnansiirrolla. Sen sijaan esimerkiksi Yhdysvalloissa esineoikeudellisen suojan saanti on kytketty sopimusperiaatteeseen, mikä on arvopaperistamistransaktioiden kohdalla johtanut niin sanotun true sale -opin kehittelyyn.[51]

Arvopaperistamistransaktion oikeudellisesti monimutkaisin vaihe on saatavakannan siirto originaattorilta erillisyhtiölle.[52] Järjestelyn onnistumisen kannalta on ensiarvoisen tärkeää, että saatavien omistusoikeus on siirtynyt erillisyhtiölle eli kyseessä on niin sanottu aito kauppa (true sale).[53] Transaktion todellista luonnetta määriteltäessä huomiota kiinnitetään siihen voidaanko luovutusta pitää aitona kauppana vai onko originaattorin ja erillisyhtiön välille mahdollista konstruoida velkasuhde, jonka vakuutena siirretty saatavakanta on. Jälkimmäisessä tapauksessa kyseessä on katsottu olevan vakuusluovutus eli luonteeltaan simuloitu oikeustoimi, jonka todellisena tarkoituksena ei ole omistusoikeuden siirtäminen vaan vakuuden antaminen.[54]

Irtaimen esineen vakuusluovutuksen on tulkittu olevan oikeusvaikutuksiltaan panttausluvanta sopimusosapuolten välisessä suhteessa, ja täytettynä vakuusluovutus on rinnastettu panttaukseen.[55] Ultra partes -suhteessa vakuusluovutuksen oikeusvaikutusten rinnastus panttaukseen edellyttää lisäksi sitä, että sivullissitovan panttauksen edellyttämä julkivarmistus on asianmukaisella tavalla tehty.[56] Originaattorin taloudellisen aseman ollessa vakaa on erillisyhtiön asema varsin turvattu, vaikka saatavien siirto olisi tulkittavissa vakuusluovutukseksi. Originaattorin ajautuessa maksuvaikeuksiin muuttuu tilanne erillisyhtiön kannalta ongelmallisemmaksi verrattuna vastaavaan tilanteeseen järjestelyssä, jossa saatavakannan siirto olisi tulkittu aidoksi kaupaksi.

Originaattorin insolvenssitilanteessa erillisyhtiö, jolle siirretyn saatavakannan ei katsota siirtyneen aidon kaupan kautta, ei saa pitää saatavakantaa. Jos originaattori ajautuu konkurssiin katsotaan saatavakannan kuuluvan originaattorin konkurssipesään. Erillisyhtiön asema on siinä mielessä turvattu, että sillä

---

[51] Yhdysvalloissa esineoikeudellisten (kuten myös velvoiteoikeudellisten) oikeusvaikutusten alkaminen on toisin sanoen sidottu sopimuksen solmimishetkeen. *Andersson* 1995 s. 91.

[52] *Palin* 1997 s. 625.

[53] Tässä yhteydessä lienee syytä korostaa sitä, että aito kauppa ei ole suomalaisen oikeusjärjestelmän piirissä syntynyt käsite vaan Yhdysvalloissa kehitetty oikeudellinen konstruktio.

[54] *Palin* 1997 s. 627.

[55] Vakuusluovutusta on oikeudessamme perinteisesti arvioitu rasitusvakuutena, johon on sovellettu panttioikeutta koskevia sääntöjä, *Tepora* 2001 s. 326. Voidaan kuitenkin kysyä, miksei vakuusluovutusta voitaisi rasitusvakuusnäkökulman sijasta arvioida omatyyppisenä *omistusoikeudelle perustuvana vakuusjärjestelynä*, *Tepora* 2001 s. 329 ja 349. Kysymys on perusteltu, mutta sitä ei kuitenkaan ole mahdollista tässä tutkimuksessa tarkemmin selvittää.

[56] *Havansi* 1992 s. 512–513.

katsotaan olevan etuoikeus panttina olevaan saatavakantaan. Erillisyhtiön maksukyvyn kannalta tässä tilanteessa huomionarvoista on se, että oikeustoimilain 37 §:n lex commissoria -kiellon vuoksi se on velvollinen tilittämään saatavista maksettavaksi sovitun kauppahinnan eli konstruoidun velan ja saatavista kertyneen määrän erotuksen konkurssipesälle.[57]

Arvopaperistamistransaktion onnistumisen kannalta ensiarvoisen tärkeää on myös se, että saatavakannan siirtoa ei voida peräyttää takaisinsaantilaissa säädettyjen takaisinsaantiperusteiden nojalla. Kyseisistä perusteista saatavakannan arvopaperistamistransaktioon voivat soveltua takaisinsaantilain 5 §:n yleinen takaisinsaantiperuste sekä 6 §:n mukainen lahjaa tai lahjanluonteista sopimusta koskeva takaisinsaantiperuste.[58] Myös vakuuden peräytymistä koskeva takaisinsaantilain 14 § on syytä ottaa huomioon transaktiota suunniteltaessa.[59] Vaikka takaisinsaannin uhka lienee todellisuudessa varsin pieni, on transaktiota suunniteltaessa syytä kiinnittää huomiota siihen, että siirto tapahtuu käypään hintaan eikä siten ole peräytymisuhan alainen.

Perinteisen arvopaperistamisen oikeudellisesti ongelmallisia kysymyksiä ovat edellä esitetyin tavoin true sale -problematiikka ja siihen kiinteässä yhteydessä oleva kysymys saatavakannan kohtalosta originaattorin insolvenssitilanteessa. Originaattorin asemassa olevalle luottolaitokselle on näitä kysymyksiä koskevan sääntelyn ohella tärkeää ottaa huomioon myös rahoitustarkastuksen antama luottolaitoksia koskeva konsolidointisääntely. Luottolaitosten tekemien arvopaperistamistransaktioiden tavoitteista eräs keskeisimmistä on transaktion kautta saavutettava parantunut vakavaraisuusaste.[60] Jos erillisyhtiö joudutaan konsolidoimaan samaan konserniin originaattorin kanssa, ei tavoiteltua päämäärää saavuteta.

---

[57] Tämä kustannus saattaa olla merkittävä myös sen vuoksi, että saatavat myydään usein niiden nimellisarvon alittavaan hintaan saatavakantaan liittyvän riskin kompensoimiseksi (niin kutsuttu epävarmojen saamisten kauppa, *Tepora – Takki* 1994 s. 27). Vaikka kauppa tehtäisiin nimellisarvoon, palautettavaksi tulevat ainakin saatavapoolista kaupanteon jälkeen kertyneet korkotulot. Huomionarvoista on lisäksi se, että erillisyhtiön kannettavaksi jäävät sille osoitetut transaktiokulut. *Henderson* 1997 s. 31–33. Ratkaisu lex commissoria –kiellon aiheuttamaan problematiikkaan saattaisi olla se, että kauppasopimuksessa sovitaan siitä, että jos luovutus katsotaan vakuusluovutukseksi, ovat saatavat kaikkien erillisyhtiön originaattorilta olevien saatavien eikä vain kauppahinnan vakuutena.

[58] *Huhtamäki* 1996 s. 191 sekä *Palin* 1997 s. 636.

[59] Takaisinsaantilain 14 § saattaa olla arvopaperistamistransaktion relevantti ainakin silloin, jos saatavakannan luovutus tulkitaan vakuusluovutukseksi.

[60] Puhtaassa rahoitustilanteessa – ei siis tasetta ”kevennettäessä” – erillisyhtiötä ei välttämättä tarvita, koska omaisuus on mahdollista tällöin jättää alkuperäiselle omistajalle. *Huhtamäki* 1996 s. 168. Toisaalta on kuitenkin syytä huomata, että vakavaraisuuslaskennassa merkityksellistä ei ole se, onko saatava edelleen taseessa vai ei, vaan se, onko saataviin liittyvä riski siirtynyt erillisyhtiölle. Rata 1996 s. 5.

Rahoitustarkastus on luottolaitoksia koskevassa ohjeistuksessaan katsonut, että erillisyhtiö voidaan jättää konsolidoinnin ulkopuolelle, jos originaattori ei käytä määräysvaltaa erillisyhtiössä.[61] Konsolidoinnin kannalta olennaisia ovat originaattorin ja erillisyhtiön hallinnollisten suhteiden lisäksi yhtiöiden väliset taloudelliset suhteet. Jos luovutettuihin varoihin liittyvää riskiä on vähäisessäkään määrin jätetty originaattorille, on erillisyhtiölle siirretty varallisuuserä otettava huomioon originaattorin vakavaraisuutta laskettaessa.[62]

2.3. Liiketoiminnan arvopaperistaminen

Perinteisessä arvopaperistamistransaktiossa käytetään ennalta määritellyn ja originaattorilta erillisyhtiölle siirretyn saatavakannan tuottamia kassavirtoja markkinoille laskettavan joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun. Järjestelyssä pyritään muuntamaan ennustettavissa olevia, mutta epälikvidejä kassavirtoja tuottavia omaisuuseriä likvideiksi, markkinoilla kaupankäynnin kohteena oleviksi arvopapereiksi.[63] Yrityksen liiketoiminnan arvopaperistamisella tavoitellaan samanlaista päämäärää eli yrityksen omaisuuserien muuttamista likvidimpään muotoon. Päinvastoin kuin perinteisessä yksilöidyn saatavakannan arvopaperistamisessa ei liiketoiminnan arvopaperistamisessa arvopaperistettavia kassavirtoja kuitenkaan voida vielä transaktiota valmisteltaessa tarkoin yksilöidä, sillä jälkimmäisessä arvopaperistamisen kohteena ovat *yrityksen liiketoiminnasta tulevaisuudessa syntyvät kassavirrat*.

Liiketoiminnan arvopaperistaminen muistuttaa rahoitukselliselta luonteeltaan tavallista vakuudellista lainaa, sillä liiketoimintaa harjoittava yritys on joko suoraan tai ainakin epäsuorasti vastuussa lainan takaisinmaksusta.[64] Toisin kuin perinteisessä arvopaperistamisessa, ei liiketoiminnan arvopaperistamisessa tapahdu aitoa saatavakannan kauppaa vaan varat säilyvät liiketoimintaa

---

[61] Erillisyhtiö voidaan jättää konsolidoinnin ulkopuolelle, jos luottolaitoksella ei ole omistukseen tai sopimukseen perustuvaa määräysvaltaa erillisyhtiössä, luottolaitoksella ja erillisyhtiöllä ei ole yhteisiä hallintoelimiä eikä luottolaitosta ja erillisyhtiötä johdeta yhteisesti. Rata 1996 s. 4.

[62] Siirtääkseen saatavakannan kokonaan taseensa ulkopuolelle on luottolaitoksen varmistuttava siitä, että saataviin liittyviä vastuita ei millään muotoa voida enää kohdistaa siihen. Pelkästään luovutettuihin varoihin liittyvän riskin jättäminen luovuttajapankille ei edellyttäne konsolidointia vaan riskin pidättäminen vaikuttaa ainoastaan pankin omaan vakavaraisuuteen. Rahoitustarkastus on sääntelyssään katsonut, että takaisinostositoumuksin luovutetut saamiset on kuitenkin aina merkittävä luovutuksesta huolimatta luottolaitoksen taseeseen, Rata 1996 s. 5. Mitään yleispätevää tulkintatapaa ei ole viranomaispäätösten vähäisyyden vuoksi löydettävissä ja ongelmat onkin syytä ratkaista tapauskohtaisesti. Näin myös *Palin* 1997 s. 635.

[63] *Kendall* 1996 s. 2.

[64] Moody's 2000 s. 1.

harjoittavan yrityksen omaisuutena. Vaikkei liiketoiminnan arvopaperistamisessa tapahdukaan ennalta yksilöidyn varallisuuserän kauppaa, on transaktion onnistumisen edellytyksenä se, että joukkovelkakirjalainan vakuutena oleva liiketoiminta voidaan eristää itse liiketoimintaa harjoittavasta yrityksestä, jos tämä ajautuu maksuvaikeuksiin.

Englannissa, jonka lainsäädäntö on otollinen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioille, liiketoiminnan harjoittamisen edellyttämä yritysvarallisuus on velkojien niin vaatiessa mahdollista siirtää erilleen yrityksestä ja vielä siten, että liiketoimintaa jatketaan. Omaisuutta ei siis realisoida, vaan joukkovelkakirjojen takaisinmaksuun tarvittavat kassavirrat tuottavaa liiketoimintaa voidaan ainakin lähtökohtaisesti jatkaa niin kauan, kunnes joukkovelkakirjalaina on tullut maksetuksi.

Englannissa käytetyn liiketoiminnan arvopaperistamismallin analyysin pohjana voidaan käyttää kuvion 2 mukaista rakennetta. Transaktiomallissa Holding-yhtiö A on yhtiöittänyt omistamansa liiketoiminnan (Yhtiö B), jonka se aikoo arvopaperistaa. Englantilaiset liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiot perustuvat useimmiten niin sanotulle secured loan -rakenteelle. Järjestelyn keskeisimpänä osana on lainanottajayrityksen ja erillisyhtiön tai jäljempänä esitettävin tavoin vaihtoehtoisesti kahden erillisyhtiön välille solmittava vakuudellinen velkasopimus (secured loan). Kuvion mukaisessa secured loan -järjestelyssä erillisyhtiö laskee liikkeeseen joukkovelkakirjalainan, josta saatavat varat se lainaa edelleen Yhtiö B:lle, joka omistaa arvopaperistettavan liiketoiminnan. Yhtiö maksaa lainan takaisin liiketoimintansa tuottamilla kassavirroilla.

Perinteisessä arvopaperistamisessa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksua turvaava saatavakanta pyritään kokoamaan siten, että se tuottaa tasaisia ja ennustettavissa olevia kassavirtoja. Vaikka liiketoiminnan arvopaperistamisessa kassavirrat syntyvät eri tavoin kuin perinteisessä arvopaperistamisessa, on liiketoiminnan arvopaperistamisen tuottamille kassavirroille asetettava tiettyjä vaatimuksia, jotta transaktiota voitaisiin pitää järkevänä. Vaikka kassavirrat kertyvätkin tulevaisuudessa syntyvistä saatavista, tulisi näiden saatavien syntymisaikataulua ja -todennäköisyyttä pystyä ennustamaan jonkinlaisella tarkkuudella. Tärkeää on myös se, että kassavirtoja synnyttävää liiketoimintaa on mahdollista harjoittaa ainakin joukkovelkakirjan takaisinmaksuperiodin ajan.[65]

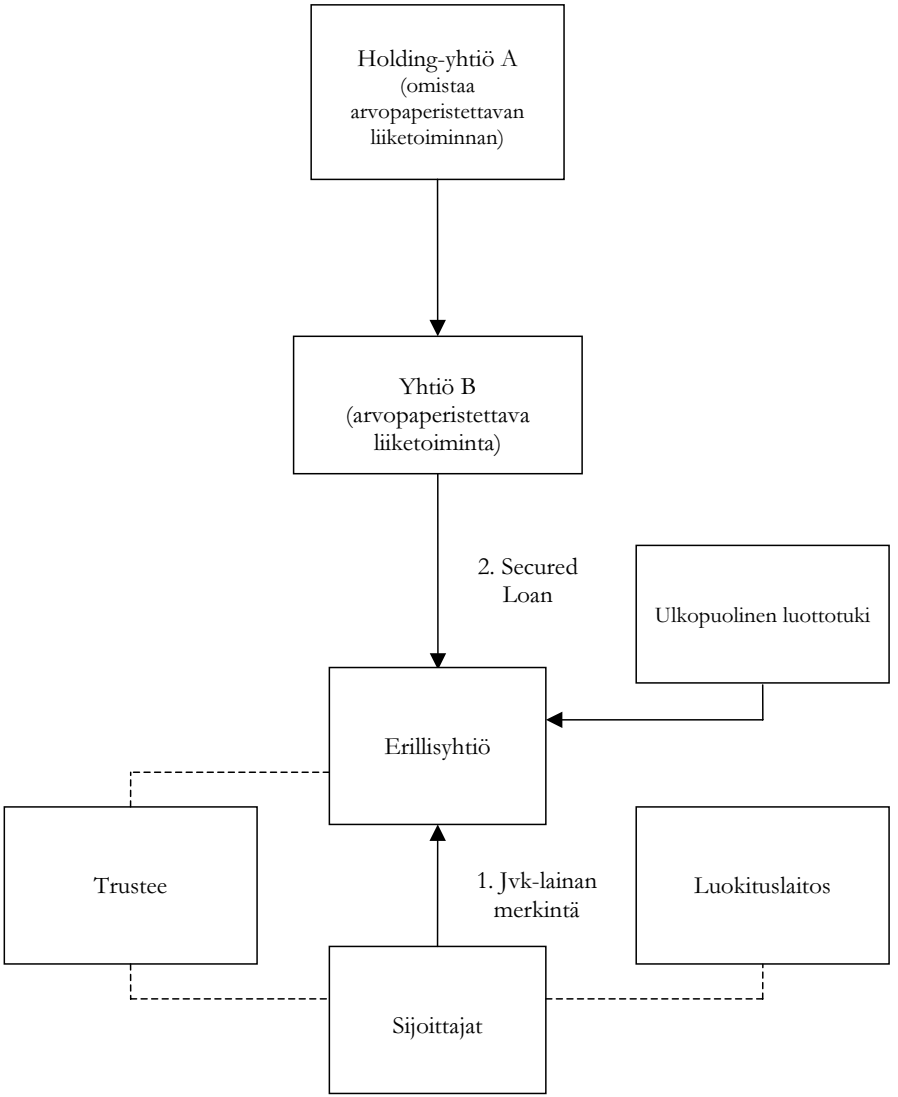
Secured loan -järjestelyssä lainan takaisinmaksun vakuutena on niin kutsuttu vakuuskokonaisuus (security package), johon on syytä sisällyttää ainakin seuraavat vakuudet ja oikeuksien siirrot:[66]

---

[65] Moody's 2000 s. 4.

[66] *Xin* 2000 (b) s. 323.

Kuvio 2


Holding-yhtiö A
(omistaa arvopaperistettavan liiketoiminnan)
Yhtiö B
(arvopaperistettava liiketoiminta)
2. Secured Loan
Ulkopuolinen luottotuki
Erillisyhtiö
Trustee
1. Jvk-lainan merkintä
Luokituslaitos
Sijoittajat

– kiinnitykset ja panttioikeudet yrityksen kaikkeen vakuuskelpoiseen omaisuuteen
– floating charge (yrityskiinnitys) nykyiseen ja tulevaan yritysvarallisuuteen
– arvopaperistettavan liiketoiminnan omistavan yrityksen osakkeet
– asiakassopimuksiin liittyvien oikeuksien siirtäminen erillisyhtiölle.

Englannin oikeusjärjestelmä mahdollistaa tulevien ja siten vielä ansaitsemattomien saatavien tehokkaan siirron. Oikeuskirjallisuudessa tulevien saatavien siirtoedellytyksistä todetaan seuraavaa:

> *"…though a mere expectancy is thus incapable of actual assignment, an agreement for valuable consideration to assign such an expectancy operates in equity to transfer the right to the chose in action as soon as it comes to existence provided only that it is sufficiently identifiable under the agreement".*[67]

Englannin oikeuden mukaan tulevien ja vielä ansaitsemattomien saatavien tehokas siirtäminen ei edellytä siirrettävien saatavien velallistaholle tehtävää erillistä notifikaatiota.[68] Tulevien saatavien siirto edellyttää kuitenkin kahta asiaa: siirronsaajan tulee olla velkoja-asemassa saatavien siirtäjään ja siirrettävät saatavat on yksilöitävä riittävällä tarkkuudella siirtosopimuksessa.[69]

Tulevien saatavien siirtämisen ohella myös niiden panttaaminen on Englannissa mahdollista. Maan yhtiöoikeudellinen perussäädös, vuoden 1985 Companies Act, mahdollistaa tulevien saatavien panttaamisen edellytyksin, että panttaus tulee voimaan heti saatavan synnyttyä edellyttämättä panttaajalta tai pantinsaajalta lisätoimenpiteitä. Jos sovittu panttaus täyttää nämä vaatimukset, voidaan se rekisteröidä.[70]

Vakuudet ja yrityskiinnitystä muistuttava floating charge -vakuusmuoto yhdessä muodostavat niiden vakuuksien kokonaisuuden (security package), joka annetaan trusteen hoidettavaksi. Trustee edustaa useimmiten sekä joukkovelkakirjaan sijoittaneita että myös muita vakuusvelkojia.[71] Kattavien vakuuksien

---

[67] *Chitty* 1999 s. 1044.

[68] Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa kyseinen velallistaho (operatiivisen yhtiön asiakkaat) saattaa monesti olla lukumääräisesti varsin suppea, joten ilmoituksen tekeminen on suhteellisen vaivatonta ja siten suositeltavaa. Pätevän siirron edellytys tämä ei kuitenkaan siis ole.

[69] Yleinen käytäntö lienee se, että siirtosopimuksessa mainitaan maksuosoite, johon kassavirrat tulee siirtää. Sopimukseen on myös syytä liittää maininta siitä, että tilinhaltijana on sijoittajien edustajana toimiva trustee. *Xin* 2000 (b) s. 318.

[70] Companies Act 1985, section 395. Suomalaista Patentti- ja rekisterihallitusta vastaavana rekisteriviranomaisena toimii Registrar of Companies.

[71] Tällaisia vakuusvelkojia voivat olla esimerkiksi ulkopuolista luottotukea myöntävät tahot.

tarkoituksena on turvata joukkovelkakirjan takaisinmaksu myös silloin, jos liiketoimintaa harjoittava yhtiö tulee maksukyvyttömäksi. Toisin kuin esimerkiksi Suomessa ei Englannissa vakuuskokonaisuuden perimmäisenä tarkoituksena kuitenkaan ole tuottaa velan takaisinmaksuun tarvittavia varoja vakuuksien realisoinnin avulla. Englannin yritysten insolvenssitilanteita sääntelevä vuoden 1986 Insolvency Act antaa vakuusvelkojille varsin laajat mahdollisuudet yritysvarallisuuden realisoinnin sijaan jatkaa maksukyvyttömyystilaan ajautuneen yrityksen liiketoimintaa.[72]

Velkojat, joiden saamisten turvana on ominaisuuksiltaan suomalaista yrityskiinnitystä muistuttava floating charge, voivat Insolvency Act'in 9 §:n 3 momentin nojalla nimittää selvitysmiehen (administrative receiver), joka siirtyy hallinnoimaan liiketoimintaa harjoittavaa yritystä. Selvitysmies hallinnoi vakuutena olevaa yritysvarallisuutta puhtaasti vakuusvelkojien intressissä. Tämä johtaa käytännössä siihen, että liiketoimintaa jatketaan ja siitä saatavat kassavirrat käytetään erillisyhtiöltä saadun lainan takaisinmaksuun.[73]

Velkojien nimittämän selvitysmiehen käyttäminen on Englannin insolvenssilainsäädännön mukainen järjestely, joka mahdollistaa velkojien suorittaman konkurssiselvityksen virallisjohtoisen prosessin sijaan.[74] Käytännön tasolla tämä merkitsee useimmiten sitä, että konkurssiin ajautuneen yrityksen liiketoimintaa jatketaan ja näin vältetään yritysvarallisuuden realisointi. Velkojien valitsemalla selvitysmiehellä on Insolvency Act'in 14 §:n nojalla mahdollisuus myös realisoida yhtiön varallisuutta, missä tapauksessa velkojilla on saamiensa vakuuksien nojalla etuoikeus myynnistä saataviin varoihin.[75]

Vakuudellisen lainan (secured loan) tärkeimpänä ominaisuutena voidaan pitää sen velkojataholle suomia oikeuksia erityisesti tilanteessa, jossa liiketoimintaa harjoittava yritys joutuu maksuvaikeuksiin. Järjestely mahdollistaa lii-

---

[72] Itse asiassa Insolvency Act ei pelkästään anna mahdollisuuksia velkojalähtöiseen selvitykseen vaan se jopa pyrkii ohjaamaan velkojia ei-virallisjohtoiseen selvitysmenettelyyn, *Wood* 1995 (b) s. 192. Sääntelyn taustalla lienee ajatus siitä, että yritysvarallisuuden arvo osana liiketoimintaa on korkeampi kuin sen realisointiarvo itsenäisenä omaisuuseränä. On kuitenkin syytä huomata, etteivät Englannin ja Suomen oikeusjärjestelmien velkojataholle antamat mahdollisuudet jatkaa maksukyvyttömyystilaan ajautuneen yrityksen liiketoimintaa ole maksukyvyttömyysmenettelyn lopputuloksen valossa aina kovinkaan kaukana toisistaan. Kuten jäljempänä jaksossa 5. ("Liiketoimintaa harjoittavan yhtiön insolvenssi") käy ilmi, voi konkurssipesä muun muassa jatkaa velallisyrityksen liiketoimintaa tai myydä yhtiön osakekannan nimelliseen hintaan velkojataholle (liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa erillisyhtiölle, joka jatkaa liiketoimintaa).

[73] *Ovaska* 1992 s. 133.

[74] Englannin insolvenssilainsäädännöstä tarkemmin jaksossa 5.1.

[75] Kun selvitysmiehen nimittäneiden vakuusvelkojien saatavat on maksettu, päättyy selvitysmiehen toimeksianto ja hänen tulee luovuttaa mahdollinen ylijäämä takaisin yhtiölle. *Ovaska* 1992 s. 139.

ketoiminnan jatkamisen velkojien päätöksellä siinäkin tapauksessa, että liiketoiminnan omistava yritys ajautuu konkurssiin. Tämä on ensiarvoisen tärkeää liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kannalta, sillä tarpeeksi korkean luottoluokituksen saaminen liikkeeseenlaskettavalle joukkovelkakirjalainalle edellyttää, ettei velallisyrityksen insolvenssi vaaranna joukkovelkakirjalainan takaisinmaksua.

Secured loan -rakennetta hyväksikäyttämällä on mahdollista yksinkertaistaa arvopaperistamisessa usein ongelmalliseksi osoittautuvaa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun jaksottamista. Käytännön vaikeuksia aiheuttaa lähinnä se, että takaisinmaksuun käytettävät varat kertyvät usein epätasaisesti.[76] Vakuudellisen lainan takaisinmaksuehdot on mahdollista määritellä siten, että niissä otetaan huomioon kassavirtojen kertyminen. Tämä tekee joukkovelkakirjalainan jakamisen eri luokkiin (tranches) yksinkertaisemmaksi, sillä joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuaikataulu voidaan mukauttaa noudattamaan vakuuslainan takaisinmaksuaikataulua.[77]

Secured loan -rakennetta käytettäessä vakuudellisen lainan myöntää erillisyhtiö, joka hankkii lainavarat laskemalla liikkeeseen sijoittajille suunnatun joukkovelkakirjalainan. Samoin kuin perinteisessä arvopaperistamisessa on myös liiketoiminnan arvopaperistamisessa käytettävän erillisyhtiön pääfunktiona muodostaa neutraali työkalu, jonka välityksellä liiketoiminnasta saatava kassavirta voidaan kanavoida sijoittajille siten, ettei se sekoitu järjestelyyn osallisina olevien tahojen tuottamiin muihin kassavirtoihin.[78] Erona tavalliseen arvopaperistamiseen on kuitenkin se, ettei erillisyhtiötä tarvita true sale -opin mukaisen aidon kaupan mahdollistamiseen, sillä liiketoiminnan arvopaperistamiseen ei sisälly yksilöidyn saatavakannan kauppaa.

Perinteisen arvopaperistamisen ja liiketoiminnan arvopaperistamisen peruserot ovat edellä esitetyin tavoin siirrettävän saatavakannan luonne ja sitä kautta true sale -ongelman välttäminen. Siitä huolimatta, että liiketoiminnan arvopaperistamista eivät vaikeuta tavalliseen arvopaperistamiseen liittyvät aitoa kaup-

---

[76] Kassavirtojen epätasainen kertyminen on eri asia kuin vaikeasti ennustettavissa oleva kertyminen. Epätasaisuudella voidaan tarkoittaa esimerkiksi sitä, että kassavirtoja kertyy huomattavasti enemmän tilikauden ensimmäisellä neljänneksellä kuin muilla neljänneksillä. Tämä ei ole arvopaperistamisen kannalta kuitenkaan ylitsepääsemätön ongelma, sillä kassavirtojen ”kertymisjakauma” voidaan tilastollisen analyysin avulla ennustaa varsin tarkasti etukäteen. Moody’s 2001 s. 2.

[77] Takaisinmaksuaikataulun laadinnalla ja joukkovelkakirjalainan jakamisella eri luokkiin on myös mahdollista alentaa transaktion pääomakustannuksia. Näin on siksi, että eri luokkien painotettu keskiarvokustannus on useimmiten pienempi kuin pääoman kustannus siinä tilanteessa, että joukkovelkakirjalaina laskettaisiin liikkeelle yhtenä, saman riskitason omaavana kokonaisuutena. *Din* 2000 s. 30.

[78] Moody’s 2002 s. 4.

paa koskevat ongelmat, on transaktio varsin monimutkainen. Itse asiassa liiketoiminnan arvopaperistamisen ongelmat johtuvat siitä, että minkäänlaista saatavakannan kauppaa ja siten konkurssiturvaa (bankruptcy remoteness) ei transaktiossa synny.

Ongelmat korostuvat, kun transaktio pyritään tekemään muun kuin Englannin tai jonkin sitä läheisesti muistuttavan oikeusjärjestyksen alaisuudessa.[79] Tutkimuksen seuraavissa jaksoissa yksilöidään ne oikeudelliset ongelmat, jotka vaikeuttavat kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiota. Tämän yksilöinnin pohjalta pyritään strukturoimaan transaktiomalli, joka mahdollistaa liiketoiminnan arvopaperistamisen kotimaisen lainsäädännön alaisuudessa.

3. LIIKETOIMINNAN ARVOPAPERISTAMINEN SUOMESSA

3.1. Tutkimuksen kohteina olevat transaktiorakenteet

Saatavakannan aito kauppa ja saatavakannan tuottamien kassavirtojen ennustettavuus ovat perinteisen saatavien arvopaperistamistransaktion onnistumisen perusedellytyksiä. Saatavakannan siirtyminen pois originaattorilta aidon kaupan kautta turvaa sijoittajia originaattorin ajautuessa konkurssiin. Homogeeninen saatavakanta taas mahdollistaa järjestelyn suunnittelun siten, että saatavakannan tuottama kassavirta voidaan varsin tarkasti ennustaa etukäteen. Jos saatavakannan arvopaperistamistransaktio voidaan rakentaa siten, että se perustuu homogeenisen saatavakannan aidolle kaupalle, voidaan järjestelyä ainakin lähtökohtaisesti pitää toteuttamiskelpoisena ja sijoittajien kannalta turvallisena sijoituskohteena.

Liiketoimintaa arvopaperistettaessa ei transaktiota voida toteuttaa samalla periaatteella kuin perinteistä arvopaperistamista. Saatavakanta ei siirry pois originaattorilta, sillä mitään ennalta määriteltävää ja siten myyntikelpoista saatavakantaa ei ole olemassa. Näin ollen riski siitä, että originaattorin konkurssi vaarantaa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun, on varsin suuri. Koska joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun käytettävät kassavirrat syntyvät tulevaisuudessa harjoitettavasta liiketoiminnasta, eivät kassavirrat myöskään ole samalla tavoin ennustettavia kuin perinteisessä arvopaperistamisessa, jossa siir-

[79] Tällaisia ovat esimerkiksi eräät Aasian valtioiden (muun muassa Intia ja Malesia) oikeusjärjestykset. *Wood* 1995 (a) s. 74–76.

rettävät saatavat ovat syntyneet useimmiten jo transaktiota käynnistettäessä.[80]

Englannin oikeuden alaisuudessa toteutetuissa transaktioissa edellä mainitut ongelmat on ratkaistu hyväksikäyttämällä secured loan -rakennetta. Koska secured loan -rakenne pohjautuu Suomessa tuntemattomiin oikeudellisiin konstruktioihin, on kotimaiseen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioon liittyvät ongelmat ratkaistava muulla tavoin. Tämän tutkimuksen ensisijaisena tavoitteena onkin *analysoida liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion toteuttamiskelpoisuutta Suomessa sekä rakentaa suomalaisen lainsäädännön alaisuuteen sopiva transaktiorakenne.* Tämän lisäksi tutkitaan liiketoiminnan arvopaperistamisen erityismuodon, niin kutsutun synteettisen listautumisannin toteuttamiskelpoisuutta kotimaisena transaktiona.[81]

Tutkimuksen pohjana on kuvion 3 englantilaista mallia muistuttava transaktiorakenne.[82] Yllä olevassa transaktiorakenteessa Holding-yhtiö A haluaa arvopaperistaa omistamansa liiketoiminnan tai ainakin tietyn osan siitä. Mahdollistaakseen arvopaperistamisen yhtiöittää Holding-yhtiö A tämän liiketoiminnan siirtämällä sen perustamaansa Osakeyhtiö B:hen.[83] Tämän jälkeen transaktiota varten perustettu erillisyhtiö laskee liikkeeseen joukkovelkakirjalainan, josta saatavat varat se lainaa edelleen Osakeyhtiö B:lle.[84] Erillisyhtiöltä saadun lainan takaisinmaksu tapahtuu liiketoiminnan tuottamilla kassavirroilla, jotka erillisyhtiö puolestaan käyttää liikkeeseenlaskemansa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun.[85]

---

[80] Jo syntyneitä saatavia arvopaperistetaan esimerkiksi asuntolainojen arvopaperistamistransaktiossa.

[81] Synteettisen listautumisannin perusrakenne ja -tavoitteet esitetään sivuilla 162–165.

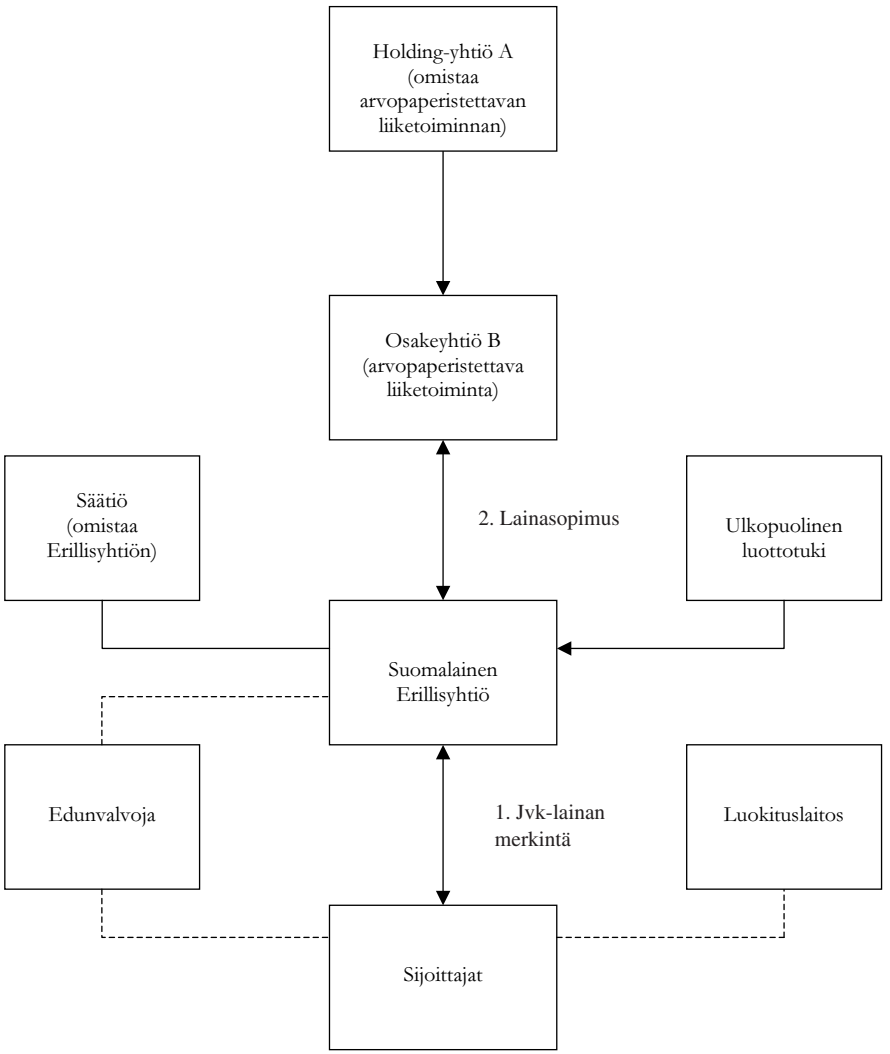
[82] Vaikka nyt valittu transaktiorakenne muistuttaakin secured loan -rakennetta, on vielä syytä painottaa sitä, että secured loan -rakenne on englantilaisen oikeusjärjestelmän tuote eikä sitä ole sellaisenaan mahdollista tuoda kotimaisen oikeusjärjestyksen alaisuuteen.

[83] Yhtiöittäminen ei sinällään ole edellytys transaktion onnistumiselle, vaikka se todennäköisesti yksinkertaistaa muun muassa vakuusjärjestelyjä. On toki huomattava, että esimerkiksi yrityskiinnitys, joka on keskeinen osa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion vakuuskokonaisuutta, voidaan yrityskiinnityslain 5.2 §:n mukaisesti antaa rajattuna koskemaan vain tiettyä osaa elinkeinonharjoittajan elinkeinotoiminnasta.

[84] Joukkovelkakirja-anti mitoitetaan pääomamäärältään alhaisemmaksi kuin liiketoiminnan joukkovelkakirjalainan juoksuajan aikana tuottamat kassavirrat, millä pyritään kompensoimaan kassavirtojen kertymiseen liittyvää riskiä (niin kutsuttu epävarmojen saamisten kauppa, *Tepora – Takki* 1994 s. 27). Lisäksi osa annin tuottamista varoista käytetään transaktiokulujen kattamiseen.

[85] Liiketoiminnan tuottamilla kassavirroilla tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä rahamäärää, joka jää jäljelle, kun liiketoiminnan bruttokassavirroista vähennetään kassavirtojen ansaitsemisen vaatimat liiketoimintamenot.

Kuvio 3



Transaktion avulla Holding-yhtiö A voi muuntaa omistamansa liiketoiminnan likvidimpään muotoon samalla periaatteella kuin perinteisessä arvopaperistamisessa muunnetaan epälikvidejä saatavakantoja likvideiksi arvopapereiksi. Holding-yhtiö A ei kuitenkaan ole originaattori vaan originaattorina toimii

arvopaperistettavan liiketoiminnan yhtiöittämisen johdosta Osakeyhtiö B.

Yllä esitetyssä, yhden erillisyhtiön sisältävässä transaktiorakenteessa liiketoimintaa harjoittava Osakeyhtiö B (operatiivinen yhtiö, originaattori) jää Holding-yhtiö A:n suoraan omistukseen. Liiketoiminnan arvopaperistamisen kotimaassa Englannissa rakennetta on varioitu lisäämällä transaktiorakenteeseen toinen erillisyhtiö, joka ostaa Holding-yhtiö A:lta Osakeyhtiö B:n osakkeet. Rakennetta on kutsuttu nimellä synteettinen listautumisanti (synthetic IPO), millä on haluttu kuvata sitä tapaa, jolla Holding-yhtiö A voi hankkia omistamalleen liiketoiminnalle julkisen noteerauksen.[86] Kahden erillisyhtiön rakennetta hyväksikäyttäen on mahdollista järjestää liiketoimintaa harjoittavalle yhtiölle ”keinotekoinen listautuminen”, sillä osakkeita ei myydä sijoittajille vaan erillisyhtiölle, joka lainaa varat toisen erillisyhtiön välityksellä markkinoilta.[87] Liiketoimintaa harjoittava yhtiö hinnoitellaan näin ollen osakemarkkinoiden sijaan joukkovelkakirjamarkkinoilla.

Kahden erillisyhtiön rakenteelle perustuvaa transaktiota tutkitaan kuvion 4 rakenteen pohjalta. Myös kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa Holding-yhtiö A yhtiöittää omistamansa liiketoiminnan siirtämällä sen perustamaansa Osakeyhtiö B:hen. Tämän jälkeen transaktiota varten perustettu Erillisyhtiö 2 laskee liikkeeseen joukkovelkakirjalainan, josta saatavat varat se lainaa edelleen niin ikään transaktiota varten perustetulle Erillisyhtiö 1:lle, jonka omistaa Holding-yhtiö A. Erillisyhtiö 1 käyttää saamansa lainavarat ostaakseen Holding-yhtiö A:lta arvopaperistettavaa liiketoimintaa harjoittavan Osakeyhtiö B:n osakkeet.[88] Erillisyhtiö 2:lta saadun lainan takaisinmaksu tapahtuu Osakeyhtiö B:n liiketoiminnan tuottamilla kassavirroilla, jotka Erillisyhtiö 2 käyttää liikkeeseenlaskemansa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun.

Transaktion avulla Holding-yhtiö A voi muuntaa omistamansa liiketoiminnan likvidimpään muotoon samalla periaatteella kuin yhden erillisyhtiön transaktiossa. Kahden erillisyhtiön käyttö kuitenkin mahdollistaa sen, että Holding-yhtiö A saa osakekaupasta saatavat varat välittömästi haltuunsa eivätkä ne

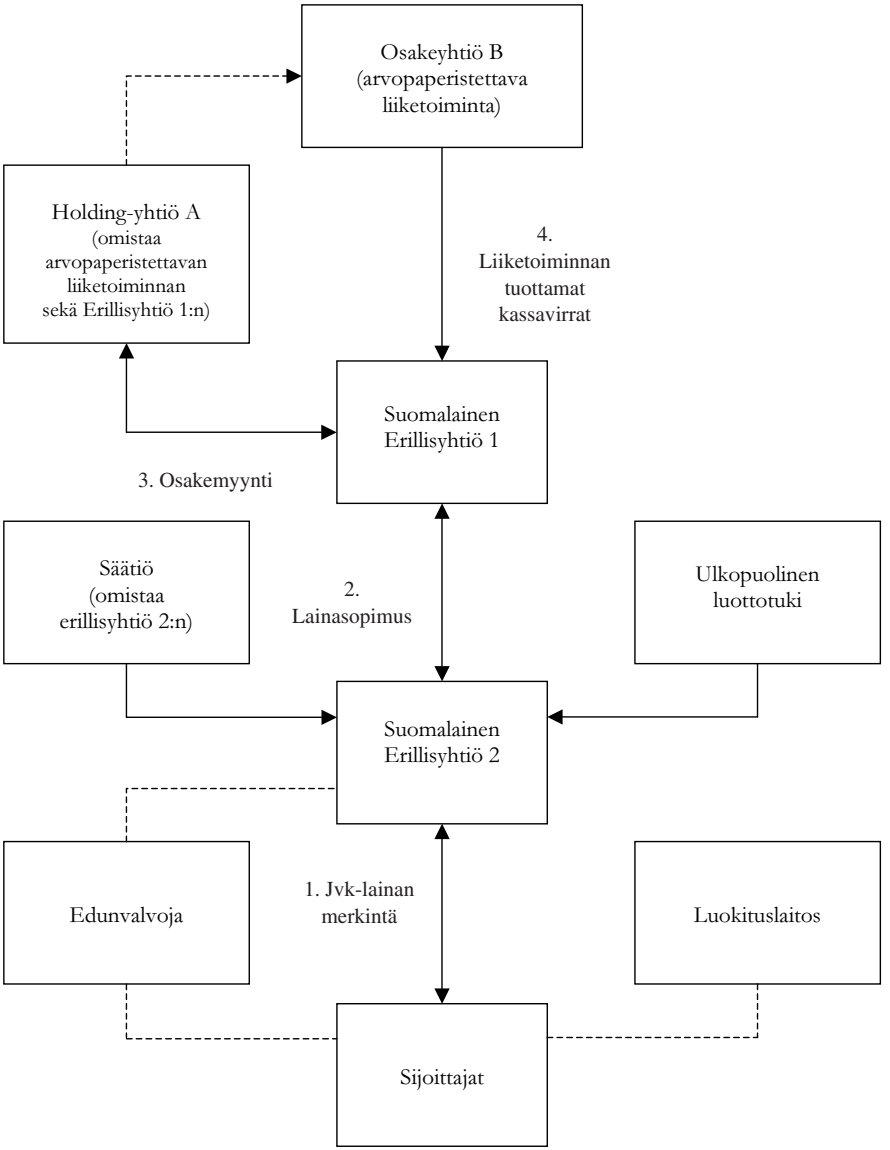
---

[86] Kyseistä nimitystä käytettiin ensimmäisen kerran Formula One Finance BV:n tekemän liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion yhteydessä. *Mannix* 1999 s. 13.

[87] Osakeannille ominaiselle tavalla osakkeiden omistaja (Holding-yhtiö A) saa annin tuottamat varat välittömästi käyttöönsä. Synteettisessä listautumisannissa sijoittajille kuitenkin myydään operatiivisen yhtiön osakkeiden sijasta sen tulevaisuudessa tuottamia kassavirtoja.

[88] Osakekannan kauppahinta on hieman alhaisempi kuin joukkovelkakirja-annin tuottamat pääomat, sillä osa annin tuottamista varoista käytetään transaktiokulujen kattamiseen. Formula One Finance BV:n tekemässä liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa joukkovelkakirjalainaemissiossa laskettiin liikkeeseen 1,4 miljoonan dollarin laina, josta 1,25 miljardia ohjautui originaattorille osakekannan kauppahinnan muodossa. *Mannix* 1999 s. 13.

Kuvio 4


Osakeyhtiö B
(arvopaperistettava
liiketoiminta)
Holding-yhtiö A
(omistaa
arvopaperistettavan
liiketoiminnan
sekä Erillisyhtiö 1:n)
4.
Liiketoiminnan
tuottamat
kassavirrat
Suomalainen
Erillisyhtiö 1
3. Osakemyynti
Säätiö
(omistaa
erillisyhtiö 2:n)
2.
Lainasopimus
Ulkopuolinen
luottotuki
Suomalainen
Erillisyhtiö 2
Edunvalvoja
1. Jvk-lainan
merkintä
Luokituslaitos
Sijoittajat

jää sen tytäryhtiöön eli Osakeyhtiö B:hen, joka yhden erillisyhtiön transaktiomallissa vastaanottaa erillisyhtiön liikkeeseenlaskemasta joukkovelkakirjalainasta saadut varat.

Verrattaessa kahden erillisyhtiön transaktiorakennetta perinteiseen saatavakannan arvopaperistamiseen on tärkeää ottaa huomioon, ettei Holding-yhtiö A:n ja Erillisyhtiö 1:n välinen osakekauppa ole saatavakannan kauppaan vertautuva ja true sale -teorian valossa arvioitava oikeustoimi. Kyseessä on osakekannan kauppa, jonka tavoitteena on siirtää liiketoimintaa harjoittavan Osakeyhtiö B:n omistus Erillisyhtiö 1:lle. Huomattavaa tässä kaupassa on se, että Holding-yhtiö A ei tosiasiallisesti luovu liiketoiminnasta vaan omistaa sen edelleen välillisesti Erillisyhtiö 1:n kautta.[89]

Kahden erillisyhtiön rakennetta hyväksikäyttämällä tehty arvopaperistaminen on itse asiassa osittain vaihtoehtoinen varainhankintaväline tilanteessa, jossa yritys voisi listata omistamansa liiketoiminnan.[90] Päädyttäessä ”aitoon listautumiseen” osakemarkkinoilla sijoittajien mielenkiinto kohdistuu suoraan listattavaan osakeyhtiöön (Osakeyhtiö B). Joukkovelkakirjamarkkinoille suunnatussa synteettisessä listautumisannissa sijoittajien ensisijaisen mielenkiinnon kohteena on Erillisyhtiö 2:n kyky maksaa sen liikkeeseenlaskema joukkovelkakirja takaisin, mutta koska Osakeyhtiö B tuottaa takaisinmaksuun tarvittavat kassavirrat, kiinnostaa sijoittajia tosiasiallisesti Osakeyhtiö B ja sen taloudellinen tila. Näin ollen joukkovelkakirjalainan hinnoittelussa otetaan huomioon vastaavia tekijöitä kuin tavallisen listautumisannin hinnoittelussa.[91] Voidaankin

---

[89] Nimitys ”erillisyhtiö” on Erillisyhtiö 1:n osalta hieman harhaanjohtava, sillä se ei ole omistuksellisesti erillinen yksikkö vaan Holding-yhtiö A:n täysin omistama tytäryhtiö. Koska arvopaperistamisessa käytettäviä apuyhtiöitä kutsutaan perinteisesti erillisyhtiöiksi ja Englannissa tehtyjen liiketoiminnan arvopaperistamisten yhteydessä Erillisyhtiö 1:n asemassa olevaa yhtiötä on myös kutsuttu SPV:ksi (Special Purpose Vehicle), käytetään tässä tutkimuksessa samaa terminologiaa. Terminologiasta *Xin* 2000 (b) s. 322.

[90] Kyseessä olisi tällöin niin sanottu equity carve out -tyyppinen listautuminen, jossa osa yhtiön liiketoiminnasta irrotetaan omaksi yhtiökseen. *Brealey – Myers* 2000 s. 984. Vastaavankaltaiseen lopputulokseen voidaan päästä myös käyttämällä niin sanottua tracking stock -järjestelyä, jossa emoyhtiö laskee liikkeeseen osakesarjan, jonka tuotto on sidottu liikkeeseenlaskijan tietyn liiketoimintayksikön taloudelliseen tulokseen. *Haas* 1996 s. 2121.

[91] Selvää toki on, että osakesijoittajat painottavat tekijöitä eri tavoin kuin velkainstrumentteihin sijoittavat tahot. Osakesijoittajille tärkeää saattavat olla esimerkiksi yhtiön kasvunäkymät, kun taas joukkovelkakirjasijoittajat painottavat yrityksen kykyä tuottaa lainan takaisinmaksun vaatimaa tasaista kassavirtaa. Sijoittajien mahdollisuutta saada tietoa liiketoimintaa harjoittavasta yhtiöstä – ainakin Englannissa tehtävissä transaktioissa – vaikeuttaa myös se, etteivät arvopaperimarkkinalainsäädännön liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuutta koskevat säännöt edellytä kahden erillisyhtiön transaktiorakenteen vuoksi/ansiosta liiketoimintaa koskevien tietojen ilmoittamista kovinkaan suuressa laajuudessa. Tästä tarkemmin jaksossa 6.2.

perustellusti sanoa, että arvopaperistettavalle liiketoiminnalle on saatu osittain pörssinoteeraukseen vertautuva noteeraus joukkovelkakirjamarkkinoilla.

Kahden erillisyhtiön malli luo myös uusia ja mielenkiintoisia vaihtoehtoja yrityskaupan rahoitusjärjestelyihin. Yrityskauppatilanteessa ostajan (Holding-yhtiö A) tavoitteena on ostaa liiketoimintaa harjoittava yritys (Osakeyhtiö B) vieraan pääoman ehtoisella rahoituksella. Tavoitteen saavuttaminen on mahdollista käyttämällä kahden erillisyhtiön arvopaperistamisrakennetta. Ostettuaan Osakeyhtiö B:n esimerkiksi lyhytaikaisen pankkilainan avulla ostaja perustaa erillisyhtiön (Erillisyhtiö 1), joka ostaa kohdeyrityksen osakkeet. Kauppa rahoitetaan lainalla, joka saadaan toiselta erillisyhtiöltä (Erillisyhtiö 2). Lainavarat Erillisyhtiö 2 hankkii laskemalla liikkeeseen joukkovelkakirjalainan, jonka takaisinmaksuun käytettävät varat tuottaa Osakeyhtiö B.

Järjestelyn lopputuloksena ostaja on hankkinut omistukseensa alkuperäisen tavoitteensa mukaisesti Osakeyhtiö B:n. Synteettiselle listautumisjärjestelylle ominaisella tavalla Holding-yhtiö A säilyttää itsellään mahdollisuuden listauttaa ostettu yritys tulevaisuudessa osakemarkkinoilla. Tämä tapahtuu myymällä Erillisyhtiö 1:n osakkeita sijoittajille. Toisaalta jos kohdeyrityksen liiketoiminta on tappiollista ja se ajautuu konkurssiin, on ostajan asema varsin vahva: se on saanut joukkovelkakirjalainan tuottamat varat, joten sen menetykset ovat huomattavasti pienempiä kuin siinä tapauksessa, jos kauppa olisi toteutettu esimerkiksi oman pääoman ehtoisella rahoituksella. Yrityskauppa, jossa käytetään hyväksi synteettisen listautumisannin mahdollistavaa kahden erillisyhtiön rakennetta, vaikuttaa ostajan kannalta erinomaiselta ratkaisulta, sillä järjestelyn avulla tämä voi merkittävästi vähentää riskiään luopumatta silti mahdollisuudesta korkeaan tuottoon tulevaisuudessa tehtävän ”aidon listautumisannin” avulla.

Yhden erillisyhtiön sisältävään liiketoiminnan arvoperistamisrakenteeseen verrattuna synteettisen listautumisannin mahdollistava arvopaperistamisrakenne on hieman monimutkaisempi ja lisäksi jäljempänä esitettävin tavoin Suomen oikeusjärjestelmän kannalta varsin ongelmallinen. Ongelmista huolimatta ja toisaalta kyseisten ongelmien mielenkiintoisuuden sekä järjestelyn erityisesti yrityskaupan rahoitusjärjestelyille luomien mahdollisuuksien vuoksi on kahden erillisyhtiön transaktiorakenteen analysointi tutkimuksen kannalta perusteltua. Monimutkaisemman rakenteen esittely toivottavasti myös selventää niitä taustamotiiveja, joiden vuoksi rahoitusmarkkinoilla kehitetään uudenlaisia ja usein aiempaa monimutkaisempia transaktiomalleja.[92]

---

[92] Jäljempänä esitetty koskee lähtökohtaisesti niin yhden kuin kahdenkin erillisyhtiön transaktiomalleja. Pelkästään toista rakennetta koskevan analyysin ja siten toisen rakenteen osalta vähemmän tai ei lainkaan relevantin tarkastelun kohdalla analyysin kohde (yhden/kahden erillisyhtiön rakenne) mainitaan erikseen.

3.2. Suomalaiset erillisyhtiöt

3.2.1. Erillisyhtiön tehtävä liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa

Samalla tavoin kuin perinteisessä arvopaperistamisessa toimii myös liiketoiminnan arvopaperistamisessa joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana erillisyhtiö (Special Purpose Vehicle). Liikkeeseenlaskijana toimivasta erillisyhtiöstä pyritään tekemään neutraali apuväline, jonka kautta liiketoiminnan tuottamat kassavirrat kanavoidaan sijoittajille. Järjestelyjen perusperiaatteiden yhtenevyydestä huolimatta eroavat perinteisessä ja toisaalta liiketoiminnan arvopaperistamisessa käytettävien erillisyhtiöiden funktiot osittain toisistaan. Seuraavassa tutkitaan erityisesti liikkeeseenlaskijana toimivan erillisyhtiön yritysmuotoa Suomen oikeusjärjestyksen valossa.[93]

Liiketoiminnan arvopaperistamisessa käytettävän, joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskusta huolehtivan erillisyhtiön tehtävä on yksinkertaisempi kuin perinteisessä arvopaperistamisessa käytettävän erillisyhtiön. Näin on lähinnä siksi, että lukemattomien yksittäisten saatavien sijaan joukkovelkakirjan liikkeeseenlaskijana toimivan erillisyhtiön saamat kassavirrat koostuvat sen liiketoimintaa harjoittavalle yhtiölle tai kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa toiselle erillisyhtiölle antaman lainan takaisinmaksueristä. Näin ollen joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun käytännön hoitaminen ei edellyttäne liikkeeseenlaskijana toimivalta erillisyhtiöltä kovinkaan aktiivista toimintaa.[94]

Suomen oikeusjärjestelmään sopiviksi yritysmuodoiksi perinteisen arvopaperistamisen yhteydessä on esitetty sijoitusrahastoa, henkilöyhtiötä sekä osakeyhtiötä.[95] Tutkimuksen kohteena olevissa transaktiorakenteissa käytettävien erillisyhtiöiden yritysmuodosta päätettäessä on otettava huomioon liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion erot suhteessa perinteiseen arvopaperistamiseen. Perinteisten arvopaperistamistransaktioiden erillisyhtiöitä koskevat tutkimukset ja mielipiteet ovat kuitenkin hyvä lähtökohta liiketoiminnan arvopaperistamisjärjestelyssä käytettävien erillisyhtiöiden oikeudelliselle analyysille.

---

[93] Kahden erillisyhtiön rakenteessa osakekannan ostajana toimivan Erillisyhtiö 1:n yritysmuoto ei jäljempänä mainituin syin muodostune ongelmaksi, koska se toimii käytännössä vain kassavirtojen kanavointivälineenä ilman suoraa kosketusta rahoitusmarkkinoihin ja sijoittajiin.

[94] Kahden erillisyhtiön mallissa Erillisyhtiö 1:n tehtäviä lisää hieman se, että Osakeyhtiö B:n omistajana se ainakin lähtökohtaisesti osallistuu operatiivisen yhtiön hallinnointiin. Toki on syytä muistaa, että tavallisessa saatavakannan arvopaperistamisessa erillisyhtiö ei vastaa saatavakannan hoidosta, sillä hoitotoimet (esimerkiksi perimistoimenpiteet) on yleensä siirretty originaattorille hallinnointisopimuksen perusteella. *Tepora* 1995 (b) s. 173.

[95] *Tepora* 1995 (b) s. 188 sekä *Tuomisto* 1996 s. 33.

3.2.2. Sijoitusrahasto

Sijoitusrahastotoiminta määritellään sijoitusrahastolain 2 §:ssä, jonka mukaan sijoitusrahastotoiminnalla tarkoitetaan varojen hankkimista yleisöltä yhteistä sijoittamista varten, näiden varojen sijoittamista pääasiassa arvopaperimarkkinalain 1 luvun 2 §:n 1 momentissa tarkoitettuihin arvopapereihin tai kaupankäynnistä vakioiduilla optioilla ja termiineillä annetun lain 1 luvun 2 §:ssä tarkoitettuihin johdannaissopimuksiin sekä sijoitusrahaston hallintoa.

Sijoitusrahastolla, jota hallinnoi osakeyhtiömuotoinen rahastoyhtiö, tarkoitetaan sijoitusrahastolain 2 §:n perusteella sijoitusvaroja sekä niistä johtuvia velvoitteita. Perinteisessä saatavakannan arvopaperistamisessa sijoitusrahasto hankkisi omistukseensa saatavakannan ja sijoittajat ostaisivat sijoitusrahaston rahasto-osuuksia, jotka tuottavat yhtäläisen oikeuden rahastossa olevaan omaisuuteen. Tässä mallissa sijoittajille ei perusteta erillistä panttioikeutta saatavakantaan, vaan rahastoyhtiö käyttää sijoitusrahaston omaisuuteen kuuluvia oikeuksia sijoittajien puolesta.[96] Sijoituksille maksettava tuotto realisoituu rahasto-osuuden merkintähinnan ja lunastuspäivän arvon erotuksena eikä siis joukkovelkakirjalle maksettavan koron muodossa.[97]

Arvopaperistamistransaktion onnistumisen kannalta on tärkeää, ettei erillisyhtiön perustaminen vaadi suuria pääomia. Sijoitusrahastolain 27 §:n mukaan sijoitusrahaston varojen tulee olla vähintään 10 miljoonaa markkaa ja sillä on oltava vähintään 50 rahasto-osuudenomistajaa. Rahastoyhtiön osakepääoman tulee sijoitusrahastolain 6 §:n mukaan olla vähintään miljoona markkaa. Tämän lisäksi sijoitusrahastolaissa edellytetään, että rahastoyhtiön osakepääoman on aina oltava vähintään puoli sadasosaa rahastoyhtiön hallinnoimien sijoitusrahastojen yhteenlasketusta arvosta.

Nämä vaatimukset ovat ongelmallisia arvopaperistamistransaktion yhteydessä. Joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskevasta erillisyhtiöstä pyritään tekemään mahdollisimman ”kevyt”, millä tarkoitetaan lähinnä erillisyhtiön perustamiskustannusten vähäisyyttä. Jo rahastoyhtiölle asetettavaa miljoonan markan alkupääomavaatimusta voidaan pitää varsin korkeana. Koska arvopaperista-

---

[96] *Tepora* 1995 (b) s. 188. Järjestelyssä olennaista on se, ettei rahastoyhtiö omista sijoitusrahastossa olevaa saatava-kantaa ja vakuuksia, vaan ne kuuluvat rahasto-osuuksia merkinneille sijoittajille. Rahastoyhtiön ja sijoitusrahaston varallisuuksien erillään pitämisellä pyritään varmistamaan sijoitusten turvallisuus. *Tuomisto* 1996 s. 31.

[97] Jos sijoitusrahasto on tuottorahasto, joka jakaa vuosittain osan voitostaan voitto-osuuksina rahasto-osuudenomistajille, eivät sijoitusrahastosijoituksen tuottamat kassavirrat jaksotukseltaan juurikaan eroa joukkovelkakirjalainan koroista ja lyhennyksistä (vrt. kasvurahasto, joka ei jaa vuosittain voitto-osuutta vaan voitto siirtyy rahasto-osuuden arvoon).

mistransaktioissa liikkuvat pääomat ovat varsin suuria, nousee vähimmäispääomavaatimus helpostikin yli miljoonan markan.[98]

Sijoitusrahastolle asetettava 10 miljoonan markan vähimmäisvaravaatimus ei aiheuttane ongelmia, mutta sen sijaan vaatimus siitä, että sijoitusrahaston tulee sijoittaa varansa pääosin arvopapereihin tai optioihin aiheuttaa liiketoiminnan arvopaperistamisessa merkittäviä vaikeuksia. Toisin kuin perinteisessä arvopaperistamisessa ei liiketoiminnan arvopaperistamisessa tapahdu saatavakannan tai muunkaan kohde-etuuden kauppaa. Liikkeeseenlaskijana toimiva erillisyhtiö antaa joko liiketoimintaa harjoittavalle yritykselle tai kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa toiselle erillisyhtiölle lainan, joka maksetaan takaisin liiketoiminnan tuottamalla kassavirralla. Näin ollen liikkeeseenlaskijana toimiva erillisyhtiö ei sijoita varojaan sijoitusrahastolain edellyttämällä tavalla.

Sijoitusrahastolain 11 luvussa säännellään varojen sijoittamisesta vielä tarkemmin. Sijoitusrahastolain 68 §:n mukaan sijoitusrahaston on hajautettava sijoitustoiminnasta aiheutuvat riskit sijoittaessaan sijoitusrahaston varoja. Sijoitusrahaston on sijoitusrahastolain 71 §:n mukaan sijoitettava varansa niin, että korkeintaan yksi kymmenesosa varoista voidaan sijoittaa muihin kuin 69 §:ssä määriteltyihin säännellyllä ja julkisella markkinapaikalla kaupankäynnin kohteena oleviin arvopapereihin.

Lisäongelmia aiheutuu sijoitusrahastolain 73 §:n sijoitusvaroja koskevista lisävaatimuksista, sillä kyseisen säännöksen mukaan sijoitusrahasto saa sijoittaa saman liikkeeseenlaskijan arvopapereihin korkeintaan määrän, joka vastaa yhtä kymmenesosaa sijoitusrahaston varoista. Sellaisia sijoituksia saman liikkeeseenlaskijan arvopapereihin, jotka ylittävät yhden kahdeskymmenesosan sijoitusrahaston varoista, saa olla yhteensä enintään kaksi viidesosaa. Rahastoyhtiön toimivaltaa on rajoitettu lisäksi siten, että se saa hankkia hallinnoimansa sijoitusrahaston omistukseen enintään kymmenesosan saman liikkeeseenlaskijan joukkovelkakirjoista.

Sijoitusrahastolain hajauttamissäännökset tekevät sijoitusrahastosta käyttökelvottoman yritysmuodon erillisyhtiötä varten. Perusmuodossaan liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa liikkeeseenlaskijana toimiva erillisyhtiö antaa operatiiviselle yhtiölle lainan, joka ei ole julkisen kaupankäynnin kohteena. Tämä este olisi kenties mahdollista kiertää siten, että lainansaajan asemassa oleva yhtiö laskisi liikkeeseen niin ikään joukkovelkakirjalainan, jonka erillisyhtiönä toimiva sijoitusrahasto kokonaan merkitsisi. Näin tehdessään sijoitusrahasto kuitenkin rikkoisi sijoitusrahastolain hajautussäännöksiä.

---

[98] Alkupääomaa korkeampaa vähimmäispääomaa edellytetään jo siinä vaiheessa, kun sijoitusrahasto(je)n yhteenlaskettu arvo ylittää 200 miljoonaa markkaa (noin 33,6 miljoonaa euroa).

Vaikka sijoitusrahastolain 11 ja 12 luvuissa on säädetty tiettyjä poikkeuksia sijoitusvarojen hajauttamista koskevista säännöksistä esimerkiksi välittömästi rahaston perustamisen jälkeen (78 §) ja erikoissijoitusrahaston osalta (88 §), eivät nämä poikkeukset ole sellaisia, että ne mahdollistaisivat sijoitusrahaston varojen sijoittamisen yhden liikkeeseenlaskijan joukkovelkakirjoihin. Näin ollen jo sijoitusrahastolain varojen sijoittamista koskevat säännökset tekevät sijoitusrahastosta hyvin vaikeasti käytettävissä olevan yritysmuodon kotimaista liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiota silmälläpitäen.

Vaikka edellä mainittuja ongelmia ei olisikaan, vaikeuttaisi sijoitusrahastomallin käyttöä sijoitusrahastolain 49.1 §:n vaatimus siitä, että rahasto-osuus on rahasto-osuuden omistajan vaatimuksesta välittömästi lunastettava sijoitusrahaston varoista lunastuspäivän arvoonsa. Yksittäisten ja pääomamäärältään alhaisten lunastusvaatimusten kohdalla erillisyhtiön maksukyky saattaa riittää, mutta mikäli merkittävä osa sijoittajista haluaa samanaikaisesti lunastaa rahasto-osuutensa pois, saattaa erillisyhtiö ajautua vakaviin maksuvaikeuksiin. Näin siksi, että erillisyhtiön likvideinä varoina ovat pääsääntöisesti vain saatavista kertyneet lyhennykset ja korot, joiden kertyminen saattaa olla epätasaista.[99]

Sijoitusrahastolain 49.1 § aiheuttaa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa merkittäviä ongelmia. Näin siksi, että toisin kuin perinteisessä arvopaperistamisessa, jossa kassavirrat ovat suhteellisen helposti ennustettavissa, ovat liiketoiminnasta saatavat kassavirrat ainakin jossakin määrin epästabiileja. Näin ollen erillisyhtiönä toimivan rahastoyhtiön maksukyvyttömyysriski olisi erittäin suuri, sillä epästabiilien kassavirtojen vuoksi erillisyhtiön likvidit varat voivat vaihdella voimakkaastikin. Näin ollen sijoitusrahastoon kohdistetut lunastusvaatimukset saattavat olla liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kannalta kohtalokkaita.[100] Edellä mainituilla perusteilla sijoitusrahastoa ei voida pitää sopivana yritysmuotona liikkeeseenlaskijana toimivalle erillisyhtiölle.

---

[99] *Tuomisto* 1996 s. 32. Arvopaperistamistransaktioiden yhteydessä erillisyhtiö hankkii sijoittajien saamisten turvaksi ulkopuolista luottotukea (credit enhancement) varautuakseen mahdollisiin maksukyvyttömyystilanteisiin. Oman vaikeutensa ulkopuolisen luottotuen käytölle luo sijoitusrahastolain 47.3 §, jonka mukaan rahasto-osuuksien on tuotettava yhtäläiset oikeudet rahaston varoihin. Toisin kuin joukkovelkakirjalainoissa, joiden eri luokkien (tranches) turvaksi otetut vakuutukset voivat vaihdella, lienee rahastojen ottamien vakuutusten turvattava samantasoisesti kaikkia osuuksia, mikä nostaa transaktiokustannuksia. Lainaluokkien käytön kustannusvaikutuksista tarkemmin alaviitteessä 77.

[100] Perinteisessä arvopaperistamisessa lunastusvaatimusten maksamiseen voitaisiin pyrkiä hankkimaan varoja myymällä saatavakantaan kuuluvia saatavia, mikä jo sinällään voi olla hyvin vaikeaa. *Tuomisto* 1996 s. 32. Liiketoiminnan arvopaperistamisessa tätäkään vaihtoehtoa ei ole, sillä yksilöitävän ja myyntikelpoisen saatava(kanna)n muodostaminen on käytännössä mahdotonta.

3.2.3. Henkilöyhtiö

Perinteisessä arvopaperistamisessa käytettävälle erillisyhtiölle on sijoitusrahastoa sopivampana yritysmuotona pidetty henkilöyhtiötä, jota ei koske sijoitusrahastolain varsin tiukka sääntely.[101] Henkilöyhtiöllä tarkoitetaan avoimesta ja kommandiittiyhtiöstä annetun lain 1 luvun 1 §:n nojalla yhteenliittymää, jossa kaksi tai useampi henkilö harjoittaa sopimuksen perusteella yhdessä elinkeinotoimintaa yhteisen taloudellisen tarkoituksen saavuttamiseksi. Avoimessa yhtiössä yhtiömiesten vastuuta ei ole rajattu, kun taas kommandiittiyhtiössä on avoimesta ja kommandiittiyhtiöstä annetun lain 7 luvun 1 §:n perusteella yhden tai useamman, ei kuitenkaan kaikkien, yhtiömiehen vastuun yhtiön velvoitteista rajoituttava yhtiösopimuksen osoittamaan määrään.

Perinteisessä, ennalta määritellyn saatavakannan arvopaperistamisessa henkilöyhtiö saattaisi olla sopiva yritysmuoto joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskevalle erillisyhtiölle.[102] Henkilöyhtiö on hallinnollisesti varsin kevyt yritysmuoto, sillä kommandiittiyhtiössä vastuunalaisia yhtiömiehiä tarvitaan yksi ja avoimessa yhtiössäkin vain kaksi. Avoimesta ja kommandiittiyhtiöstä annetun lain 2 luvun 1 § ja 7 luvun 2 § antavat henkilöyhtiölle myös varsin suuret vapaudet liiketoiminnan järjestämiselle yhtiömiesten keskinäisen yhtiösopimuksen mukaan.[103] Näin ollen henkilöyhtiö on yritysmuotona joustava ja siten kykenevä mukautumaan arvopaperistamistransaktion erillisyhtiön yritysmuodolle asettamiin vaatimuksiin.

Siitä, että henkilöyhtiötä on pidetty käyttökelpoisena perinteisessä arvoperistamisessa, ei voida tehdä johtopäätöstä, että henkilöyhtiö olisi sopiva yritysmuoto liiketoiminnan arvopaperistamisessa käytettäville erillisyhtiöille. Pääsääntöisestihän henkilöyhtiötä käytetään yritysmuotona, kun kyse on pienestä tai keskisuuresta liiketoiminnasta, jossa osakkaita on vähän ja tappionvaara suhteellisen pieni.[104] Liiketoiminnan arvopaperistamisessa erillisyhtiöiden roo-

---

[101] *Tuomisto* 1996 s. 33.

[102] Näin *Tuomisto* 1996 s. 41. Voitaneen katsoa, että henkilöyhtiön käyttämistä koskevalla tutkimuksella on lähinnä teoreettista mielenkiintoa. Suomalaistenkin arvopaperistamistransaktioiden yhteydessä luokituslaitokset edellyttänevät sitä, että liikkeellelaskijana toimivan erillisyhtiön yritysmuotona on osakeyhtiö, jonka oikeudellinen luonne ei merkittävästi eroa eri oikeusjärjestelmien välillä. Näin esimerkiksi Standard & Poor's 2000 s. 151.

[103] Arvopaperistamistransaktion kannalta järkevää olisi yhtiösopimusmääräyksin esimerkiksi solmia yhtiösopimus määräaikaisena kestäväksi arvopaperistamistransaktion loppuun, jolloin erillisyhtiön pysyvyys olisi turvattu ainakin yhtiömiesten taholta mahdollisesti tehtäviltä ennenaikaisilta irtisanomisilta. *Tuomisto* 1996 s. 40.

[104] *Koski – Immonen* 1990 s. 23. On toki mahdollista, ettei henkilöyhtiötä voida pääomansa ja yhtiömiesten lukumäärän perusteella pitää pienyhtiönä. Tällaisista yhtiöistä voidaan esimerkkinä mainita niin kutsuttu kommandiittiosakeyhtiö, jossa yhtiömiesten suuren lukumäärän vuoksi on

lit – kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa erityisesti Erillisyhtiö 1:n – saattavat olla varsin aktiivisia ja liikuteltavat pääomat suuria. Näin ollen liiketoiminnan arvopaperistamista ei voida pitää henkilöyhtiölle soveltuvana toimintana.

Henkilöyhtiön käyttäminen liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön yhtiömuotona on transaktion monimutkaisuuden vuoksi vaikeaa. Henkilöyhtiöiden käyttäminen on myös oikeudellisesta näkökulmasta ongelmallista. Näin on muun muassa siksi, että vastuunalaisten yhtiömiesten rajoittamaton vastuu aiheuttaisi todennäköisesti sen, ettei halukkaita yhtiömiehiä – ei edes institutionaalisia – löytyisi. Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa olennaisen tärkeät ja jäljempänä tarkemmin esiteltävät vakuus- ja insolvenssioikeudelliset tekijät aiheuttavat osaltaan sen, että henkilöyhtiötä ei voida pitää mielekkäänä yritysmuotona järjestelyssä mukana oleville erillisyhtiöille.[105] Koska sijoitusrahasto ja henkilöyhtiö sopivat heikosti liiketoiminnan arvopaperistamisessa käytettävien erillisyhtiöiden yritysmuodoksi, jää arvopaperistamistransaktioissa käyttökelpoisina pidetyistä yritysmuotovaihtoehdoista jäljelle osakeyhtiö.

3.2.4. Osakeyhtiö

Osakeyhtiötä on pidetty käyttökelpoisena vaihtoehtona erillisyhtiön yhtiömuodoksi useissa maissa, joissa on laadittu arvopaperistamista koskevaa erityissääntelyä.[106] Osakeyhtiötä voidaan käyttää arvopaperistamistransaktion erillisyhtiönä kahdessa eri roolissa. Osakeyhtiö voi toimia joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana, jolloin sijoittajien vastaanottamat kassavirrat koostuvat joukkovelkakirjalainan lyhennyksistä ja koroista. Toinen mahdollinen toimintamalli on se, että joukkovelkakirja-annin sijaan sijoittajat merkitsevät suoraan erillisyhtiön osakkeita, jolloin sijoittajien vastaanottamat kassavirrat koostuvat

---

päädytty osakeyhtiölainsäädännön tarjoaman mallin mukaiseen organisaatioon. *Wilhelmsson – Jääskinen* 2001 s. 11. Koska kommandiittiosakeyhtiön käyttöön on päädytty yhtiömiesten suuren lukumäärän eikä arvopaperistamistransaktion kannalta keskeisten seikkojen eli liikuteltavien pääomien suuruuden ja potentiaalisesti korkean tappionvaaran vuoksi, ei tätä vaihtoehtoa tarkastella sen tarkemmin.

[105] Järjestelyn edellyttämien vakuuksien osalta tämä johtuu lähinnä siitä, ettei henkilöyhtiön yhtiösuutta pidetä panttikelpoisena objektina. *Havansi* 1992 s. 92. Jäljempänä esiteltävässä osakeyhtiömallissa erillisyhtiön omistajana toimivan säätiön vastuu on *yhtiöoikeudellisesti* rajattu, mutta tosiasiallisesti vastuu saattaa olla varsin suuri, sillä transaktiosopimuksissa säätiölle osoitetaan todennäköisesti varsin laaja *sopimusperusteinen* vastuu.

[106] Näin on esimerkiksi Ruotsissa, jossa saatavien arvopaperistamista koskevassa erityissäänte lyssä erillisyhtiön yritysmuodoksi parhaiten sopivina pidetään osakeyhtiötä tai taloudellista yhdistystä (ekonomisk förening). RP 2000/01:19 s. 19.

osingoista ja erillisyhtiön purkautuessa jaettavasta osakepääomasta.[107] Koska arvopaperistamistransaktioissa käytetään säännönmukaisesti velkainstrumentteja pääoman keräämiseen markkinoilta, käsitellään seuraavassa vaihtoehtoa, jossa osakeyhtiö toimii joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana.

Arvopaperistamisessa käytettävät erillisyhtiöt pyritään perustamaan mahdollisimman yksinkertaisella tavalla, millä tarkoitetaan lähinnä sitä, että yhtiön perustamisen edellyttämät pääomat ja sen hallinto-organisaatiolle asetettavat vaatimukset ovat pieniä.[108] Osakeyhtiölain 1 §:n mukaan yksityisen osakeyhtiön osakepääoman on oltava vähintään 8.000 euroa ja julkisen osakeyhtiön 80.000 euroa. Koska julkisille osakeyhtiöille asetetut pääomavaatimukset ovat yksityiselle osakeyhtiölle asetettuja vaatimuksia ankarampia, on yksityinen osakeyhtiö lähtökohtaisesti parempi vaihtoehto erillisyhtiöiden yritysmuodoksi.

Julkisen osakeyhtiön valinta liikkeeseenlaskijaerillisyhtiön yhtiömuodoksi saattaa kuitenkin olla järkevää ja tietyissä tilanteissa jopa välttämätöntä. Tutkimuksen lähtökohtana on kokonaan Suomen lainsäädännön alaisuudessa tapahtuva transaktio, mikä tarkoittaa myös sitä, että joukkovelkakirjalaina lasketaan yleiseen liikkeeseen Suomessa. Jos liikkeeseenlaskijana on osakeyhtiö, tulee sen olla julkinen, sillä osakeyhtiölain 1 luvun 2 §:n mukaan yksityisen osakeyhtiön arvopapereita ei saa ottaa julkisen kaupankäynnin kohteeksi.[109]

Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa julkisen osakeyhtiön valintaa saattavat tukea myös arvopaperistettavan liiketoiminnan alun perin omistaneen Holding-yhtiö A:n mahdolliset pyrkimykset listauttaa liiketoiminta myöhemmässä vaiheessa, mikä on mahdollista siten, että Erillisyhtiö 1 listataan osakemarkkinoille. Tämä voi olla houkutteleva mahdollisuus yhtiölle, jolla on omis-

---

[107] Osakkeet voisivat tällöin olla etuosakkeita, jotka voidaan ominaisuuksiensa puolesta muotoilla siten, että ne ovat tosiasialliselta luonteeltaan lähellä velkainstrumentteja. *Villa* 2001 s. 25. Jos erillisyhtiönä käytettäisiin kommandiittiyhtiötä, vastaavanlainen rakenne olisi mahdollista muodostaa siten, että sijoittajat olisivat yhtiössä äänettöminä yhtiömiehinä. Tällä ei kuitenkaan ratkaista aiemmin esitettyä vastuunalaisen yhtiömiehen rajoittamattomaan vastuuseen liittyvää problematiikkaa.

[108] Arvopaperistamistyöryhmän mietinnössä pidettiin tärkeänä, että erillisyhtiön vähimmäispääomalle ei pitäisi asettaa valitun yhtiömuodon yleisen minimin ylittäviä vaatimuksia. Arvopaperistamistyöryhmä 1993 s. 11.

[109] Yksityisen osakeyhtiön liikkeeseenlaskemilla arvopapereilla ei siis voida käydä kauppaa arvopaperimarkkinalain tarkoittamassa julkisessa kaupankäynnissä, mutta kaupankäynti on mahdollista muussa ammattimaisesti järjestetyssä ja yleisön käytettävissä olevassa kaupankäyntimenettelyssä. HE 184/2001 s. 56. Liiketoiminnan arvopaperistamisessa liikkeeseenlaskettava joukkovelkakirja on pääomamäärältään niin suuri, että liikkeeseenlaskufoorumista (julkinen kaupankäynti tai muu kaupankäyntimenettely) riippumatta on todennäköistä, että sijoittajat edellyttävät liikkeellelaskijan olevan rahoitusrakenteeltaan oletettavasti vakaampi (korkeampi oma pääoma) julkinen osakeyhtiö.

tuksessaan arvopaperistamiskelpoista liiketoimintaa, sillä halutessaan se voi ensin arvopaperistaa kyseisen liiketoiminnan ja tässä transaktiossa liikkeeseenlasketun joukkovelkakirjalainan tultua maksetuksi listata velattoman erillisyhtiön (Erillisyhtiö 1). Jos tähän vaihtoehtoon päädytään ja Erillisyhtiö 1:n osakkeet halutaan saattaa julkisen kaupankäynnin kohteeksi, on yhtiön yritysmuotona oltava julkinen osakeyhtiö.

Valitusta transaktiorakenteesta riippumatta lähtökohtana voidaan pitää sitä, että ainakin joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskevan erillisyhtiön yritysmuotona tulisi olla julkinen osakeyhtiö, ellei joukkovelkakirjalainaa lasketa liikkeeseen ennalta määritellylle sijoittajakunnalle. Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa liiketoiminnan omistavan erillisyhtiön (Erillisyhtiö 1) yritysmuotona voi olla yksityinen osakeyhtiö, sillä jos erillisyhtiö halutaan listauttaa myöhemmin, voidaan se muuttaa julkiseksi osakeyhtiöksi vasta listautumisvaiheessa. Pääoman sitominen osakeyhtiölain vaatimaan 80.000 euron vähimmäispääomaan ei Erillisyhtiö 1:n kohdalla ole lähtökohtaisesti järkevää.

Arvopaperistamisen onnistumisen kannalta on *tärkeää kiinnittää huomiota erillisyhtiön yhtiöjärjestykseen* ja kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa *erillisyhtiöiden yhtiöjärjestyksiin*. Koska erillisyhtiöiden harjoittaman toiminnan sisältö on ennalta varsin hyvin tiedossa ja toisaalta koska yhtiöiden toiminta on syytä rajata pelkästään arvopaperistamisen edellyttämiin toimiin, ovat erillisyhtiön yhtiöjärjestyksen toimialamääräykset keskeisiä.[110] Koska osakeyhtiölain yhtiöjärjestystä koskevat osakeyhtiölain 2 luvun 3 §:n määräykset ovat varsin yleisluontoisia, voidaan määräykset muotoilla varsin vapaasti transaktion ehdoilla.

Toimialamääräykset on syytä muotoilla mahdollisimman selkeästi, sillä jo pelkästään sijoittajien turvallisuuden kannalta on tärkeää, ettei erillisyhtiö voi ryhtyä toimenpiteisiin, jotka saattavat vaarantaa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun.[111] Varsin tiukoiksikaan määrätyt toimialarajoitukset eivät normaalitilanteessa vaikeuta erillisyhtiön toimintaa, sillä osakeyhtiön toimialamääräyksien tulkinta pyritään sovittamaan järkevästi yhteen yhtiöjärjestyksen muiden määräysten kanssa.[112]

---

[110] *Henderson* 1997 s. 12.

[111] Tällaisia toimia voivat olla perinteisessä arvopaperistamisessa uusien ja mahdollisesti riskitasoltaan korkeampien saatavakantojen ostaminen ja siten erillisyhtiön aseman heikentäminen. Liiketoiminnan arvopaperistamisessa on syytä erillisyhtiöiden yhtiöjärjestysmääräyksin estää erillisyhtiöltä liiketoimintaa koskevaan päätöksentekoon ”sekaantuminen”, sillä nämä päätökset on syytä tehdä liiketoimintaa harjoittavan ja siten liiketoimintaympäristön parhaiten tuntevan yhtiön (Osakeyhtiö B) tasolla. Väärinkäytösten estämiseksi yhtiöjärjestyksessä voidaan ja on jopa suositeltavaa nimenomaisesti kieltää muut kuin transaktion kannalta välttämättömät toimenpiteet.

[112] *Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio* 2002 s. 178. Näin ollen vaikka jotakin tiettyä arvopaperistamistransaktioon kuuluvaa toimenpidettä ei olisikaan toimialamääräykseen sisällytetty, voidaan toimenpiteen katsoa kuuluvan yhtiön toimialaan tilanteessa, jossa päinvastainen tulkinta tekisi transaktion toteuttamisen mahdottomaksi.

Tämän tulkintatyön selkeyttämiseksi on joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimivan erillisyhtiön yhtiöjärjestykseen syytä ottaa maininta ainakin siitä, että osakeyhtiön tavoitteena ei ole tuottaa voittoa osakkeenomistajilleen vaan toimia vain kassavirtojen kanavointivälineenä.[113]

Kahden erillisyhtiön transaktiomallissa erillisyhtiöiden tehtävät ovat erilaiset ja näin ollen myös niiden yhtiöjärjestykset ja toimialasäännökset eroavat toisistaan. Erillisyhtiö 1:n toimialamääräykset on syytä muotoilla siten, että ne sallivat vain lainanoton osakekauppaa varten, arvopaperistettavaa liiketoimintaa harjoittavan yhtiön (Osakeyhtiö B) osakekannan oston, Osakeyhtiö B:n tuottamien osinkojen käytön lainan takaisinmaksuun sekä edellä mainittuihin tehtäviin liitännäiset toimenpiteet. Erillisyhtiö 2:n tehtävänä puolestaan on joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlasku sekä lainananto edelleen Erillisyhtiö 1:lle liitännäistoimenpiteineen.

Joukkovelkakirjalainaan sijoittavien kannalta tärkeää on se, etteivät transaktiossa mukana olevien *erillisyhtiöiden oikeudellinen asema tai toimintavaltuudet muutu joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuaikana*. Näin ollen yhtiöjärjestyksessä olisi syytä määrätä, ettei yhtiöjärjestystä voida edes yhtiökokouksen yksimielisin päätöksin muuttaa ennen kuin transaktio on täydellisesti loppuunsaatettu.[114] Tämä koskee kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa kumpaakin erillisyhtiötä, sillä kummankin yhtiön vakaa toiminta on edellytyksenä transaktion onnistumiselle. Koska tällaiset säännökset eivät ole sisällöltään osakeyhtiölain tai muun sääntelyn vastaisia, on niitä pidettävä sallittuina.[115]

Se, että muutoskieltosäännöt ovat sallittuja, ei kuitenkaan takaa sitä, että yhtiöjärjestystä ei kielloista huolimatta muutettaisi, sillä mitään yhtiöoikeudellisia takeita tälle ei ole. Erillisyhtiön toimintaa rajoittavien *yhtiöjärjestysmääräysten pysyvyyttä voidaan kuitenkin vahvistaa joukkovelkakirjalainasopimukseen sisällytettävillä kovenanttiehdoilla*, joissa voidaan määritellä erillisyhtiöille esimerkiksi raportointivelvollisuus säännöllisin väliajoin.[116] Raportointivelvollisuuden laiminlyönnin – samoin kuin muidenkin kovenanttien rikkomisen – seuraukset on syytä määritellä sellaisiksi, että ne mahdollisimman hyvin ehkäisevät rikkomistilanteiden syntyä.

---

[113] Maininta on tärkeä, koska osakeyhtiön perustavoitteena pidetään voiton tuottamista ja sen jakamista edelleen osakkeenomistajille. *Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio* 2002 s. 143. Näin yhtiöjärjestystä tulkitaan tätä voitontavoittelupäämäärää vasten, ellei yhtiöjärjestyksessä muuta mainita.

[114] Tämä on tärkeää, sillä nyt tarkasteltavissa transaktiorakenteissa erillisyhtiöillä on jäljempänä esitetyin tavoin vain yksi omistajataho, joka hallitsee yhtiön koko osakekantaa.

[115] *Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio* 2002 s. 162.

[116] *Tuomisto* 1996 s. 35 ja 47. Kovenantit voidaan jakaa kahteen eri pääluokkaan, tunnuslukukovenantteihin ja muihin kovenantteihin, *Hemmo* 2001 s. 327. Nyt puheena oleva raportointivelvollisuus kuuluu muihin kovenantteihin, joiden laajempikin käyttö joukkovelkakirjalainan yhteydessä on suositeltavaa. Näistä tarkemmin jaksossa 4.5.

Transaktion sujuvan loppuunsaattamisen kannalta yhtiöjärjestykseen on syytä ottaa myös maininta siitä, että joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskeva erillisyhtiö purkautuu joukkovelkakirjalainan tultua kokonaisuudessaan takaisinmaksetuksi. Sen sijaan kahden erillisyhtiön transaktiomallissa Erillisyhtiö 1:n kohdalla vastaavanlaista määräystä ei ole tarvetta ottaa yhtiöjärjestykseen, sillä ainakin lähtökohtaisesti erillisyhtiö jatkaa liiketoimintaa harjoittavan yhtiön omistajana joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuajan jälkeenkin.

3.3. Erillisyhtiöiden omistajat

Perinteisessä arvopaperistamisessa käytettävästä joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskevasta erillisyhtiöstä pyritään tekemään neutraali työkalu, joka on itsenäinen suhteessa transaktion muihin osapuoliin. Tämä on tärkeää erityisesti siksi, että saatavakannan kauppa tulkittaisiin aidoksi kaupaksi. Jos erillisyhtiö ei ole itsenäinen yksikkö suhteessa originaattoriin – erillisyhtiön katsotaan toisin sanoen kuuluvan ainakin välillisesti originaattorin omistuspiiriin – ei transaktio ole sijoittajien kannalta turvallinen tilanteessa, jossa originaattori ajautuu konkurssiin ja konkurssipesä katsoo myydyn saatavakannan olevan konkurssipesän omaisuutta.[117]

Erillisyhtiön omistajina pyritään käyttämään oikeushenkilöitä, jotta luonnollisten henkilöiden henkilökohtainen velkavastuu voitaisiin välttää.[118] Joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskevan erillisyhtiön itsenäisyys voidaan varmistaa sillä, ettei yhtiöiden välille luoda ristikkäisiä omistussuhteita. Common law -maissa, joiden oikeusjärjestysten alaisuuteen valtaosa arvopaperistamistransaktioiden erillisyhtiöistä on perustettu, omistussuhteet on järjestetty siten, että erillisyhtiön osakkeet on asetettu trustiin. Trustee on tällöin osakkeiden muodollinen omistaja[119], minkä vuoksi erillisyhtiön voidaan katsoa olevan originaattorista erillinen ja siten itsenäinen oikeushenkilö.[120]

---

[117] True sale -problematiikasta ja yhtiöiden erillisyydestä (bankruptcy remoteness) tarkemmin jaksossa 2.2.

[118] *Tuomisto* 1996 s. 53.

[119] Trustee voi muodollisen omistusoikeutensa turvin disponoida kohdevarallisuudesta vapaasti. Trusteen tulee kuitenkin toimia niin kutsuttujen fidusiaaristen velvollisuuksiensa mukaisesti. Näihin velvollisuuksiin kuuluu muun muassa se, että trusteen tulee toimia trustin edunsaajien etujen mukaisesti. Näin trusteen tulee esimerkiksi aktiivisesti valvoa edunsaajien intressejä ja informoida heitä seikoista, jotka koskettavat näitä intressejä. *Poutiainen* 2001 s. 334.

[120] Trust on tällaisessa tapauksessa usein niin kutsuttu yleishyödyllinen charitable trust, joka nauttii useista verohelpotuksista, *Burn* 1990 s. 322. Vuoden 2001 pääomamäärältään suurimmassa kotimaisessa arvopaperistamistransaktiossa (Fennica No. 6, erillisyhtiö Irlannissa) käytetyn trust-järjestelyn statuksesta ei ole antiesitteissä eksplisiittistä mainintaa, mutta on ainakin lähtökohtai-

Liiketoiminnan arvopaperistamisessa erillisyhtiöiden itsenäisellä asemalla ei ole yhtä suurta merkitystä kuin perinteisessä arvopaperistamisessa. Näin on lähinnä siksi, että transaktioon ei sisälly saatavakannan siirtoa ja aitoa kauppaa ei tarvitse näin ollen tavoitella.[121] Arvopaperistettava liiketoiminta säilyy operatiivisen yhtiön (originaattori) omistuksessa. Osakekaupan sisältävässä kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa Osakeyhtiö B:n osakkeet ostavan Erillisyhtiö 1:n omistussuhteet on järjestetty siten, että yhtiön omistaa Holding-yhtiö A.

Joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimivan erillisyhtiön omistussuhteiden järjestely ei ole näin yksinkertaista. Perinteisissä saatavakannan arvopaperistamisissa liikkeeseenlaskijana toimivalta erillisyhtiöltä edellytetään itsenäistä asemaa suhteessa originaattoriin. Vaikka liiketoimintaa harjoittavalta Osakeyhtiö B:ltä ei liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa vaaditakaan omistuksen erillisyyttä suhteessa liikkeeseenlaskijaerillisyhtiöön, on tällainen erillisyys jäljempänä esitetyin perustein edellytyksenä onnistuneelle joukkovelkakirjalainaemissiolle.

Liiketoiminnan arvopaperistamisessa ei ole vastaavanlaisia true sale- ja bankruptcy remoteness -vaatimuksia kuin saatavakannan arvopaperistamisessa, mutta transaktion onnistuminen edellyttää erillisyhtiöltä kuitenkin varsin itsenäistä asemaa. Jotta sijoittajat olisivat valmiita sijoittamaan varojaan joukkovelkakirjalainaan, edellyttävät he todennäköisesti sitä, etteivät liikkeeseenlaskijan maksukykyä heikennä sidokset muihin yhtiöihin. Näin ollen liikkeeseenlaskijaerillisyhtiölle asetettavan itsenäisyysvaatimuksen voidaankin katsoa tosiasiallisesti muistuttavan varsin paljon perinteisessä arvopaperistamisessa keskeistä bankruptcy remoteness -vaatimusta.

Joukkovelkakirjalainaan sijoittavien kannalta tärkeää on myös se, etteivät liikkeeseenlaskijaerillisyhtiön toiminta tai toimintavaltuudet muutu joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuaikana. Erillisyhtiönä toimivan osakeyhtiön yhtiöjärjestyksessä on mahdollista asettaa toiminnalle tietyt rajat, mutta kuten edellä on todettu, ei näiden toimintarajojen pysyvyyttä voida yhtiöjärjestyssäännöksin taata. Tämä johtuu siitä, että yhtiötä koskeva päätöksentekovalta on sen omistajilla, jotka voivat halutessaan ryhtyä kolmansien osapuolien kannalta vahingollisiin toimenpiteisiin.

Suomalaisen joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimivan erillisyhtiön omistuksen tulisi olla sillä tavoin neutraali, ettei omistuksellista yhteyttä

---

sesti mahdollista tulkita, että trust-järjestelystä on pyritty tekemään yleishyödyllinen. Tätä tulkintaa tukee ainakin listalleottoesitteeseen otettu mainінta *"… the entire issued share capital of Holdings is held on trust for bodies, the objects of which are to promote the provision of social housing and consumer oriented housing policies in the Republic of Finland"*. Fennica 2001 s. 62.

[121] Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa olennaista on omistusoikeuden siirtymisen (aito kauppa) sijasta vakuuskokonaisuuden kattavuus.

erillisyhtiön ja holding-yhtiön välille voida konstruoida. Common law -maissa käytettyä ja sijoittajien hyväksymää charitable trust -konstruktiota muistuttaa suomalaisista oikeussubjekteista säätiö, jonka perustamista ja toimintaa sääntelee säätiölaki.[122]

Säätiö on määrättyyn tarkoitukseen käytettäväksi luovutetun omaisuuden hoitamista varten perustettu itsenäinen oikeushenkilö.[123] Säätiöllä ei ole omistajia, osakkaita eikä jäseniä eikä sitä siten voida lukea yhteisöihin kuuluvaksi oikeushenkilöksi. Säätiön omaisuuden vähimmäismäärä on säätiöasetuksen 1 §:n mukaan 25.000 euroa. Säätiölle sen sääntöjen mukaisesti valittujen toimielinten tehtävänä on hoitaa säätiön omaisuutta lain ja säätiölle vahvistettujen sääntöjen mukaisesti sekä päättää omaisuuden käyttämisestä säätiölle määrättyyn tarkoitukseen.

Patentti- ja rekisterihallituksen on säätiölain 5.3 §:n perusteella *annettava perustamislupa, jos säätiön tarkoitus on hyödyllinen*. Hyödyllisyysvaatimuksen sisältöä ei ole tarkasti määritelty, eikä sen täyttymiselle voida asettaa kovinkaan tiukkoja edellytyksiä. Päinvastoin voitaneen katsoa, että hyödyllisyysvaatimus on syytä asettaa varsin alhaiseksi perustamislupaa myönnettäessä.[124] Hyödyllisyydeltä ei myöskään voida edellyttää yleishyödyllistä luonnetta, vaan säätiön tehtävänä voi olla jonkin varsin tarkastikin yksilöidyn ja vain tiettyä tahoa hyödyttävän tarkoituksen edistäminen.[125]

Säätiön käyttämiselle liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön omistajana ei liene lähtökohtaisia esteitä, jos sen tarkoitus on tulkittavissa hyödylliseksi. Tämä on mahdollista liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kohdalla esimerkiksi silloin, jos säätiön tarkoitukseksi määrätään kotimaisten rahoitusmarkkinoiden ja erityisesti arvopaperistamisen kehityksen tukeminen.[126]

---

[122] *Tuomisto* 1996 s. 57. Charitable trust –rakenteen yleishyödyllistä luonnetta suomalaisessa säätiössä ilmentää esimerkiksi säätiölain 5.3 §:n säännös siitä, ettei säätiön tarkoituksena saa olla taloudellisen edun hankkiminen säätäjälle tai säätiön toimihenkilölle.

[123] Säätiö on siis oikeussubjekti toisin kuin trust, joka on oikeudellinen järjestely, ei oikeussubjekti. *Halila* 1998 s. 21.

[124] *Aro* 1971 s. 89.

[125] Vaikka perustamisluvan antaminen perustunee objektiiviseen harkintaan, on siinä viime kädessä otettava kantaa siihen, voidaanko säätiön tarkoitusta pitää perustajatahon subjektiivisesta näkökulmasta hyödyllisenä. Vaikka tarkoitus olisi subjektiivisesti katsoen hyödyllinen, ei lupaa tule kuitenkaan myöntää, jos säätiön perustamisen tarkoitusperät ovat lain tai hyvien tapojen vastaisia. *Tuomisto* 1996 s. 61.

[126] Patentti- ja rekisterihallitus on suhtautunut alustavan myönteisesti perustamisluvan myöntämiseen säätiölle, jonka tarkoitus on sanotunlainen. *Haapaniemi* 2001 s. 7. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty kannanottoja jopa sen ajatuksen tueksi, että sanottu tarkoitus on yleishyödyllinen, jos se vaikuttaa myönteisesti kansantalouteen esimerkiksi ulkomaisten pääomavirtojen lisääntymisen myötä. *Tuomisto* 1996 s. 61. Tähän tulkintaan on syytä suhtautua varsin varauksellisesti, sillä samalla perusteella mikä tahansa kansantalouteen myönteisesti vaikuttava liiketoiminta voitaisiin katsoa yleishyödylliseksi.

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa säätiön tulee toteuttaa tarkoitustaan omistamalla erillisyhtiön osakkeet ja käyttämällä omistajuuteen kuuluvaa toimivaltaa siten, että säätiövarojen käyttö vastaa niille asetettua tarkoitusta. Vaikka säätiölaissa ei asiasta suoraan mitään lausutakaan, ei esteitä ole sille, että suomalainen säätiö omistaa osakkeita.[127] Säätiölain 10.2 § sisältää kuitenkin vaatimuksen siitä, että säätiön hallituksen on huolehdittava varojen sijoittamisesta varmalla ja tuloa tuottavalla tavalla. Jos varoja ei sijoiteta tällä tavoin, voi patentti- ja rekisterihallitus säätiölain 14.1 §:n nojalla määrätä hallituksen oikaisemaan virheellisen sijoituspäätöksen tai kieltää virheellisen päätöksen täytäntöönpanon.

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa vaatimus säätiövarojen sijoittamisesta varmalla tavalla täyttyy, koska liikkeeseenlaskija-erillisyhtiö toimii kassavirtojen kanavointivälineenä eikä sen toiminta siten ole korkeariskistä. Sen sijaan tuottovaatimuksen täyttyminen on tulkinnanvaraisempaa, koska erillisyhtiö ei tavoittele voittoa.[128] Voidaan kuitenkin katsoa, että arvopaperistamistransaktion yhteydessä säätiön tarkoituksen toteuttaminen edellyttää varojen sijoittamista liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön osakkeisiin eikä sijoitus siten ole sellainen, joka tulisi säätiölain 14.1 §:n nojalla peruuttaa. Päinvastainen tulkinta estäisi säätiön tarkoituksen toteuttamisen. Näin ollen lähtökohtana voidaan pitää sitä, että säätiö voi toimia liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön omistajana.[129]

Säätiön säännöissä ei tule ohjata omistajanvallan käyttöä niin, että säätiön voitaisiin katsoa harjoittavan liiketoimintaa. Näin siksi, että säätiölain 5.3 §:n mukaan perustamislupaa ei tule myöntää säätiölle, jos sen tarkoituksena on liiketoiminnan harjoittaminen tai jos sen pääasiallisena tarkoituksena on taloudellisen edun hankkiminen säätäjälle tai säätiön toimihenkilölle.

Vaikka säätiön säännöissä ei nimenomaisesti määrättäisi säätiön tarkoitukseksi liiketoiminnan harjoittamista, voi tilanne olla sellainen, että tarkoituksen

---

[127] Suomen säätiölakia sisällöllisesti muistuttavan Ruotsin Stiftelselagin 5 §:ssä mainitaan nimenomaisesti, että ruotsalainen säätiö voi omistaa osakeyhtiön osakkeita. *Tuomisto* 1996 s. 57 alav. 116.

[128] Osakeyhtiön voitontuottamistavoitteesta tarkemmin alaviitteessä 113.

[129] Tämän tulkinnan puolesta puhuu myös se, että säätiö voi säätiölain 8a §:n nojalla harjoittaa liiketoimintaa, jos se välittömästi edistää säätiön tarkoituksen toteuttamista. Tämä poikkeussäännös ilmentää sitä painoarvoa, joka säätiön tarkoitukselle on lainsäädännön tasolla annettu. Voitaneen perustellusti katsoa, että säätiön tarkoitusta edistävä säätiövarallisuuden sijoittaminen varmaan, mutta heikosti tai ei lainkaan tuottavaan kohteeseen (kuten liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön osakkeet) on säätiön kannalta vähemmän riskialtista kuin liiketoiminnan harjoittaminen. Säätiölain 8a §:ää argumenttina käyttäen voidaan perustellusti päätyä tulkintaan, jonka mukaan liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön osakkeiden omistaminen on säätiölle sen tarkoitusta edistävänä sallittua.

toteuttaminen tosiasiallisesti edellyttää liiketoiminnan harjoittamista. Tämä on kuitenkin sallittua, sillä välittömästi kyseisen tarkoituksen toteuttamiskeinona on säätiön säätiölain 8a §:n nojalla mahdollista harjoittaa säännöissä mainittua liiketoimintaa.[130]

Joukkovelkakirjan liikkeeseenlaskeva erillisyhtiö on kassavirtojen kanavointiväline, joka ei ole liiketoiminnallisessa yhteydessä kassavirtoja tuottaviin tahoihin. Näin ollen erillisyhtiön tarkoituksena ei ole hankkia itselleen taloudellista etua ja onkin vaikea tulkita tilannetta siten, että säätiön voitaisiin katsoa harjoittavan liiketoimintaa. Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa Osakeyhtiö B:n omistava erillisyhtiö (Erillisyhtiö 1) saattaa olla hyvinkin läheisessä yhteydessä arvopaperistettavaan liiketoimintaan. Tällä ei kuitenkaan ole säätiölainsäädännön kannalta merkitystä, sillä Erillisyhtiö 1:n omistajana ei ole säätiö vaan osakeyhtiö (Holding-yhtiö A).

Samalla tavoin kuin liikkeeseenlaskijana toimivan erillisyhtiön yhtiöjärjestyksestä *on myös säätiön säännöistä syytä tehdä mahdollisimman selkeät*. Kun säätiön säännöt on muotoiltu yksiselitteisesti ja tarkoin, voivat sijoittajat ainakin lähtökohtaisesti luottaa siihen, ettei erillisyhtiön omistajataho toimi arvopaperistamistransaktion etujen vastaisesti. Tätä luottamusta suojaa myös säätiölain 17 §, jonka mukaan säätiön tarkoitusta voidaan muuttaa vain, jos varojen käyttäminen sille määrättyyn tarkoitukseen on mahdotonta tai olennaisesti vaikeutunut, varojen vähyyden vuoksi tai muusta syystä kokonaan tai huomattavalta osalta hyödytöntä taikka lain tai hyvien tapojen vastaista. Ilman jonkin edellä mainitun edellytyksen olemassaoloa ei säätiön tarkoituksen muuttamista voida hyväksyä arvopaperistamistransaktion ollessa kesken.[131]

Joukkovelkakirjalainaan sijoittaneiden on tärkeää saada varmuus siitä, ettei erillisyhtiön omistaja muuta yhtiöjärjestystä tai tee liiketoiminnallisia päätöksiä, jotka saattaisivat vaarantaa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun. Valitsemalla säätiö erillisyhtiön omistajaksi voidaan tätä riskiä pienentää huomattavasti, sillä tällöin omistus on yksissä käsissä ja sellaisella taholla, jonka toimivalta ja toiminnan tavoitteet voidaan määrätä hyvin sitovasti säätiön säännöissä.

---

[130] Kiellettynä toimintana on mahdollista pitää myös sitä, että säätiön tosiasiallinen rooli on olla pelkästään omistaja ilman, että omistaminen tukee säätiön tarkoitusta. Huolimatta siitä, että tällainen säätiön toiminta ei ole sallittua, on Suomessakin säätiöitä, joiden ainoana tosiasiallisena tehtävänä on toimia omistajana. *Halila* 1998 s. 32. Säätiön harjoittamasta liiketoiminnasta ja sen määrittelystä tarkemmin *Olsson* 1996 s. 369–387.

[131] Säätiön sääntöjen asianmukaisuuden ohella on varmistuttava siitä, että transaktiosopimuksissa säätiö sidotaan ennalta sovittuun, transaktion onnistumista edistävään menettelyyn.

3.4. Transaktion muut osapuolet

Sijoittajien näkökulmasta erillisyhtiön toimialan ja laajemmin toimintatapojen ”betonointi” ei riitä takaamaan sijoitusten turvallisuutta. Vaikka transaktiossa pystyttäisiin takaamaan se, ettei erillisyhtiö ryhdy sijoittajien intressien vastaisiin toimenpiteisiin, voi joukkovelkakirjalainan takaisinmaksu vaarantua muista syistä. Näistä merkittävin on luonnollisesti se, etteivät liiketoiminnasta kertyvät varat syystä tai toisesta ole riittävän suuria kattamaan joukkovelkakirjalainan lyhennyksiä ja korkoja. Tämän riskin pienentämisessä voidaan ja tulee käyttää kolmansien osapuolien apua.

Jos erillisyhtiö laskee joukkovelkakirjat liikkeeseen siten, että ne ovat julkisen kaupankäynnin kohteina, on joukkovelkakirjoille hankittava *luottoluokitus ulkopuolisilta luokituslaitoksilta*.[132] Perusperiaatteena voidaan pitää, että mitä paremman luottoluokituksen velkakirjat saavat sitä edullisempi laina on originaattorin kannalta.[133] Antaessaan luottoluokitusta arvopaperistamistransaktiossa liikkeeseenlaskettaville joukkovelkakirjoille luokituslaitokset tutkivat lähinnä sitä pystyykö liikkeeseenlaskija maksamaan lainan takaisin niin kutsutun huonoimman vaihtoehdonkin toteutuessa (worst-case scenario).[134]

Arvioidessaan liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioita luokituslaitokset kiinnittävät erityishuomiota liiketoiminnan kykyyn tuottaa mahdollisimman vakaita kassavirtoja, joukkovelkakirjan takaisinmaksua turvaaviin vakuuksiin sekä mahdollisuuksiin jatkaa liiketoimintaa myös silloin, jos liiketoimintaa harjoittava yhtiö ajautuu konkurssiin.[135] Luokituslaitokset pyrkivät toisin sanoen analysoimaan millä todennäköisyydellä joukkovelkakirjan liikkeeseenlaskijana toimiva erillisyhtiö ajautuu insolvenssitilanteeseen ja jos näin käy, millä tavoin sijoittajien saatavat on turvattu.

Valittavasta transaktiorakenteesta riippuen transaktiossa on mukana kaksi tai kolme yhtiötä – liiketoimintaa harjoittava Osakeyhtiö B sekä erillisyhtiö(t) – mikä tarkoittaa sitä, että joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun voi vaarantaa minkä tahansa yhtiön maksukyvyttömyys. Sijoittajien kannalta tärkeää on se,

---

[132] *Tepora* 1995 (b) s. 173, jossa luottoluokitusta pidetään välttämättömänä myytäessä joukkovelkakirjoja kansainvälisille markkinoille. Voitaneen perustellusti olettaa, että myös pelkästään kotimaisille sijoittajille suunnatuille joukkovelkakirjoille on hankittava luottoluokitus ainakin silloin, kun liikkeeseenlaskettava joukkovelkakirjalaina on pääomamäärältään merkittävä (kuten on liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa).

[133] Näin on siksi, että sijoittajat vaativat riskittömämmältä sijoitukselta alhaisempaa tuottoa. Tärkeimmät luokituslaitokset Standard & Poor’s ja Moody’s arvioivat luottokelpoisuutta asteikolla AAA-D (S&P) ja Aaa-D (Moody’s). Luokkia, jotka ovat vähintään BBB/Baa kutsutaan investment grade -luokiksi, heikompia luokkia junk bond -luokiksi. *Leppiniemi – Puttonen* 1996 s. 126.

[134] *Marsland-Shaw* 1991 s. 212.

[135] Standard & Poor’s 1998 s. 91 ja Moody’s 2000 s. 3.

että joukkovelkakirjalainan velallisena oleva erillisyhtiö kykenee maksamaan joukkovelkakirjalainan takaisin. Vaikka lainan takaisinmaksun takeena on tosiasiallisesti liikkeeseenlaskijan taustalla oleva liiketoiminta, on sijoittajien ensisijaisen mielenkiinnon kohteena liikkeeseenlaskijana toimiva erillisyhtiö ja erityisesti liikkeeseenlasketun joukkovelkakirjalainan saama luottoluokitus.[136]

Saadakseen joukkovelkakirjalainalle parhaan mahdollisen luottoluokituksen hankkii liikkeeseenlaskija transaktiolle *ulkopuolista luottotukea* turvaamaan sijoittajien maksunsaantia myös tilanteissa, joissa arvopaperistettavan liiketoiminnan kassavirrat eivät kerry suunnitellulla tavalla. Ulkopuolisen luottotuen merkitys korostuu liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa, sillä liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen vakuusarvo ei todennäköisesti ole yhtä korkea kuin perinteisessä arvopaperistamisessa siirrettävien saatavien.[137]

Ulkopuolista luottotukea tarjoavat perinteisesti luottolaitokset ja vakuutusyhtiöt, joista osa on erikoistunut pelkästään luottotuen antamiseen. Transaktion kannalta kyse on palveluntarjoajista, joiden tuen ansiosta joukkovelkakirjalaina tulee liikkeeseenlaskijalle edullisemmaksi, mutta jonka käyttö toisaalta nostaa transaktiokustannuksia. Luottotuen tarjoajien rooli on lähtökohtaisesti varsin passiivinen, sillä ne eivät ota osaa liiketoimintaa koskeviin päätöksiin, mutta sijoittajien maksunsaannin vaarantuessa niiden rooli saattaa muuttua hyvinkin aktiiviseksi.[138]

Joukkovelkakirjalainoihin sijoittavien maksunsaantia turvaamassa on kansainvälisissä transaktioissa käytetty *trust-järjestelyä*. Joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskun yhteydessä trusteena toimiva taho ja erillisyhtiö laativat erillisen sopimuksen, joka sisältää määräykset velallisasemassa olevan erillisyhtiön velvollisuuksista trusteehen nähden. Arvopaperistamistransaktiossa mukana olevan trusteen tärkeimpiin tehtäviin kuuluu vakuuksien hallinnointi sekä transaktion maksuliikenteen valvonta. Tämän lisäksi trusteen on ryhdyttävä tilanteen niin vaatiessa sijoittajien etujen turvaamisen kannalta tarpeellisiin toimenpiteisiin.[139]

Trusteen nimenomaisiin velvollisuuksiin kuuluu erillisyhtiön taloudellisen tilanteen tarkkailu, lainan mahdollisesta irtisanomisperusteesta ilmoittaminen

---

[136] *Palin* 1997 s. 638. Perinteisessä saatavakannan arvopaperistamisessa ainakin osalle joukkovelkakirjoista pyritään saamaan paras mahdollinen (AAA/Aaa) luokitus, *Tepora* 1995 (b) s. 173. Liiketoiminnan arvopaperistaminen on sijoittajan kannalta riskialttiimpi sijoituskohde, joten korkeimman mahdollisen luokituksen saaminen saattaa olla hankalaa. Suuntaa-antavana nyrkkisääntönä jo tehtyjen transaktioiden pohjalta voidaan pitää sitä, että kaikille joukkovelkakirjaluokille olisi syytä saada investment grade -luokitus.

[137] Kassavirtojen vakuusarvoa alentaa niiden epästabiili luonne.

[138] Luottotukisopimusten kovenanteissa saatetaan sopia esimerkiksi siitä, että luottotuenantajan antaman tuen noustessa jonkin ennalta määritellyn kriittisen rajan yli, saa luottotuenantaja nimittää edustajansa liiketoimintaa harjoittavan yrityksen toimivaan johtoon.

[139] Arvopaperistamistyöryhmä 1993 s. 63.

sijoittajille, lainan irtisanominen asianmukaisen irtisanomisperusteen synnyttyä sekä lainan periminen.[140] Mikäli joukkovelkakirjalle on annettu vakuus, mikä on tilanne arvopaperistamistransaktioissa, on trusteen tehtävänä hallinnoida vakuutta ja tarvittaessa realisoida se.

Suomessa liikkeeseenlaskettujen joukkovelkakirjojalainojen ehdot ovat yleensä olleet niin yksinkertaisia, ettei velkojien yhteistä edunvalvojaa ole tarvittu.[141] Kansainvälisissä arvopaperistamistransaktioissa käytetään lähes poikkeuksetta trusteeta sijoittajien edunvalvovajana. Suomessa tapahtuvassa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa joukkovelkakirjalaina lasketaan liikkeeseen kotimaassa, mutta on todennäköistä, että sijoittajat tulevat ainakin osaksi ulkomailta, missä trusteen käyttö on vakiintunut käytäntö. Trusteen tai sitä vastaavan järjestelyn käyttäminen onkin todennäköisesti edellytys ulkomaisten sijoittajien osallistumiselle joukkovelkakirja-antiin. Liiketoiminnan arvopaperistamisessa liikkeeseenlaskettavan joukkovelkakirjalainan ehdot ovat myös todennäköisesti erittäin monimutkaisia, mikä lisää tarvetta sijoittajien edunvalvojan nimittämiselle.

Ongelmaksi tässä tilanteessa muodostuu se, ettei trusteen ominaisuuksia sisältävää suomalaista oikeudellista konstruktiota ole mahdollista rakentaa nykyisen lainsäädännön varaan. Varteenotettavimpana vaihtoehtona sijoittajien edunvalvojana toimivalle trusteelle on esitetty valtuutuksen varaan perustuvaa rakennetta.[142] Oikeustoimilain 2 luvun säännöksille perustuva valtuutus voisi olla mahdollinen oikeudellinen perusta kotimaisen sijoittajien edustajan nimeämiselle. Sijoittajien turvallisuuden ja ennen kaikkea yhdenvertaisuuden kannalta olennaista on, että edunvalvoja on toimessa koko transaktion ajan eikä hänen sijoittajataholta saamaansa valtuutusta voida peruuttaa. Jos edunvalvojan valtuutus voidaan vaikka vain yhdenkin sijoittajan toimenpitein peruuttaa, ei transaktiota voida pitää koko sijoittajatahon näkökulmasta turvallisena. Suomessa lähtökohtana on kuitenkin pidetty sitä, että peruuttamaton valtuutus ei sovellu Suomen oikeusjärjestelmään.[143] Näin ollen peruuttamattoman valtuutuksen käyttö edellyttäisi lainsäädännöllisiä uudistuksia.

---

[140] Trusteen valtuudet näiden toimien hoidossa ovat laajat. Näistä valtuuksista tarkemmin *Craik* 1991 s. 324–346.

[141] Ajalta ennen vuotta 1993 Arvopaperistamistyöryhmä 1993 s. 63. Kotimaassa liikkeeseenlaskettujen tavallisten – ei siis arvopaperistamistransaktioihin liittyvien – joukkovelkakirja-antien osalta tilanne lienee edelleen samanlainen.

[142] Arvopaperistamistyöryhmä s. 63.

[143] Oikeustoimilakitoimikunta 1990 s. 189. Mielenkiintoista on, että Norjassa ja Tanskassa peruuttamaton valtuutus sallitaan, vaikka niiden oikeusjärjestelmä on hyvin samankaltainen kuin Suomessa. Oikeustoimilakitoimikunta 1990 s. 187.

Peruuttamattoman valtuutuksen ohella sijoittajien edustajan asema voisi perustua myös niin sanotulle välilliselle edustukselle. Välillisellä edustuksella tarkoitetaan tilannetta, jossa välihenkilö toimii yksinomaan päämiehen lukuun, mutta sivulliseen nähden omissa nimissään.[144] Arvopaperistamistransaktiossa sijoittajien edustaja voisi toimia välillisenä edustajana eli omissa nimissään, mutta sijoittajien lukuun.

Kotimaisessa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa välillisen edustajan käyttäminen saattaisi olla mahdollinen tapa hoitaa sijoittajien edunvalvontaa. Eräänä toteuttamiskelpoisena vaihtoehtona voisi olla järjestää sijoittajien edunvalvonta välillisen edustuksen varaan siten, että erillisyhtiön perustamisen yhteydessä jokin erillisyhtiöstä täysin riippumaton luottolaitos tai muu instituutio sitoutuisi toimimaan sijoittajien edunvalvojana samalla tavoin kuin trustee. Jo olemassa olevan instituution ohella kyseeseen voisi tulla varta vasten transaktiota perustettu oikeushenkilö, joka purkautuisi transaktion jälkeen tai jota vaihtoehtoisesti voitaisiin käyttää myös uusissa vastaavanlaisissa transaktioissa edunvalvontatehtävässä.

Järjestely rakentuisi välillisen edustuksen periaatteelle siten, että edunvalvoja tulisi omissa nimissään ja transaktiosopimuksissa määritellyin tavoin toimimaan sijoittajien lukuun.[145] Sijoittajat luovuttaisivat muodollisesti oikeusasemansa edunvalvojalle, joka saamansa omistaja-aseman perusteella voisi muun muassa hallinnoida sijoittajien maksunsaannin turvaksi annettuja vakuuksia.[146] Perustamalla edunvalvojan asema omistajuuteen olisi myös mahdollista pyrkiä pienentämään edunvalvojan mahdollisia intressejä ryhtyä sijoittajien kannalta epäedullisiin toimenpiteisiin.[147] Ongelmaksi tässä järjestelyssä muodostunee kuitenkin se, ettei välillisen edustajan käyttö sijoittajien edunvalvojana ole sillä tavoin vakiintunut käytäntö, että sen pysyvyyteen ja oikeudelliseen pätevyyteen

---

[144] *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* 1998 s. 155.

[145] Välillisen edustuksen erona avoimeen edustukseen on katsottu olevan päämiehen salassa pitäminen, *Sarvi* 1977 s. 87. Arvopaperistamistransaktiossa sijoittajien ja edunvalvojan välistä suhdetta ei voida pitää salaisena, joten voitaneen perustellusti kysyä, antaako termin ”välillinen edustus” käyttö tässä yhteydessä oikean kuvan edunvalvontajärjestelyn luonteesta. Kysymystä ei kuitenkaan ole mahdollista tässä tutkimuksessa tarkemmin selvittää.

[146] Järjestelystä, jossa esineen omistaja on luovuttanut omistusoikeuden muodollisesti toiselle henkilölle, ei ole oikeuskirjallisuudessamme käytetty nimitystä välillinen edustus, vaikka näin perustellusti voitaisiinkin tehdä. *Sarvi* 1998 s. 11.

[147] Kysymystä edunvalvojan mahdollisista väärinkäytöksistä voidaan käsitellä niin kutsutun päämies-agenttiteorian valossa. Rahoitusteoriassa on tutkittu omistajuuteen perustuvien järjestelyjen käyttöä yritysten sijoittaja-osakkeenomistajien (päämies) intressien turvaamisessa. Sijoittajien kannalta hyviä tuloksia on saavutettu muun muassa antamalla yritysjohdolle (agentti) omistajaasema yrityksessä. *Grinblatt – Titman* 1998 s. 129.

voitaisiin esimerkiksi mahdollisessa oikeudenkäynnissä luottaa.[148]

Kuten edellä esitetystä käy ilmi, ei sijoittajien edunvalvojan nimeäminen ole yksinkertaista Suomen nykyisen lainsäädäntöjärjestelmän alaisuuteen. Jotta kokonaisuudessaan Suomen lainsäädännön alaisuudessa toteutettavat liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiot olisivat kansainvälisten sijoittajien kannalta potentiaalisia sijoituskohteita, olisi toivottavaa, että suomalaiseen oikeusjärjestelmään voitaisiin joko vanhoja konstruktioita muuttamalla tai täysin uuden instituution perustamisella luoda trusteeta muistuttava oikeudellinen instituutio.

Tämänkaltaiset uudistukset ovat kuitenkin varsin epätodennäköisiä. Vallitsevassa lainsäädäntöympäristössä eräs toteuttamiskelpoinen vaihtoehto voisi olla järjestää sijoittajien edunvalvonta siten, että transaktiosopimuksissa jokin hyvämaineinen ja vakavarainen luottolaitos tai muu instituutio sitoutuisi toimimaan sijoittajien edunvalvojana samalla tavoin kuin trustee. Tällöin kyseessä ei olisi välilliseen edustukseen perustuva järjestely vaan niin kutsuttu fidusiaarinen oikeussuhde, joka perustuu osapuolten väliselle luottamukselle.

Fidusiaaristen oikeussuhteiden teoriasta on rakentunut esimerkiksi saksalainen Treuhand-välihenkilöjärjestely, mutta Suomessa fidusiaaristen oikeussuhteiden teoria ei ole saanut suurta jalansijaa.[149] Vaikka fidusiaaristen oikeussuhteiden varaan rakentuvia edunvalvontajärjestelyjä koskevaa vakiintunutta oikeudellista käytäntöä ei Suomessa siten ole, voidaan sijoittajien edunvalvontaa sekä sen jatkuvuutta pitää tämänkaltaisessa osapuolten väliseen sopimukseen ja viime kädessä luottamukseen perustuvassa järjestelyssä *tosiasiallisesti hyvinkin turvattuna*, koska hyvämaineisen edustajan väärinkäytökset tai laiminlyönnit edunvalvontatehtävässä olisivat kohtalokkaita sen uskottavuuden ja siten liiketoiminnan harjoittamisedellytysten kannalta.

---

[148] Omat lisäongelmansa aiheuttaa se, että edunvalvojasta olisi pyrittävä tekemään itsenäinen ja erillisyhtiöstä täysin riippumaton oikeushenkilö. Tämä merkitsee sitä, että edunvalvojan omistusjärjestelyt aiheuttavat samankaltaisia ongelmia kuin aiemmin jaksossa 3.3. esitetyt erillisyhtiön omistusjärjestelyt.

[149] *Sarvi* 1998 s. 14.

4. KASSAVIRTOJEN SIIRTÄMINEN JA VAKUUSKOKONAISUUS

4.1. Liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen siirtäminen erillisyhtiölle

Perinteisessä arvopaperistamisessa originaattori myy erillisyhtiölle saatavakannan hintaan, joka kaupan osapuolien arvion mukaan vastaa saatavakannasta tulevaisuudessa kertyvien kassavirtojen nykyarvoa. Kauppahinnan ja sitä kautta myös liikkeeseenlaskettavan joukkovelkakirjalainan suuruus on varsin tarkasti laskettavissa, koska siirrettävät saatavat ovat syntyneet jo ennen siirtoa.[150] Liiketoimintaa arvopaperistettaessa siirron kohteena ei ole ennalta yksilöitävissä oleva saatavakanta vaan liiketoiminnan tulevaisuudessa tuottamat kassavirrat. Liikkeeseenlaskettavaa joukkovelkakirjalainaa eivät ole tukemassa sen liikkeeseenlaskuhetkellä olemassaolevat saatavat, vaan lainan takaisinmaksu on riippuvainen liiketoimintaa harjoittavan yhtiön kyvystä tuottaa palveluita tai tuotteita, joista saatavat kassavirrat käytetään joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun.

Sijoittajien kannalta on olennaista, etteivät liiketoimintaa harjoittava yhtiö tai muutkaan transaktiossa mukana olevat osapuolet toimi tavalla, joka voisi vaarantaa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun. Osapuolten vahingollisia toimenpiteitä voidaan ennaltaehkäistä sekä yhtiöoikeudellisin säännöksin että joukkovelkakirjalainaan liitettävin kovenanttiehdoin.

Ennaltaehkäisevät toimet eivät kuitenkaan turvaa sijoittajia tilanteessa, jossa harjoitettava liiketoiminta ei pysty tuottamaan joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun edellyttämiä kassavirtoja.[151] Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa onkin tärkeää varmistua siitä, että arvopaperistettava liiketoiminta on luonteeltaan sellaista, että se kykenee suhdanteista riippumatta tuottamaan joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun edellyttämät kassavirrat.

Arvioitaessa liiketoiminnan sopivuutta arvopaperistamisen kohteeksi on huomiota kiinnitettävä erityisesti liiketoiminnan tuottavuuteen pidemmällä aikavälillä ja toisaalta liiketoiminnan haavoittuvuuteen esimerkiksi muutoksille kilpailu- tai sääntely-ympäristössä.[152] Liiketoiminnan tuottojen on oltava tasai-

[150] Saatavalla tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, mitä velkoja tulee saamaan velalliselta velvoitteen täyttymisen myötä. Käsitteiden saatava ja saamisoikeus välisistä eroista *Kaisto* 2001 s. 152–153.

[151] Tällä tarkoitetaan tilannetta, jossa kassavirtojen riittämättömyys johtuu itse liiketoiminnan luonteesta eikä esimerkiksi liiketoimintaa koskevista virheellisistä liikkeenjohdollisista päätöksistä.

[152] Moody's 2000 s. 4.

sesti sen kuluja korkeampia, sillä jos liiketoimintaa harjoittavan yrityksen käyttörahoituksen tarve on suurempi kuin sen liiketoiminnan tuottamat kassavirrat, ei liiketoiminta ole sopiva arvopaperistamiskohde. Ollakseen sopiva kohde arvopaperistamiselle on liiketoiminnan myös oltava sillä tavoin immuuni liiketoimintaympäristön muutoksille, etteivät nämä muutokset merkittävästi vaikuta liiketoimintaan ja sen kykyyn tuottaa kassavirtoja.

Se, että kassavirrat hyvin todennäköisesti riittävät joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun, ei kuitenkaan riitä turvaamaan sijoittajien asemaa. Kassavirtojen syntymisen lisäksi sijoittajille on myös pystyttävä takaamaan se, että kassavirrat voidaan tehokkaasti ja pätevästi siirtää liiketoimintaa harjoittavalta yhtiöltä joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimivalle erillisyhtiölle. Vallitsevan käsityksen mukaan saamisoikeus on pääsääntöisesti siirtokelpoinen.[153] Kassavirtojen siirtämistä vaikeuttaa se, että kassavirrat (saatavat) eivät ole syntyneet vielä siinä vaiheessa, kun transaktioon sijoittavat investoivat varojaan joukkovelkakirjalainaan. Sijoittajien maksunsaannin turvaamisen kannalta tärkeää onkin lähinnä se, voidaanko ansaitsemattoman saatavan siirrosta sopia etukäteisesti siten, että siirtosopimuksella on myös kolmansia osapuolia sitova vaikutus.

Saatavien – niin ansaittujen ja ansaitsemattomien – siirtoa koskevat keskeisimmät ongelmat aktualisoituvat tilanteessa, jossa liiketoiminnasta syntyneistä kassavirroista disponoidaan siten, etteivät ne saavuta joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimivaa erillisyhtiötä.[154] Näin ollen transaktion onnistumisen kannalta on tärkeää, että saatavavelallisena olevat tahot maksavat saatavansa oikealle taholle ja edelleen se, että maksunsaajat siirtävät vastaanottamansa maksut joukkovelkakirjalainan takaisinmaksusta huolehtivalle erillisyhtiölle.

Perinteisessä saatavakannan arvopaperistamisessa saatavien keräämisestä huolehtii useimmiten originaattori, jolla on tähän tehtävään parhaat edellytykset.[155] Originaattori ja erillisyhtiö solmivat hallinnointisopimuksen, jonka perusteella originaattori kerää saatavista kertyvät varat ja tilittää ne edelleen erillisyhtiölle joukkovelkakirjalainan takaisinmaksua varten. Kysymyksessä on hallinnointisopimukseen perustuva niin sanottu collection agent -järjestely, jossa originaattori toimii erillisyhtiön edustajana.[156] Saatavakannasta syntyvät va-

---

[153] *Kaisto* 1999 s. 139.

[154] Koska ansaitsemattomaan saatavaan kytkeytyvät ongelmat aktualisoituvat erityisesti saatavaa pantattaessa, käsitellään ansaitsemattoman saatavan problematiikkaa tarkemmin tutkimuksen jaksossa 4.4.

[155] *Palin* 1997 s. 618.

[156] Syynä järjestelyn käytölle on ensisijaisesti se, että erillisyhtiöllä ei ole sen ”keveyden” vuoksi edellytyksiä kerätä huomattavia ja useasti tapahtuvia maksuja. Lisäksi esimerkiksi asiakassuhteiden ylläpito ja kuluttajansuojaoikeudelliset kysymykset vaikuttavat usein siihen, että originaattori jää hallinnoimaan siirrettyjä saatavia. *Wood* 1995 (c) s. 47.

rat ohjautuvat originaattorin tilille, josta ne kanavoidaan edelleen joukkovelkakirjan liikkeeseen laskeneelle erillisyhtiölle. Järjestely on perusperiaatteeltaan yksinkertainen, mutta ongelmia saattaa syntyä tilanteessa, jossa originaattori ajautuu konkurssiin.

Ongelmia voi aiheutua lähinnä kahdesta eri syystä. Ensinnäkin on olemassa varojen sekoittumisvaara tilanteessa, jossa siirretyistä saatavista kertyvät varat sekoittuvat originaattorin tai jonkin muun transaktio-osapuolen varoihin.[157] Jos tämänkaltainen sekoittuminen tapahtuu ja originaattori ajautuu konkurssiin, on saatavakannan ostaneen erillisyhtiön erottamisoikeuden toteuttaminen vaikeaa ja varat voivat pahimmassa tapauksessa jäädä osaksi originaattorin konkurssipesää.[158] Tältä riskiltä on mahdollista suojautua perustamalla siirretystä saatavakannasta kertyville varoille oma tili, jonka tunnistetietoihin merkitään selkeästi, että tilivarat kuuluvat saatavakannan ostajalle.

Sijoittajien kannalta ei ole kuitenkaan riittävää, että heitä suojataan ainoastaan varojen sekoittumiselta. Näin on siksi, että varojen jääminen originaattorin hallintaan – vaikkakin edellä mainitulla tavalla omistajatiedoilla varustettuna – saattaa vaarantaa erillisyhtiön ja sitä kautta sijoittajien maksunsaannin. Näin tapahtuu esimerkiksi silloin, jos originaattori joko tahallisesti tai epähuomiossa panttaa pankkitilin, jolla olevat varat kuuluvat erillisyhtiölle. Tässä tilanteessa edes sen, että tilitunnistetietiedoissa on merkintä varojen kuulumisesta erillisyhtiölle, ei voida katsoa tarpeeksi tehokkaasti suojaavan sijoittajia.[159]

Jotta saatavakannasta kertyviä varoja ei ainakaan merkittävässä määrin jäisi originaattorin hallintaan, on varat syytä siirtää mahdollisimman nopeasti erillisyhtiölle. Tehokkain suoja saavutetaan siten, että originaattori ei talleta varoja hallinnassaan olevalle tilille vaan siirtää ne suoraan erillisyhtiölle. Mahdollinen ratkaisu on myös se, että varat siirretään niin kutsutulle collection account -tilille, joka pantataan erillisyhtiölle.[160]

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa törmätään samankaltaisiin ongelmiin. Omat lisäongelmansa luo se, ettei liiketoiminnasta kertyvien varo-

---

[157] *Henderson* 1997 s. 73.

[158] Jos omaisuutta ei kyetä yksilöitävästi erottamaan pesässä olevasta muusta samankaltaisesta omaisuudesta, on omistajan tyytyminen korvausvaateeseen, joka on etuoikeudeton saaminen ja sellaisena useimmiten arvoton. *Havansi* 1991 s. 185.

[159] Ongelmana on siis se, että tilinomistajana on originaattori.

[160] Kyseisen tilin omistajana toimii riippumaton kolmas osapuoli, joka kansainvälisissä transaktioissa on useimmiten trustee. Standard & Poor's 1998 s. 91. Jos kotimaisessa arvopaperistamistransaktiossa käytetään sijoittajien edunvalvojaa, voi tämä hyvin olla luottolaitos, jonka omistuksessa collection account -tili on ja jonka tilin varoja se sitoutuu olemaan käyttämättä muuhun tarkoitukseen kuin joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun. Tilitietoihin tulee lisätä merkintä tilin panttauksesta.

jen kertymistä voida täysin tarkasti ennustaa, mikä vaikeuttaa siirto-ohjelmien solmimista liiketoimintaa harjoittavan Osakeyhtiö B:n ja kassavirrat vastaanottavan osapuolen välillä.[161] Kassavirtojen siirtämistä monimutkaistaa synteettisen listautumisannin mahdollistavassa kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa myös se, että siirtovariaatioita on useita. Mahdollisia vaihtoehtoja ovat ainakin kassavirtojen siirtäminen Osakeyhtiö B:n kautta Erillisyhtiö 1:lle, kassavirtojen siirtäminen suoraan Osakeyhtiö B:n velallisilta Erillisyhtiö 1:lle tai jopa kassavirtojen siirtäminen suoraan joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimivalle Erillisyhtiö 2:lle.[162]

Sijoittajien kannalta tärkeintä on, ettei heidän maksunsaantinsa liiketoiminnan kassavirroista vaarannu ainakaan sen vuoksi, että varojen siirto ei tapahdu ajoissa tai muuten tehokkaalla tavalla. Sijoittajien maksunsaannin kannalta keskeisenä riskinä samalla tavoin kuin perinteisessä saatavakannan arvopaperistamisessa on se, ettei liikkeeseenlaskijana toimiva erillisyhtiö saa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun tarvittavia varoja liiketoimintaa harjoittavan yhtiön ajautuessa konkurssiin.[163]

Kassavirtojen siirron muotoa valittaessa olennaista on siirron oikeudellinen pätevyys. Yhden erillisyhtiön transaktiorakenteessa tilanne on varsin selkeä, koska liiketoimintaa harjoittavan Osakeyhtiö B:n ja liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön välillä on velkasuhde. Näin ollen erillisyhtiölle siirrettävät kassavirrat ovat velan takaisinmaksueriä ja lyhennyksiä.

Sijoittajien maksunsaannin turvaamiseksi liiketoiminnan tuottamat kassavirrat on syytä siirtää välittömästi niiden ansaitsemisen jälkeen joko suoraan liikkeeseenlaskija-erillisyhtiölle tai vaihtoehtoisesti collection account -tilille, josta varat siirretään Osakeyhtiö B:n ja liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön välisen lainasopimuksen ehtojen määrittämällä tavalla lyhennyksinä ja korkoina erillisyhtiölle. Jälkimmäinen vaihtoehto yksinkertaistaa liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön tehtäviä merkittävästi kuitenkaan heikentämättä sijoittajien maksunsaantiasemaa, minkä vuoksi collection account -järjestelyä voitaneen pitää suoraa tilittämistä parempana vaihtoehtona kassavirtojen siirrolle.[164]

---

[161] Toisin sanoen jos kassavirrat ovat volatiileja, eivät siirto-ohjelmat pidä ellei niitä ole laadittu hyvin löysiksi.

[162] Tarkastelu rakentuu sivuilla 163 (Kuvio 3) ja 165 (Kuvio 4) esiteltyjen transaktiorakenteiden pohjalle.

[163] Juuri aiemmin mainittu varojen sekoittuminen on keskeisin niitä syistä, joiden vuoksi saatavakannasta kertyvät varat voivat päätyä erillisyhtiön sijasta originaattoriin konkurssipesään, ja minkä johdosta varojen säilyttämiseen sekä siirtämiseen on kiinnitettävä erityistä huomiota. Standard & Poor's 2000 s. 130.

[164] Yleinen käytäntö Englannin oikeuden alaisissa transaktioissa on ollut se, että siirtosopimuksessa mainitaan maksuosoite, johon kassavirrat tulee siirtää. Sopimukseen on tällöin myös syytä liittää maininta siitä, että tilinhaltijana on sijoittajien edustajana toimiva trustee. *Xin* 2000 (b) s. 318.

Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa siirron oikeudellinen perusta ei ole yhtä selväpiirteinen. Koska transaktiorakenteessa Erillisyhtiö 1 maksaa Erillisyhtiö 2:lta saamansa lainan takaisin, on seuraavan tarkastelun lähtökohtana se, että liiketoiminnasta saatavat kassavirrat ohjataan Erillisyhtiö 1:lle ennen niiden siirtämistä Erillisyhtiö 2:lle. Liiketoiminnan kassavirtoja ei näin ollen siirretä suoraan joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimivalle Erillisyhtiö 2:lle. Tutkittaessa minkälaisesta oikeustoimesta liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen siirrossa on kysymys voidaan mahdollisina ratkaisuina esittää seuraavat vaihtoehdot: 1) saatavan kauppa, 2) saatavan siirto velan maksuna (datio in solutum), 3) saatavan perimistoimeksianto, 4) saatavan vakuusluovutus ja 5) kassavirtojen siirto osinkoina.[165]

Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa liiketoimintaa harjoittavan Osakeyhtiö B:n omistaja on Erillisyhtiö 1, jolle kassavirrat siirretään. Osakeyhtiö B ei saa siirrosta vastiketta, joten kyseessä ei ole saatavan kauppa. Siirto voi ulkoisesti muistuttaa perimistoimeksiantoa tilanteessa, jossa Osakeyhtiö B ei toimi saatavien kerääjänä vaan saatavien keräys- ja hoitotoimenpiteet on transaktiosopimuksissa siirretty suoraan Erillisyhtiö 1:lle. Koska perimistoimeksiantoon kuuluu perittyjen varojen jatkotilitys toimeksiantajalle, ei tämä konstruktiokaan sovellu perustaksi kassavirtojen siirron oikeudelliselle arvostelulle, sillä Erillisyhtiö 1 ei tilitä saamiaan varoja Osakeyhtiö B:lle vaan siirtää ne edelleen lainalyhennyksinä ja korkoina Erillisyhtiö 2:lle. Koska Erillisyhtiö 1:n ja Osakeyhtiö B:n välillä ei ole velkasuhdetta ei kyseessä voida myöskään katsoa olevan saatavan siirto velan maksuna (datio in solutum). Velkasuhteen puuttumisen vuoksi ei kassavirtojen siirtoa voida myöskään pitää vakuusluovutuksena.[166]

Liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen siirto ei näin ollen vastaa minkään edellä mainitun oikeustoimen luonnetta. Tällöin luonteva ratkaisu onkin, että kassavirtojen siirto tapahtuu osinkoina, jotka perustuvat Osakeyhtiö B:n ja Erillisyhtiö 1:n väliseen omistukselliseen yhteyteen. Varojen siirtäminen Osakeyhtiö B:stä tapahtuisi tällöin niin, että Erillisyhtiö 1 saisi ennalta määriteltyinä ajankohtina osinkoina lainan takaisinmaksuun vaadittavat varat. Tällöin Osakeyhtiö B toimisi kassavirtojen säilytyspaikkana, josta varat yhtiökokouspäätöksin voitaisiin siirtää Erillisyhtiö 1:lle. Sijoittajien maksunsaannin turvaa-

---

[165] *Tepora – Takki* 1994 s. 25. Vaikka kyseiset vaihtoehdot onkin osinkoa lukuun ottamatta esitetty factoring-rahoitusta tutkittaessa, käytetään niitä tarkastelun lähtökohtana siksi, että factoring-rahoituksen kolmikantamalli myyjä – asiakas – rahoitusyhtiö muistuttaa rakenteeltaan arvopaperistamistransaktion kolmikantaa Osakeyhtiö B – Osakeyhtiö B:n velallinen – Erillisyhtiö 1.

[166] Irtaimen esineen vakuusluovutuksenhan on perinteisesti tulkittu olevan oikeusvaikutuksiltaan panttausluvanta sopimusosapuolten välisessä suhteessa ja täytettynä vakuusluovutus on rinnastettu panttaukseen. Tästä tarkemmin edellä jaksossa 2.2.

misen kannalta tämä ei ole kuitenkaan tyydyttävä ratkaisu ja olisikin hyvä, jos varat siirrettäisiin odottamaan osingonmaksua collection account -tilille. Osingonmaksuhetkellä varat siirtyvät Erillisyhtiö 1:lle ja suositeltavaa on, että Erillisyhtiö 1 tallettaa varat niin ikään collection account -tilille, joka pantataan erillisyhtiöiden välisen lainan vakuudeksi.

Tämä ratkaisun etuna voidaan pitää sitä, että ulkopuolisen luottotuen määrä olisi yksinkertaista laskea siinä vaiheessa, kun Erillisyhtiö 1 on vastaanottanut osingot. Jos osingot eivät riitä seuraavan maksukauden korkoihin ja mahdollisiin lyhennyksiin, on liikkeeseenlaskijana toimivan Erillisyhtiö 2:n turvauduttava ulkopuoliseen luottotukeen. Osinkojen maksu voidaan ajoittaa myös niin, että ne ovat mahdollisimman lähellä joukkovelkakirjalainan koronmaksuhetkeä, jolloin kummankaan erillisyhtiön ei tarvitse toimia kassavirtojen varastointipaikkana.

4.2. Vakuudenantajatahot

Perinteisessä saatavakannan arvopaperistamisessa sijoittajat käytännössä edellyttävät, että siirrettävät saatavat ovat vakuudellisia ja että nämä vakuudet siirtyvät erillisyhtiölle saatavakannan mukana.[167] Tällaisessa tilanteessa sijoittajien maksunsaanti on ainakin lähtökohtaisesti turvattu, mikä mahdollistaa transaktiolle paremman luottoluokituksen. Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa vastaavanlainen vakuuksien siirto ei ole mahdollista. Tämä johtuu yksinkertaisesti siitä, ettei transaktiossa tapahdu saatavakannan kauppaa, jossa vakuudet voitaisiin siirtää. Useimmiten lienee myös niin, ettei liiketoiminnan tuottamilla kassavirroilla (saatavilla) ole vakuuksia, koska kysymys on yleensä tavallisista asiakassaatavista. Näin ollen sijoittajien maksunsaannin turvana olevan vakuuskokonaisuuden rakentaminen ei onnistu samalla tavalla kuin perinteisessä arvopaperistamistransaktiossa.

Selvää kuitenkin on, että arvopaperistamistransaktion onnistuminen edellyttää kattavia vakuuksia, sillä liiketoiminnan arvopaperistamista voidaan pitää sijoittajien kannalta korkeariskisempänä transaktiona kuin perinteistä arvopaperistamista.[168] Valitussa transaktiorakenteessa kaikki lähtökohtaisesti va-

[167] *Tepora* 1995 (b) s. 181.

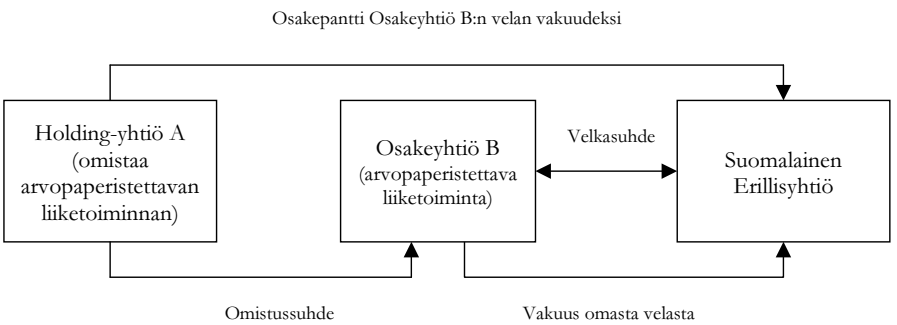
[168] Riskitasolla tarkoitetaan tässä tilanteessa itse saataviin ja niiden kertymiseen liittyviä riskejä. Liikkeeseenlaskettavien joukkovelkakirjalainojen riskitasoa kuvaava luokitus on useimmiten kummankin tyyppisissä transaktioissa investment grade -luokkaa, mutta luokitukseen vaikuttavat saatavien luonteen ohella muun muassa transaktiossa käytetyt luottotukikeinot, joiden merkitys korostuu liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa.

kuuskelpoinen varallisuus on liiketoimintaa harjoittavan Osakeyhtiö B:n omistuksessa. Näin ollen sen varallisuuden panttikelpoisuus ja toisaalta panttausten tehokkuus suhteessa kolmansiin osapuoliin on ensiarvoisen tärkeää transaktion onnistumisen kannalta.

Ennen yksittäisten vakuustyyppien esittelyä ja niiden käyttökelpoisuuden analysointia on kuitenkin tarpeellista yksilöidä ne transaktio-osapuolet, joiden välillä vakuussopimuksia voidaan solmia ja vakuuksia antaa. Yhden erillisyhtiön transaktiorakenteessa tilanne on varsin selkeä, sillä lähes kaiken vakuuskelpoisen omaisuuden omistava Osakeyhtiö B on velkasuhteessa liikkeeseenlaskija-erillisyhtiöön ja näin ollen se antaa vakuuden omasta velastaan, mille ei lähtökohtaisesti ole lainsäädännöllisiä esteitä.

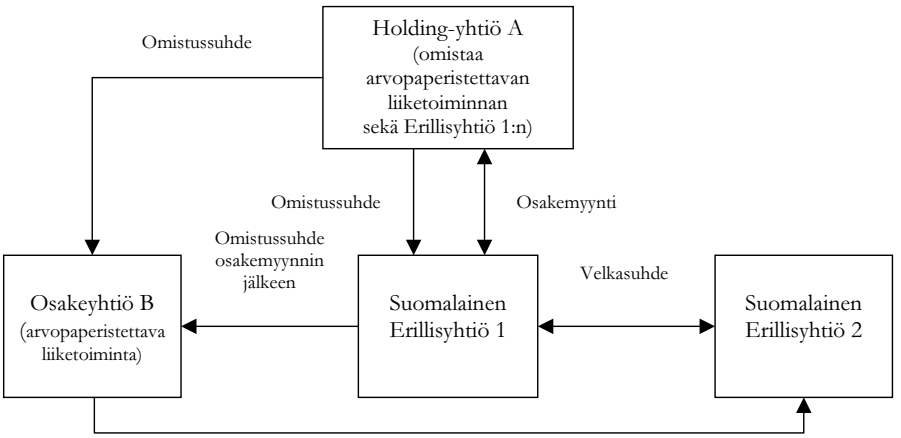
Sijoittajien maksunsaannin kannalta on tärkeää, että liiketoimintaa harjoittavan Osakeyhtiö B:n osakkeet pantataan liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön ja Osakeyhtiö B:n välisen velan vakuudeksi. Kysymys on tällöin vierasvelkapantista, jonka antaa Holding-yhtiö A. Yhtiöoikeudellisesti vakuuden antaminen yhtiön lähipiiriläiselle on sitovuudeltaan kyseenalainen toimenpide, mutta jäljempänä esitetyin perustein ongelmia ei tässä tapauksessa pitäisi syntyä.

Kuvio 5



Myös kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa Osakeyhtiö B omistaa lähes kaiken vakuuskelpoisen omaisuuden. Näin ollen erillisyhtiöiden välisen lainan vakuuksia ei annakaan velallinen vaan tämän tytäryhtiö. Toisin kuin yhden erillisyhtiön transaktiorakenteen kohdalla on tilanne kahden erillisyhtiön rakenteen kohdalla seuraavassa esitetyllä tavalla ongelmallinen.

Kuvio 6



Vakuus Erillisyhtiö 1:n velasta

Yhden erillisyhtiön transaktiorakenteessa keskeisen vakuuden muodostaa Holding-yhtiö A:n antama osakepantti; Holding-yhtiö A antaa toisin sanoen vakuuden tytäryhtiönsä velasta. Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa Osakeyhtiö B:n myöntämien vakuuksien osalta kysymys on emoyhtiön velasta annetuista vakuuksista. Näissä tapauksissa osakeyhtiölain 12 luvun 7 §:n säännökset osakeyhtiön lähipiirille myönnettävistä vakuuksista ovat lähtökohtaisesti relevantteja arvioitaessa transaktiorakenteiden sisältämiä vakuusjärjestelyjä.

Osakeyhtiölain 12 luvun 7 §:n 1 momentin mukaan osakeyhtiö saa antaa vakuuden sen lähipiiriin kuuluvan henkilön velvoitteista vain voitonjakokelpoisten varojen rajoissa ja turvaavaa vakuutta vastaan.[169] Kielto koskee lähtökohtaisesti kaikkia mahdollisia vakuuksia, joita yhtiö voi antaa.[170] Osakeyhtiölain 1 luvun 1 §:n mukaan yhtiön lähipiiriin kuuluu muun muassa se, jolla on yhtiössä osakeyhtiölain 1 luvun 3 §:n tarkoitetulla tavalla määräysvalta. Yhtiön lähipiiriin kuuluu myös se, joka kuuluu yhtiön kanssa samaan konserniin.[171]

---

[169] Osakeyhtiölain 12 luvun 7 §:n laina- ja vakuuskieltojen keskeisimpiä tavoitteita ovat velkojien suojaaminen sekä osakkeenomistajien yhdenvertaisuuden turvaaminen. HE 27/1977 s. 92–93 ja HE 11/1981 s. 6.

[170] *Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio* 2002 s. 912.

[171] Konsernikäsitettä ei ole suoranaisesti laissa määritelty. Konserni voidaan määritellä kahden tai useamman juridisesti itsenäisen yrityksen muodostamaksi taloudelliseksi kokonaisuudeksi, jossa yhdellä yrityksellä on määräysvalta muihin yrityksiin nähden. *Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio* 2002 s. 59.

Yhden erillisyhtiön transaktiorakenteessa Holding-yhtiö A ja Osakeyhtiö B muodostavat yhdessä konsernin. Kahden erillisyhtiön rakenteessa Erillisyhtiö 1 omistaa Osakeyhtiö B:n ja nämä muodostavat niin ikään yhdessä konsernin. Näin ollen vakuudenanto muiden kuin voitonjakokelpoisten varojen rajoissa ja turvaavaa vakuutta vastaan on Osakeyhtiö B:lle lähtökohtaisesti kiellettyä.

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kohdalla tämä vaatimus estäisi käytännössä vakuudenannon, sillä Osakeyhtiö B:llä ei ole vakuudenannon edellyttämiä voittovaroja eikä vakuudelle voida myöskään antaa turvaavaa vakuutta.[172] Osakeyhtiölain 12 luvun 7.2 §:n 2-kohdan mukaan vakuudenantokielto ei kuitenkaan koske tilannetta, jossa lähipiiriläinen, jonka puolesta vakuus annetaan, on yhtiön kanssa samaan konserniin kuuluva osakeyhtiö tai siihen rinnastettava ulkomainen yhtiö. Näin ollen osakeyhtiölain vakuudenantokielto ei yhden erillisyhtiön transaktiorakenteessa estä Holding-yhtiö A:ta antamasta osakepanttia tytäryhtiönsä eli Osakeyhtiö B:n velasta.

Synteettisen listautumisannin mahdollistavassa kahden erillisyhtiön rakenteessa tilanne on huomattavasti ongelmallisempi. Vaikka vakuudenantokielto ei osakeyhtiölain 12 luvun 7.2 §:n 2-kohdan mukaan koske samaan konserniin kuuluvaa velallista, Osakeyhtiö B ei voi – ei ainakaan lähtökohtaisesti – kahden erillisyhtiön sisältävässä transaktiomallissa antaa omaisuuttaan emoyhtiön velan vakuudeksi.

Holding-yhtiö A:lle kahden erillisyhtiön rakenteen merkittävin etu on se, että myymällä Osakeyhtiö B:n osakkeet Erillisyhtiö 1:lle se saa joukkovelkakirjalainan tuottamat varat haltuunsa jo transaktion alussa. Suomen yhtiölainsäädännön kannalta osakemyynti on kuitenkin erittäin ongelmallinen, sillä osakeyhtiölain 12 luvun 7.3 §:n mukaan *osakeyhtiö ei saa antaa vakuutta siihen tarkoitukseen, että vakuudensaaja tai tämän lähipiiriin kuuluva hankkisi yhtiön tai samaan konserniin kuuluvan toisen yhteisön osakkeita*. Jos Osakeyhtiö B antaa vakuuden Erillisyhtiö 1:n lainasta, käyttää se varallisuuttaan mahdollistaakseen osakekaupan, jolla vakuudensaaja hankkii vakuudenantajayhtiön osakkeita. Tämä toimenpide on osakeyhtiölain vastaisena pätemätön. Nyt esitelty ja Englannissa onnistuneesti tehtyihin transaktioihin pohjautuva kahden erillisyhtiön rakenne ei näin ollen sellaisenaan sovellu kotimaisen transaktion malliksi.

Vakuudenanto-ongelman kiertämiseksi transaktiota voitaisiin muokata siten, että Osakeyhtiö B antaisi vakuudet Erillisyhtiö 1:n sijasta suoraan Erillisyhtiö 2:lle niin, että vakuudet turvaisivat joukkovelkakirjalainan takaisinmaksua.

[172] Koska vakuus annetaan rajoittamattomana velasta, joka on pääomaltaan vähintään kymmeniä miljoonia euroja, ei ole kovin todennäköistä, että operatiivisen yhtiön voittovarat tai turvaavat vakuudet voisivat olla riittäviä.

Tämä ratkaisu on kuitenkin vaikeasti perusteltavissa sen yleisen yhtiöoikeudellisen vaatimuksen kannalta, että osakeyhtiön myöntämän vierasvelkavakuuden tulisi edistää sen liiketoimintaa.[173] Vaikka vakuuden antaminen edistääkin transaktion toteuttamista, ei sen voitane katsoa edistävän Osakeyhtiö B:n liiketoimintaa, mikä asettaa panttauksen pätevyyden kyseenalaiseksi. Koska vakuudenannon ei tällaisessa tilanteessa voida katsoa tarpeeksi turvaavan sijoittajien maksunsaantia, ei tätä ratkaisua tarkemmin tutkita.

Osakeyhtiölain 12 luvun 7.3 §:n vakuudenantokieltoa voitaisiin pyrkiä kiertämään myös siten, että Erillisyhtiö 1 ottaisi ulkopuoliselta rahoittajalta lyhytaikaisen lainan (niin kutsuttu bridge-laina), josta saatavat varat käytettäisiin osakekaupan rahoittamiseen. Tämän lainan vakuutena ei olisi Osakeyhtiö B:n varallisuutta, vaan Erillisyhtiö 1 olisi yksin vastuussa lainan takaisinmaksusta. Osakkeiden siirryttyä Erillisyhtiö 1:n omistukseen ottaisi se Erillisyhtiö 2:lta uuden lainan, josta saatavat varat käytettäisiin bridge-lainan takaisinmaksuun. Tämän uuden lainan takaisinmaksun vakuutena olisivat Osakeyhtiö B:n yhtiövarallisuus sekä sen tulevaisuudessa tuottamat kassavirrat.

Tämänkaltaisessa järjestelyssä Osakeyhtiö B ei anna vakuutta sellaisesta velasta, jonka käyttötarkoituksena on yhtiön osakkeiden hankinta, sillä Erillisyhtiö 2:lta saadut lainavarat on tarkoitus käyttää ulkopuoliselta rahoittajalta saadun bridge-lainan takaisinmaksuun. Kyseessä on kuitenkin välillinen järjestely, joka tosiasiallisesti johtaa samaan lopputulokseen kuin se, että Osakeyhtiö B olisi antanut vakuuden velasta, josta saatavat varat käytetään sen omien osakkeiden hankintaan.[174] Koska osakeyhtiölain 12 luvun 7.3 §:n vakuudenantokielto on ehdoton, ei esitetyn kaltaista järjestelyä voida pitää tehokkaana tapana kiertää vakuudenantokieltoa.[175]

---

[173] Vierasvelkavakuuden myöntäminen ei kuulu yhtiölle sallittuun toimintaan, ellei yhtiö nimenomaisesti harjoita tällaista toimintaa. *Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio* 2002 s. 658. Osakeyhtiö B:n harjoittama liiketoiminta ei ole luonteeltaan tämänkaltaista.

[174] Ruotsissa, jonka yhtiölainsäädäntö tuntee vastaavanlaisen omien osakkeiden rahoituskiellon, on oikeuskirjallisuudessa katsottu, että lainanantajalla tulee olla todellinen luottoriski (verklig kreditrisk), jottei transaktiota katsottaisi peitejärjestelyksi. Luottoriski on olemassa, jos luotto on ollut ”aito” eli lainanantaja ei ole lainan myöntäessään voinut olettaa, että sen takaisinmaksu tapahtuu viime kädessä ostattavan yhtiön lainaamilla varoilla. *Rodhe* 1993 s. 118.

[175] Rahoitus- ja vakuudenantokielto oli tarkoitettu jo sen säätämisen yhteydessä täydelliseksi, HE 11/1981 s. 6. Rahoittaminen voi tapahtua muullakin tavalla kuin rahalainalla, esimerkiksi yllä esitetyn kaltaisen välillisen järjestelyn avulla. Tällaisen järjestelyn hyväksyminen sotisi vahvasti lain tavoitteita vastaan. Vuonna 1997 tapahtuneen laajan osakeyhtiölain uudistuksen yhteydessä oikeustilaa haluttiin selkeyttää ja näin ollen lain perusteluissa todettiinkin suoraan, että rahoitus- ja vakuudenantokieltoa tulee tulkita siten, että se kattaa kaikki mahdolliset järjestelyt, joilla rahoitetaan yhtiön omien osakkeiden hankkimista. HE 89/1996 s. 132.

Osakeyhtiölain sisältämän vakuudenantokiellon aiheuttamat ongelmat olisi periaatteessa mahdollista kiertää myös siten, että operatiivisen yhtiön yritysmuodoksi valittaisiin jokin muu kuin osakeyhtiö, jolloin osakeyhtiölain vakuudenantokielto ei koskisi operatiivista yhtiötä.[176] Kyseeseen tulisi tällöin lähinnä henkilöyhtiö. Tätäkään ratkaisua ei voida pitää kovin käyttökelpoisena, sillä henkilöyhtiötä käytetään yritysmuotona pääsääntöisesti silloin, kun kyse on pienestä tai keskisuuresta liiketoiminnasta, jossa osakkaita on vähän ja tappionvaara suhteellisen pieni.[177] Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa mukana olevan operatiivisen yhtiön toimintaa ei voida pitää tällaisena liiketoimintana.

Suomen ollaan parhaillaan valmistelemassa kokonaan uutta osakeyhtiölakia. Uudistusten tavoitteena on joustava osakeyhtiölaki, jonka avulla yritykset voivat järjestää toimintansa mahdollisimman tehokkaalla tavalla mutta joka samalla takaa riittävän oikeussuojan vähemmistöosakkeenomistajille ja velkojille.[178] Joustavaan lainsäädäntöön tähtäävän uudistuksen yhteydessä ei kuitenkaan näillä näkymin tulla muuttamaan nykyistä vakuudenantokieltoa, sillä uuden lain varojen jakamista koskevat säännökset vastaavat periaatteiltaan pääasiassa voimassa olevan lain 12 luvun säännöksiä. Uuteen lakiin ehdotetaankin otettavaksi pääpiirteissään nykyisen lain 12 luvun 3 §:ää vastaava säännös.[179]

Vaikka nykyisen osakeyhtiölain 12 luvun 7.3 § aiheuttaneekin sen, ettei kahden erillisyhtiön rakenne ainakaan tässä tutkimuksessa esitetyssä muodossaan ole käyttökelpoinen kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa, tarkastellaan rakennetta vielä tutkimuksen myöhemmissä insolvenssi- ja arvopaperimarkkinaoikeudellisissa jaksoissa.[180] Näin tehdään siitä syystä, että kahden erillisyhtiön mallin käyttäminen luo erityisesti yrityskaupan rahoitusjär-

---

[176] Erillisyhtiö 1:n yritysmuodon muuttaminen ei olisi ratkaisu vakuudenantokielto-ongelmaan, sillä osakeyhtiölain 12 luvun 7.3 § soveltuminen ei edellytä, että vakuudensaajan tulisi olla osakeyhtiö. Näin ollen Erillisyhtiö 1:n yritysmuodon muuttamisella ei voida kiertää vakuudenantokieltoa.

[177] *Koski – Immonen* 1990 s. 23.

[178] Osakeyhtiölakityöryhmä 2003 s. 44.

[179] Osakeyhtiölakityöryhmä 2003 s. 178 ja 186. Uuden säännöksen ei ehdoteta lähtökohtaisesti koskevan aikaisemmin (ennen rahoitusta) tehtyjä kauppoja, mikä mahdollistaa esimerkiksi niin sanotut Management Buy Out -järjestelyt. Työryhmämietinnössä kuitenkin nimenomaisesti todetaan, että näissä tapauksissa, kuten muissakin yhtiöjärjestelyissä, on kiinnitettävä huomiota järjestelyn todelliseen luonteeseen, eikä pelkästään siihen, minkälainen muoto järjestelylle on annettu, Osakeyhtiölakityöryhmä 2003 s. 186. Näin ollen voitaneen katsoa, että myös uudessa osakeyhtiölaissa pyritään estämään sellaiset välilliset rahoitusjärjestelyt, joiden tarkoituksena on kiertää vakuudenantokieltoa.

[180] Osakeyhtiölain 12 luvun 7.3 § ei estä Erillisyhtiö 1:tä antamasta Osakeyhtiö B:n osakkeita saamansa lainan pantiksi. Tämän vakuuden ei kuitenkaan voida katsoa riittävästi turvaavan sijoit-

jestelyissä ostajayhtiölle selviä uusia rahoitusvaihtoehtoja. *Seuraava vakuusoikeudellinen osuus koskee osakeyhtiölain 12 luvun 7.3 §:n vakuudenantokiellon vuoksi kuitenkin vain yhden erillisyhtiön transaktiorakennetta.*

4.3. Kattavan vakuuskokonaisuuden rakentaminen

Englannin oikeuden mukaisessa arvopaperistamismallissa transaktion ytimenä on niin kutsuttu secured loan -järjestely, jossa liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön operatiiviselle yhtiölle myöntämän lainan takaisinmaksun vakuutena on kattava vakuuskokonaisuus (security package). Tähän vakuuskokonaisuuteen pyritään sisällyttämään kiinnitykset ja panttioikeudet yrityksen kaikkeen vakuuskelpoiseen omaisuuteen, floating charge -vakuus nykyiseen ja tulevaan yritysvarallisuuteen, arvopaperistettavaa liiketoimintaa harjoittavan yrityksen osakkeet sekä asiakassopimuksiin liittyvien oikeuksien siirto liikkeeseenlaskijana toimivalle erillisyhtiölle.[181]

Liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön asema pyritään turvaamaan panttaamalla sille kaikki panttikelpoinen omaisuus, jonka liiketoimintaa harjoittava yritys omistaa. Kattavan vakuuskokonaisuuden rakentamista helpottaa – ja useimmiten sen edellytyksenä lienee – se, että liiketoimintaa harjoittava yritys uudelleenpääomitetaan (recapitalisation) siten, ettei sillä ainakaan merkittävässä määrin ole ulkopuolisia panttivelkojia transaktion alkaessa.[182]

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion onnistumisen kannalta on ensiarvoisen tärkeää, että liiketoimintaa harjoittavan yhtiön ajautuessa konkurssiin tai muuhun maksukyvyttömyysmenettelyyn, on joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskevalla erillisyhtiöllä ensisijainen oikeus yhtiövarallisuuteen. Tämä vaatimus on asetettava erityisesti siksi, että operatiivisen yhtiön maksukyvyttömyystilanteessa liiketoimintaa on pyrittävä jatkamaan, ja jos osa yhtiövarallisuudesta kuuluu esimerkiksi panttioikeuden vuoksi ulkopuolisille tahoille, voivat nämä tahot halutessaan estää tai ainakin vaikeuttaa liiketoiminnan jatkamista.

---

tajien maksunsaantia (esimerkiksi arvon kaksoispanttauksen riski, jota voidaan toki pyrkiä pienentämään jaksossa 4.5. esiteltävien kovenanttien avulla).

[181] *Xin* 2000 (b) s. 323. Englantilaisesta arvopaperistamismallista tarkemmin jaksossa 2.3.

[182] Uudelleenpääomituksella tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että liiketoimintaa harjoittavan yrityksen vanhat velat maksetaan pois, mikä myös mahdollistaa vakuuksien vapauttamisen transaktion käyttöön. *Brinkworth* 2002 s. 15. Vanhojen vakuuksien vapauttamisen voidaan katsoa olevan keskeinen osa liiketoiminnan arvopaperistamis-transaktion vakuuskokonaisuuden rakentamista ainakin silloin, jos operatiivisen yhtiön omaisuudesta valtaosa on yhtiön vanhojen velkojen vakuutena.

Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että operatiivisen yhtiön kaikki vakuuskelpoinen omaisuus olisi saatettava sen ja liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön välisen lainan vakuudeksi. Tämä tarkoittaa sitä, että niin operatiivisen yhtiön panttikelpoinen irtain omaisuus kuin myös kiinteistöt sekä rekisteröinti- ja kiinnityskelpoiset kulkuvälineet ja alukset on asetettava liikkeeseenlaskija-erillisyhtiöltä saadun lainan vakuudeksi. Myös yrityksen panttikelpoinen immateriaalinen omaisuus tulee pantata.[183] Osakeyhtiö B:n vakuuskelpoisen omaisuuden panttaamisen lisäksi on tärkeää, että sen osakkeet annetaan liikkeeseenlaskija-erillisyhtiöltä saadun lainan vakuudeksi. Osakepantti mahdollistaa sen, että operatiivisen yhtiön tullessa maksukyvyttömäksi liikkeeseenlaskija-erillisyhtiö voi panttioikeutensa nojalla siirtää osakkeet omistukseensa ja omistajan ominaisuudessa ryhtyä hallinnoimaan operatiivista yhtiötä.[184] Antamalla Osakeyhtiö B:n osakkeet lainan pantiksi voidaan myös pienentää riskiä siitä, että osakkeiden omistaja (Holding-yhtiö A) disponoisi osakkeista vahingollisella tavalla.[185]

Sijoittajien maksunsaannin turvaksi on Osakeyhtiö B:n antamat vakuudet syytä edelleenpantata liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön toimesta siten, että sijoittajien edunvalvojalla on sijoittajien lukuun panttioikeus Osakeyhtiö B:n antamiin vakuuksiin.[186] Irtaimisto-oikeudellisesti kysymys on panttioikeudesta panttioikeuteen, minkä on katsottu olevan sallittua kauppakaaren 10 luvun 6 §:n nojalla.[187] Pantinomistajaa suojaavan lainsäännöksen mukaan toimenpiteestä on ilmoitettava pantinomistajalle. Panttausta ei myöskään saa tehdä suuremmasta arvosta tai muilla ehdoilla kuin se on ollut edelleenpantinantajalla itsellään. Ilmoitus ei ole tehokkaan edelleenpanttauksen edellytys, mutta sivullissitovuuden saavuttamiseksi julkivarmistus on suoritettava samalla tavoin kuin ensipanttioikeuden perustamisen yhteydessä.[188]

Kunkin vakuuslajin panttaus tulee tehdä sitä koskevan säännöstön mukaisesti.[189] Vakuuksien perustamisen tilanteessa, jossa yhtiön vanhat velat on makset-

---

[183] Näiden varallisuuserien panttaamisella pyritään turvaamaan liiketoiminnan jatkamismahdollisuudet tilanteessa, jossa operatiivinen yhtiö ajautuu konkurssiin. Liiketoiminnan jatkamismahdollisuuksia silmälläpitäen on transaktiosopimuksissa syytä sopia myös siitä, että asiakassopimuksiin liittyvät oikeudet siirtyvät liiketoiminnan jatkajalle. *Xin* 2000 (a) s. 28.

[184] Tästä järjestelystä tarkemmin jaksossa 5.2.

[185] Tällaisia toimenpiteitä voisivat olla osakkeiden myynti tai panttaus ulkopuoliselle taholle, jonka toiminnasta transaktion kannalta edullisella tavalla ei ole takeita.

[186] Sijoittajien edunvalvojasta ja tämän tehtävistä tarkemmin jaksossa 3.4. Arvopaperistamistransaktion yhteydessä edunvalvojalle tehtävän edelleenpanttauksen yhteydessä on syytä huomioida, ettei järjestelyn tehokkuus Suomen lain alaisuudessa ole täysin selvä. *Palkonen* 6.5.2002.

[187] *Havansi* 1992 s. 82.

[188] *Tepora* 1995 (b) s. 186.

[189] Huomioonotettavia säännöksiä sisältyy tällöin muun muassa velkakirjalakiin, maakaareen sekä yrityskiinnitys-, autokiinnitys- ja aluskiinnityslakeihin.

tu ja vakuudet vapautettu, ei lähtökohtaisesti pitäisi olla ongelmallista. Näin ollen tässä jaksossa ei tarkemmin esitellä näiden vakuuksien perustamismenettelyjä. Sen sijaan seuraavassa keskitytään tulevaisuudessa syntyvän saatavan panttausta koskeviin oikeudellisiin kysymyksiin. Näin tehdään siksi, että sijoittajien maksunsaantiturvan kannalta ainakin lähtökohtaisesti keskeisen vakuusmuodon eli tulevaisuudessa syntyvien saatavien panttaamisen osalta oikeustila on Suomessa jossain määrin epäselvä.

4.4. Liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen panttaaminen

4.4.1. Yleistä saatavan panttaamisesta

Omaisuusobjekti on panttikelpoinen, jos se on yksilöity, luovutus- ja ulosmittauskelpoinen sekä sillä on vaihdannallista varallisuusarvoa.[190] Pantinsaajan kannalta näistä edellytyksistä keskeisin on panttiobjektin varallisuusarvo, sillä vaikka objekti olisi muuten panttikelpoinen, ei siitä ole pantinsaajalle hyötyä, jos se on varallisuusarvoltaan olematon. Toisaalta korkeankin varallisuusarvon omaava objekti on pantinsaajan kannalta hyödytön, jos se ei ole yksilöitävissä ja siten erotettavissa muista vastaavista objekteista. Pantti on yhtälailla hyödytön, jos se ei ole ulosmittauskelpoinen ja siten siirrettävissä pantinsaajan omistuspiiriin.

Lähes kaikki irtain omaisuus on panttikelpoista sen tyypistä riippumatta. Irtaimen omaisuuden päätyypeiksi voidaan nimetä reaaliesineet, saatavat, yhteisöosuudet sekä immateriaalioikeudelliset objektit.[191] Näin ollen saatavia voidaan lähtökohtaisesti pitää panttikelpoisina varallisuusobjekteina. Jos saaminen pantataan asianmukaisine julkivarmistuksineen, turvaa se pantinsaajan asemaa velallisen insolvenssitilanteessa.

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioissa joukkovelkakirjaan sijoittaneiden maksunsaannin vakuudeksi hankitaan mahdollisimman kattava suoja. Siksi myös liiketoiminnan tulevaisuudessa tuottamat kassavirrat (saatavat) on pyrittävä panttaamaan joukkovelkakirjalainan vakuudeksi. Pantattaessa tulevaisuudessa syntyviä saatavia ei panttiobjektia ole panttaushetkellä vielä olemassa, mutta panttaus on kuitenkin rajoitetuin oikeusvaikutuksin mahdollista. Pant-

---

[190] *Havansi* 1992 s. 68. Nämä yleisluontoiset vaatimukset koskevat pääsääntöisesti omaisuutta oli se kiinteää tai irtainta, aineellista tai aineetonta.

[191] *Havansi* 1992 s. 77. Panttikelvottomia ovat esimerkiksi objektit, joiden ei oikeuspoliittisten, lähinnä sosiaalipoliittisten syiden takia katsota olevan sopivia panttauskohteita (esimerkiksi sosiaalisaatavat). *Havansi* 1992 s. 87.

tausluvanta sitoo lupaajaa siinä tapauksessa, että panttaustahdonilmauksen mukainen saatava aikanaan syntyy ja on lupaajan määräysvallassa.[192]

Jo syntyneet saatavat täyttävät panttiomaisuudelle asetettavat edellytykset ja ellei niiden panttaamista esimerkiksi sosiaalipoliittisista syistä katsota sopimattomaksi, voidaan ne asettaa lainan vakuudeksi.[193] Syntymättömän saatavan panttaamisesta ei ole annettu erityissääntelyä. Voidaan kuitenkin katsoa, ettei lainsäädäntö kiellä syntymättömän saatavan panttausta, sillä esimerkiksi yrityskiinnitys koskee myös yrityksen tulevaisuudessa syntyviä saatavia. Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kannalta onkin tärkeää selvittää, missä laajuudessa yrityskiinnityksellä voidaan pantata ansaitsemattomia ja siten vasta tulevaisuudessa syntyviä saatavia sekä sitä, miten yrityskiinnitys tässä suhteessa turvaa joukkovelkakirjalainasijoittajien maksunsaantia.

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion onnistumisen edellytyksenä olevan kattavan vakuuskokonaisuuden kannalta on tärkeää, että yrityksen omaisuuteen haetaan yrityskiinnitys. Yrityskiinnityslain 1 §:n mukaan elinkeinonharjoittaja voi kiinnittää omistamaansa elinkeinotoimintaan kuuluvan irtaimen omaisuuden ja sen hallintaa luovuttamatta pantata tämän omaisuuden saamisen vakuudeksi. Yrityskiinnityslain 3 §:n mukaan kiinnityskelpoista on elinkeinonharjoittajan irtain omaisuus. Irtain omaisuus on ymmärretty varsin laajasti käsittäen niin reaaliesineet, saatavat, yhteisöosuudet ja immateriaalioikeudelliset objektit.[194]

Kiinnityksenhaltijan suojan kannalta merkittävää on se, että yrityskiinnityslain 4.3 §:n mukaan yrityskiinnityksen kohteena olevaa omaisuutta ei saa antaa pantiksi muulla tavoin kuin yrityskiinnityslain säännöksiä noudattaen. Kielto on asetettu, jottei yrityskiinnityksen vakuusarvoa pyrittäisi tietoisesti heikentämään.[195] Yrityskiinnityslain 4.3 §:n mukaisen käteispanttikiellon ulkopuolelle on kuitenkin jätetty arvopaperit, arvo-osuudet ja saatavat, joita on mahdollisuus pantata yrityskiinnityksestä huolimatta.[196] Se, että yritys panttaa arvopaperinsa, arvo-osuutensa ja saatavansa, ei kuitenkaan poista niitä yrityskiinnityksen pii-

---

[192] Tällaista tulevaisuudessa syntyvää panttiobjektia voidaan kutsua myös res futuræksi eli ”tulevaisuusesineeksi”, *Havansi* 1992 s. 71.

[193] *Havansi* 1992 s. 87.

[194] *Tepora* 1990 s. 867.

[195] *Ojanen – Sutinen* 1991 s. 50. Sinänsähän yrityskiinnityksen vakuusarvo voi vaihdella voimakkaastikin, sillä yrityskiinnityslain 9 §:n mukaan yrityskiinnityksen estämättä kiinnitettyä omaisuutta saa luovuttaa ja käyttää siten kuin normaali liiketoiminta edellyttää. Yrityskiinnityksen tuottama panttioikeus luovutettuun omaisuuteen lakkaa, mikä laskee ainakin hetkellisesti yrityskiinnityksen vakuusarvoa.

[196] Poikkeuksen taustalla ovat käytännön syyt, sillä ilman poikkeusta esimerkiksi factoring-rahoituksen käyttö yrityskiinnityksen rinnalla olisi mahdotonta. *Tepora* 1990 s. 868.

ristä, sillä yrityskiinnitysvelkojalla on näihin toissijainen oikeus.[197]

Yrityskiinnityksen ja saatavien erillispanttauksen välisellä suhteella on merkitystä liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa. Sijoittajien maksunsaannin kannalta on ensiarvoisen tärkeää, ettei saatavia pantata millekään ulkopuoliselle taholle, sillä toissijainen oikeus saataviin ei ole riittävä vakuus turvaamaan maksunsaantia tilanteessa, jossa maksunsaanti on riippuvainen juuri liiketoiminnan tuottamista kassavirroista.

Operatiivisen yhtiön konkurssissa yrityskiinnityksen kohteena olevalle saatavalle jaetaan ennen muita saatavia velkojien maksunsaantijärjestyksestä annetun lain 5.1 §:n mukaisesti 50 prosenttia kiinnitetyn omaisuuden arvosta sen jälkeen, kun kyseisessä lainkohdassa määritellyt parempisijaiset saatavat on suoritettu. Saatavapantin haltijalla, jonka saatava kuuluu näihin parempisijaisiin saataviin, on oikeus saada maksu panttioikeuden kohteesta ennen muita saatavia. Näin ollen jo transaktiota suunniteltaessa on pyrittävä varmistumaan siitä, ettei liiketoiminnasta syntyneitä saatavia ole mahdollista erillispantata kolmansille tahoille.[198]

Tilanne on vakuusoikeudellisesti ongelmallisempi silloin, kun arvioidaan mahdollisuuksia pantata etukäteen tehokkaasti saatava, joka ansaitaan vasta tulevaisuudessa. Ansaitsemattoman saatavan panttausta koskevan erityissääntelyn puuttuessa johtoa joudutaankin hakemaan muista saatavia ja niiden siirtoa sekä panttausta koskevista säännöksistä. Sinänsähän ansaitsemattoman saatavan panttausta ei ole nimenomaisesti kielletty eikä sille ole asetettu jo ansaitun saatavan panttauksesta poikkeavia vaatimuksia. Lähtökohtaisesti ansaitsematon saatava voi täyttää panttiobjektin yksilöinnille, luovutuskelpoisuudelle ja varallisuusarvolle asetetut vaatimukset. Myös tehokkaan panttioikeuden edellytyksenä olevan denuntiaation suorittaminen on useimmiten mahdollista saamisvelallisen ollessa selvillä.[199]

4.4.2. Ansaintaperiaate ja saatavan panttikelpoisuus

Ansaitsemattoman saatavan panttausta ja sen tehokkuutta suhteessa pantiksiantajan velkojiin on mahdollista arvioida velkakirjalain 31.1 §:n valossa. Kyseisessä lainkohdassa säännellään tavallisen velkakirjan luovutuksensaajan suo-

---

[197] *Ojanen – Sutinen* 1991 s. 51.

[198] Pantinantajan eli operatiivisen yhtiön tekemiä vahingollisia toimenpiteitä voidaan pyrkiä estämään esimerkiksi yhtiöjärjestysmääräyksin ja kovenantein, näistä tarkemmin jaksoissa 3.2.4. ja 4.5.

[199] *Havansi* 1992 s. 159

jasta luovuttajan velkojiin nähden. Velkakirjalain 31.1 §:n mukaan luovutus ei ole luovuttajan velkojia sitova, jollei joko luovuttaja tai luovutuksensaaja ole ilmoittanut asiasta velalliselle. Velkakirjalain 31.1 § ei erottele saatavia niiden ansaitsemisasteen mukaan vaan kyseinen lainkohta soveltuu sanamuotonsa perusteella lähtökohtaisesti myös tilanteisiin, jossa saatavaa ei ole ansaittu siirtohetkellä.[200] Näin ollen on mahdollista katsoa, että ansaitsemattomankin saatavan siirto voisi olla ainakin siirtäjän muita kuin pakkotäytäntöönpanovelkojia sitova, kunhan siirrosta denuntoidaan velalliselle asianmukaisesti.[201]

Poissuljettua ei liene sekään, että etukäteispanttaus voisi ainakin lähtökohtaisesti saada velkakirjalain 31.2 §:n mukaista kollisiosuojaa myöhempää saatavan siirron- tai pantinsaajaa vastaan. Sen sijaan etukäteispanttauksen saaneen tahon kollisiosuoja suhteessa ulosmittaus- ja konkurssivelkojia kohtaan on kyseenalaisempi.[202] Ongelmalliseksi muodostuu erityisesti se, että vielä ansaitsematonta saatavaa ei ainakaan lähtökohtaisesti ole katsottu voitavan pitää ulosmittauskelpoisena varallisuusobjektina.[203] Jos saatavan etukäteinen panttaus sallittaisiin pantiksiantajan velkojia sitovasti, voisi pantiksiantajan niin halutessaan siirtää kaikki tulevat ja vielä ansaitsemattomat saatavat pois yleisen velkojatahon ulottuvilta.[204]

Arvioitaessa ansaitsemattoman saatavan panttikelpoisuutta voitaneen lähtökohtana siis pitää sitä, ettei etukäteinen panttaus suojaa pantinsaajaa pantiksiantajan konkurssi- tai ulosmittausvelkojilta, jos saatavaa ei ollut ansaittu konkurssiinasettamis- tai ulosmittaushetkellä. Ansaitunkin saatavan kohdalla panttauksen sitovuutta on mahdollista pitää kyseenalaisena ainakin siinä tilanteessa, jossa uutta denuntiaatiota ei ole tehty saatavan ansaitsemisen jälkeen.[205]

Saatavan ansaitsemiseen liittyvää problematiikkaa on Suomessa lähestytty niin kutsutun ansaintaperiaatteen valossa. Tällä on pyritty selkiyttämään sopimuksesta johtuvien saatavien jakoa pantinsaajan ja konkurssipesän välillä. Ansaintaperiaate muistuttaa tausta-ajatuksiltaan Ruotsissa kehiteltyä niin kutsuttua ”frysningsprincipen”-käsitettä.[206] ”Frysningsprincipen” eli ”jäädytysperiaate”

---

[200] *Kaisto* 2001 s. 602.

[201] Toisaalta VKL 31.1 §:ssä ei myöskään suoranaisesti sanota, että luovutus olisi aina velkojia sitova, jos siitä on asianmukaisesti denuntoitu. *Kaisto* 2001 s. 602.

[202] *Havansi* 1992 s. 159

[203] Näin muun muassa *Havansi* 1992 s. 159 sekä *Koulu* 1984 s. 181.

[204] *Havansi* 1992 s. 159. Tällöin ei toisin sanoen syntyisi sellaista välitilaa, jolloin ennakkosiirto ei sitoisi ulosmittausvelkojia ja jolloin saatava voitaisiin ulosmitata yleisen velkojatahon saatavien maksuksi. *Koulu* 1984 s. 181.

[205] *Havansi* 1992 s. 159.

[206] Itse asiassa ”frysningsprincipen”-termi ei ole puhtaasti ruotsalaista alkuperää, vaan se on johdettu englantilaisesta oikeudesta, jossa konkurssivarallisuuden sanotaan kristallisoituvan (”floating charge crystallizes”) konkurssipäivänä. *Håstad* 1994 s. 330.

kuvaa sitä tapaa, miten konkurssipesän varallisuus määräytyy riippuen siitä, miten ansaitsemattoman saatavan panttikelpoisuuteen suhtaudutaan.[207]

”Frysningsprincipen”-käsitettä käytettiin oikeuskirjallisuudessa arvioitaessa Ruotsin korkeimman oikeuden (HD) tapausta NJA 1973 s. 635. Kyseisessä tapauksessa oli pantattu jo syntyneiden saamisten lisäksi myös vielä ansaitsemattomia saamisia. Osa panttauksista peräytettiin pantiksiantajan konkurssipesään sillä perusteella, että korkein oikeus katsoi panttauksen oikeusvaikutusten alkavan vasta saamisten tultua ansaituiksi.

Ratkaisua on tulkittu siten, että saamisvelalliselle tehty denuntiaatio on tehokas, vaikka saatavaa ei olisi ansaittu denuntiaatiota tehtäessä.[208] Näin ollen velkojia sitovan panttauksen edellytyksenä ei ole uusi denuntiaatio saatavan syntymisen jälkeen.[209] Panttauksen sitovuus suhteessa muihin velkojiin on kuitenkin sidottu saatavan ansaitsemiseen: pantinsaajalla ei ole etuoikeutta saatavaan, joka ansaitaan vasta konkurssiin asettamisen tai ulosmittauksen jälkeen. Jos saatava ansaitaan vasta pantiksiantajan konkurssiinasettamisen jälkeen, kuuluu saatava konkurssipesälle.[210]

Jos pantatun ja konkurssiinasettamishetkellä ansaitsemattoman saatavan katsottaisiin kuuluvan vakuutena pantinsaajalle, ei konkurssipesällä todennäköisesti olisi suurtakaan intressiä tehdä saatavaa synnyttävää suoritustaan, sillä saatava kuuluisi ansaituksi tultuaan separatistivelkojan asemassa olevalle pantinsaajalle. Koska konkurssipesän varallisuus ei lisäänny, vaikka se ryhtyisi saatavan ansaitsemisen vaatimiin toimenpiteisiin, onkin pesän kannalta edullisempaa ”jäädyttää” tilanne eli olla ryhtymättä saatavan ansaitsemisen vaatimiin toimenpiteisiin. Näin on ainakin silloin, jos pantinsaaja ei vastaa toimenpiteiden aiheuttamista kustannuksista.[211]

Jos pantattujen ja konkurssiinasettamishetken jälkeen syntyvien saatavien katsottaisiin kuuluvan konkurssipesälle eikä pantinsaajalle, olisi konkurssipesällä huomattavasti suurempi syy jatkaa liiketoimintaa ja siten saatavan ansaitsemista. Näin on erityisesti silloin, kun liiketoiminnan jatkaminen ei edellytä merkittäviä lisäpanostuksia, mutta voi potentiaalisesti kartuttaa pesävarallisuutta huomattavastikin.[212]

Ansaintaperiaate toimii niissä tapauksissa, joissa konkurssipesä jatkaa alkuperäisen konkurssivelallisen tekemän sopimuksen täyttämistä. Sopimuksesta

---

[207] *Ibidem*.

[208] *Kaisto* 2001 s. 599.

[209] *Håstad* 1994 s. 330.

[210] Tämä ansaitseminen edellyttää siis sitä, että konkurssipesä jatkaa saatavan taustalla olevan sopimusvelvoitteen täyttämistä (ansaitsemista). *Tepora – Takki* 1994 s. 56

[211] *Håstad* 1994 s. 330.

[212] *Tepora – Takki* 1994 s. 57.

johtuvat saatavat jaetaan tässä tilanteessa konkurssipesän ja pantinsaajan välillä sen mukaan, mikä sopimukseen perustuvan suorituksen valmiusaste oli konkurssiinasettamishetkellä. Ansaintaperiaatteen mukaan pantinsaajalle kuuluu se osa pantatusta saatavasta, jonka voidaan katsoa tulleen ansaituksi ennen konkurssiinasettamishetkeä. [213]

Ansaintaperiaate luo eräänlaisen välimuodon ansaitsemattoman saatavan panttaamisen sallimisen ja toisaalta sen kieltämisen välille. Lähtökohtana ansaintaperiaatteessakin voidaan katsoa olevan sen, ettei saatava, jota ei ole kokonaan ansaittu, ole panttikelpoinen. Kuitenkin saatava, jota ei ole ennen konkurssia täysin ansaittu, mutta joka konkurssipesän toimin muuttuu täysin ansaituksi, katsotaan panttikelpoiseksi ennen konkurssia ansaitulta osaltaan.[214] Pantinantajan konkurssiinasettaminen ei siis lopullisesti poista saatavan panttikelpoisuutta.

Suomessa voidaan kuitenkin katsoa olleen vallalla kielteinen kanta ansaitsemattoman saatavan panttaukseen. Kannan taustalla on ajatus siitä, ettei ansaitsematonta saatavaa ole pidetty ulosmittauskelpoisena.[215] Viimeaikaisessa oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin esitetty kannanottoja sen puolesta, ettei ulosmittauskelpoisuudelle tarvitse antaa ratkaisevaa merkitystä.[216] Onkin perustellusti mahdollista katsoa, ettei ole olemassa – ei ainakaan kovin vahvoja – juridis-teknisiä tai oikeuspoliittisia perusteita kieltää ansaitsemattoman saatavan panttaus, jos panttauksen sivullissitovuus perustuu ansaintaperiaatteeseen.[217]

Mielenkiintoista on, että vaikka ansaitsematonta saatavaa ei ainakaan kiistattomasti ole pidetty ulosmittauskelpoisena, on uudemmassa ulosottokäytännössä ansaitsemattomiakin saatavia ulosmitattu tilanteessa, jossa saatavan syntyperuste tunnetaan ja saatava on riittävällä tavalla yksilöity.[218] Ongelmaksi ulos-

---

[213] Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa urakkasaatava on pantattu rahoittajalle. Urakoitsija asetetaan konkurssiin tilanteessa, jossa urakan valmiusaste on 80 %. Konkurssipesä suorittaa urakan loppuun ja ansaintaperiaatteen mukaisesti pantinsaaja on oikeutettu saamaan urakkasaatavasta 80 % loppujen varojen kuuluessa konkurssipesälle. *Tepora – Takki* 1994 s. 57.

[214] Sitovan panttioikeuden edellytykseksi on mahdollista asettaa aiemmin esitetyn lisäksi se, että konkurssivelallisen vastapuoli on saanut konkurssivelkojia sitovan oikeuden velallisen suoritukseen. Ilman tätä edellytystä panttivelkojan asema on täysin konkurssihallinnon toimenpiteistä riippuvainen. *Tuomisto* 1995 s. 267. Tämä lisävaatimus on sinänsä perusteltu, mutta samalla se tosiasiallisesti tekee sitovan panttioikeuden saamisen varsin vaikeaksi.

[215] *Tepora – Takki* 1994 s. 59

[216] *Kaisto* 2001 s. 601.

[217] Järkevästi sovellettuna ansaintaperiaatteen ei voitane katsoa olevan panttivelkojien kanssa kilpailevien velkojien intressien vastaista, sillä osa ansaitusta saatavasta tulee konkurssipesän varallisuudeksi. *Tepora – Takki* 1994 s. 60.

[218] *Tepora – Takki* 1994 s. 60. Itse asiassa lainsäädäntömmekin tuntee mahdollisuuden ulosmitata ansaitsemattomia saatavia, sillä ulosottolain 4 luvun 6–9b sekä 18b–18e §:issä säännelty palkan ulosmittaus koskee tosiasiallisesti vielä ansaitsemattoman saatavan ulosmittausta.

mittaamiselle voi tällöin tosin muodostua se, miten ansaitsemattoman saatavan ulosmittaus vaikuttaa ulosmittausvelallisen vielä tekemättömään vastasuoritukseen. Ainakin tilanteessa, jossa ansaitsemattoman saatavan ulosmittauksesta on seurauksena velallisen käyttörahoituksen tyrehtyminen, ei yrityksellä liene kovin suuria intressejä täyttää tekemätöntä vastasuoritusta.[219]

Korkein oikeus ei ole ennakkopäätöksissään ottanut ansaintaperiaatteeseen suoranaisesti kantaa.[220] Viime vuosikymmenellä korkein oikeus otti kuitenkin välillisesti kantaa ansaitsemattoman saatavan problematiikkaan muutamassa ratkaisussaan, joista seuraavassa arvioidaan tapauksia 1995:133 ja 1996: 113.

Tapauksessa 1995:133 oli kysymys vuokrasopimuksiin perustuvien vuokrasaatavien – niin ennen konkurssia kuin konkurssin jälkeenkin ansaittujen – panttauksesta. Ratkaisun otsikko on seuraava:

> *”Kiinteistöyhtiö oli pantannut määräaikaisiin liikehuoneiston vuokrasopimuksiin perustuvat vuokrasaatavat rahoitusyhtiölle. Kun kiinteistöyhtiölle kiinteistön omistajana kuuluva oikeus vuokriin oli ulosmitattavissa vain itse kiinteistöä ulosmitattaessa, panttaus ei sitonut kiinteistöyhtiön konkurssipesää konkurssiin asettamisen jälkeen erääntyneiden vuokrasaatavien osalta. Nämä vuokrat kuuluivat siten konkurssipesälle.”*

Tapauksessa oli korkeimman oikeuden perustelujen mukaan kysymys siitä, sitovatko kiinteistöön kuuluvista liikehuoneistoista kiinteistön omistajalle maksettavien, tulevien vuokrien panttaukset kiinteistöyhtiön konkurssivelkojia siltä osalta kuin vuokrat ovat kertyneet ja erääntyneet yhtiön konkurssiin asettamisen jälkeen. Kysymyksenasettelu siis viittaisi siihen, että tapauksen ydinkysymys olisi konkurssiinasettamishetkellä vielä ansaitsemattomien saatavien panttauksen sitovuus suhteessa konkurssivelkojiin.

---

[219] *Ibidem*. Vähittäispankkitoiminnassa on panttikelpoisiksi saataviksi katsottu muun muassa EU-tuet, joiden panttaus on voitu tehdä jo siinä vaiheessa, kun tukihakemus on vasta jätetty. *Svinhufvud* 28.8.2002. Tilanne on kuitenkin muuttunut pankkien kannalta, sillä Turun hovioikeus katsoi 5.3.2002 asiassa U 01/704 antamassaan ja lainvoimaiseksi tulleessa päätöksessä, että pankille syntyy panttioikeus pantattuihin EU-tukiin vasta sen jälkeen, kun tukia koskeva valituskelpoinen päätös on annettu tai aikaisemmin tilanteessa, jossa maaseutuelinkeinoviranomainen on valinnut ja siirtänyt tuet maksettaviksi niin, että ne ovat tulleet pantiksiantajan tai pantinsaajan määräysvaltaan. Toisaalta oikeus kuitenkin katsoi, että tuet voidaan ulosmitata vastaisuudessa syntyvänä saatavana jo ennen edellä mainittuja ajankohtia. Turun hovioikeuden päätös on mielenkiintoinen, mutta laajempien ansaitsemattoman saatavan panttausta koskevien johtopäätösten tekeminen sen pohjalta ei liene mahdollista sen vuoksi, että päätös koskee vain EU-tukien panttausta.

[220] Itä-Suomen hovioikeus on perustanut ratkaisunsa S 90/271 ansaintaperiaatteelle, *Tuomisto* 1996 s. 194. Koska kysymyksessä ei ole korkeimman oikeuden ennakkoratkaisu, ei ratkaisusta voitane kuitenkaan suoraan tehdä sitä johtopäätöstä, että ansaintaperiaate on hyväksytty ratkaisuperuste suomalaisessa tuomioistuinkäytännössä.

Mainitusta korkeimman oikeuden ratkaisunsa perusteluissa esittämästä kysymyksenasettelusta huolimatta ei ratkaisussa otettu kantaa ansaintaperiaatteen mukaiseen panttauksen sitovuuteen vaan kiinteistöpantinhaltijan ja vuokrasaatavien pantinsaajan väliseen etusijajärjestykseen.[221] Ratkaisua voidaan tulkita siten, että kiinteistöpantinhaltijalla on aina etusija pakkotäytäntöönpanovaiheen jälkeen kertyneisiin vuokrasaataviin.

Korkeimman oikeuden ratkaisua on mahdollista tulkita siis siten, että sillä haluttiin ohjata kiinteistöpantin käyttämiseen.[222] Näin ollen ratkaisussa ei ole otettu yleisemmin kantaa siihen, voidaanko ansaitsemattomia saatavia pantata ja jos voidaan, tuleeko tämän tapahtua esimerkiksi ansaintaperiaatteen mukaisesti. Ratkaisusta voitaneen kuitenkin tehdä se johtopäätös, että vaikka ansaitsemattoman saatavan panttaus olisikin konkurssipesää sitova, väistyy panttioikeus kiinteistöpantinhaltijan oikeuden tieltä, jos pantatut saatavat ovat kiinteistön vuokrasaatavia.[223]

Ansaintaperiaatteen mukaista argumentaatiota sivutaan myös korkeimman oikeuden ratkaisussa 1996:113, jonka otsikko on seuraava:

> *”Varustamo oli tilannut aluksen telakkayhtiöltä. Loppukauppahinta oli suoritettava, kun alus oli valmistunut. Omistusoikeus siirtyi tilaajalle, kun alus oli luovutettu sille. Telakkayhtiö panttasi kauppahintasaatavansa Valtiontakuukeskukselle yhtiölle myönnetyn valtiontakauksen vakuudeksi. Telakkayhtiö joutui konkurssiin ennen aluksen valmistumista. Konkurssipesä, joka ei sitoutunut tilaussopimukseen, myi keskeneräisen aluksen rungon varustamolle erikseen sovitusta kauppahinnasta. Panttaus ei koskenut viimeksi mainittua kauppahintaa.”*

Tapauksessa panttauksen kohteena olivat kauppahintasaatavat, joiden perusteena oli telakan ja toisaalta varustamon välinen laivanrakennussopimus. Telakkayhtiön konkurssipesä ei jatkanut laivanrakennusta vaan laivanrakennussopimus purkautui. Näin ollen panttioikeuden kohdetta ei enää ollut olemassa eikä panttauksen myöskään katsottu kattavan keskeneräisen rungon kauppaa koskevaa kauppahintasaatavaa. Panttioikeuden kattavuuden kannalta vailla merkitystä oli myös se, että konkurssipesään kuuluvien laivanrunkojen rahaksimuutossa niiden ostajina olivat alkuperäiset tilaajat.

Tilanne olisi muuttunut ansaintaperiaatteen kannalta mielenkiintoisella tavalla, jos laivanrakennussopimus ei olisi purkautunut vaan varustamot olisivat

---

[221] *Tammi* 1996 s. 110.

[222] *Kaisto* 2001 s. 609.

[223] Tapauksessa oli näin ollen kysymys siitä kenelle kiinteän omaisuuden tuotto kuului. Irtaimen omaisuuden kohdalla lähtökohtana voidaan pitää sitä, ettei vuokratuotto kuulu vuokrakohteen ulosmittauksen piiriin. *Kaisto* 2001 s. 625.

ostaneet laivanrungot vanhan sopimuksen perusteella, mutta alunperin sovittua alhaisemmasta, alusten valmiusastetta vastaavasta hinnasta. Tällöin voitaisiin katsoa, että laivanrakennussopimukset olisivat yhä voimassa eivätkä panttauksen kohteena olevat kauppahintasaatavat siten rauenneet.

Jos tässä tilanteessa ansaintaperiaatteen mukaisesti katsottaisiin, että ennen konkurssiinasettamishetkeä syntyneet saatavat kuuluvat pantinsaajalle, kuuluisi konkurssipesän keskeneräisestä laivanrungosta saama kauppahinta kokonaisuudessaan pantinsaajalle. Näin olisi ainakin silloin, jos konkurssipesän ei voitaisi omilla toimillaan katsoa kartuttaneen kaupan kohteena olevan omaisuuden arvoa konkurssiinasettamishetken jälkeen. Tilanne ei välttämättä olisi kohtuuton konkurssipesänkään kannalta, jos kaupan kohteena olevan omaisuuden myynnillä pystyttäisiin saamaan säästöjä konkurssipesälle.[224]

Ansaintaperiaatteen mukaan saatava, jota ei ole ennen konkurssia täysin ansaittu, mutta joka konkurssipesän toimin muuttuu täysin ansaituksi, katsotaan panttikelpoiseksi ennen konkurssia ansaitulta osaltaan. Pantinhaltijan kannalta olisi erittäin edullista, jos saatavan tulkittaisiin tulleen ansaituksi siinä vaiheessa, kun konkurssipesä tekee saatavan – siis vaillinaisen valmiusasteen vuoksi alun perin sovittua alhaisemman – syntymisen edellytyksenä olevan suorituksen. Tässä tilanteessa pantti ei olisi täysin arvoton, vaikka konkurssipesä ei jatkaisikaan saatavan ansaitsemista.[225]

Jos ansaintaperiaatetta voitaisiin tulkita tällä tavoin hieman laajemmin, parantaisi se saatavapantinhaltijan asemaa velallisen konkurssitilanteessa. Koska tulkinta ei perustu oikeuskäytäntöön ja toisaalta koska ansaintaperiaatteen hyväksyttävyyteen ylipäätään ei ole lainsäädännössä otettu kantaa, ei ansaitsemattoman saatavan pantinhaltijan asemaa voida ainakaan nykyisessä oikeudellisessa ympäristössä pitää kovinkaan vahvana.

4.4.3. Liiketoiminnan tulevaisuudessa tuottamien kassavirtojen panttaaminen

Tutkimuksen kohteena olevassa yhden erillisyhtiön transaktiorakenteessa panttausproblematiikan kohteena on operatiivisen yhtiön tuottamien kassavirtojen panttaaminen sen liikkeeseenlaskija-erillisyhtiöltä saaman lainan ja sitä kautta edelleen joukkovelkakirjalainan vakuudeksi. Ansaintaperiaatteen soveltaminen

---

[224] Näin voi olla esimerkiksi silloin, jos omaisuuden varastointimenot nousevat pesän kannalta huomattavan korkeiksi.

[225] Edellytyksenä tällaiselle tulkinnalle voidaan pitää sitä, että suoritteen täyttämisen taustalla oleva sopimus ei ole purkautunut (arg. KKO 1996:113).

on liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion vakuuskokonaisuuden kannalta lähtökohtaisesti merkityksellinen asia, pyritäänhän saatavien ansaitsemista jatkamaan myös konkurssiinasettamishetken jälkeen.[226] Näin ollen sellaiset pantinhaltijat, joiden panttioikeuden kohteena olevia saatavia ei vielä ennen konkurssia olisi täysin ansaittu, saisivat ansaintaperiaatteen mukaisen osuutensa syntyneistä saatavista.

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kannalta merkillepantavaa on se, että vakuudet pyritään mahdollisimman laajasti keskittämään sijoittajien turvaksi. Näin ollen saatavapanttien – niin ansaittujen kuin ansaitsemattomienkin – kanssa mahdollisesti kilpailevat vakuustyypit ovat hyvin suurella todennäköisyydellä saman tahon hyväksi myönnettyjä. Jos yritys ajautuu konkurssiin, on tilanne siis siinä mielessä yksinkertainen, että riippumatta ansaintaperiaatteen soveltamisesta tulevat konkurssipesän jatkaman liiketoiminnan tuottamat varat ainakin hyvin suurelta osin pantinsaajataholle. Näin on siksi, että selkeästi merkittävin konkurssivelkojaryhmä on itse asiassa sama taho kuin saatavapantinhaltija (joukkovelkakirjasijoittajat).

Näin ollen tilanne on se, että joukkovelkakirjalainan takaisinmaksu ei ole suoranaisesti riippuvainen siitä, onko liiketoiminnan tulevaisuudessa tuottamat saatavat Suomen lainsäädännön alaisuudessa mahdollista pantata joukkovelkakirjalainaan sijoittaneiden hyväksi. Sijoittajien kannalta on kuitenkin ensiarvoisen tärkeää, että jos ansaitsemattomia saatavia voidaan edes jossain mitassa pantata, tulee nämä panttaukset hankkia heidän hyväkseen.[227] Jos näin ei tapahdu, voi osa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun käytettävistä varoista kanavoitua jollekin kolmannelle osapuolelle, jolle on annettu panttioikeus liiketoiminnan tuottamiin saataviin.

Ansaitsemattoman saatavan panttaamisen yhteydessä on tärkeää ottaa huomioon myös takaisinsaannin mahdollisuus tilanteessa, jossa vakuudenantaja eli operatiivinen yhtiö ajautuu konkurssiin. Erityishuomiota on syytä kiinnittää takaisinsaantilain 14 §:ään, jonka mukaan velallisen myöhemmin kuin kolme

[226] Transaktion ollessa vielä kesken on todennäköistä, että jo osaksi ansaittujen saatavien lisäksi konkurssipesän on hankittava myös uusia lisäsaamisia kyetäkseen tuottamaan joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun edellyttämät kassavirrat. Näin ollen kenties vain murto-osa saatavien pääomista on ansaintaperiaatteen valossa panttikelpoista omaisuutta.

[227] Panttaukset tulevat tehtäväksi soveltuvin osin saatavan panttausta koskevien sääntöjen mukaan. Näistä tarkemmin jaksossa 2.2. Oman problematiikkansa ansaitsemattomien saatavien panttaamiseen tuo toki se käytännön ongelma, ettei tulevien velallisten identiteetti useinkaan ole tiedossa, mikä vaikeuttaa ennakollisen denuntiaation tekemistä. Koska kysymyksessä on lähinnä käytännön tason eikä niinkään juridinen ongelma, ja toisaalta koska liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa potentiaaliset velalliset saatetaan usein varsin tarkasti ennakolta nimetä (operatiivisen yhtiön asiakaskunta), jätetään velallisten identiteettiä koskeva ongelma tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

kuukautta ennen määräpäivää[228] velastaan luovuttama vakuus peräytyy, jos sellaisesta ei ollut sovittu velan syntyessä tai vakuusoikeuden kannalta merkityksellisiä toimia ei ole suoritettu ilman aiheetonta viivytystä velan syntymisen jälkeen. Pantattaessa ansaitsemattomia saatavia panttioikeus syntyy saatavan ansainnan yhteydessä, joka voi tapahtua ja useimmiten tapahtuukin vasta velaksiannon jälkeen.

Takaisinsaantilain 14 §:n edellytyksen vakuudesta sopimisesta velan syntymiseen mennessä voidaan katsoa täyttyvän, jos vakuussopimus solmitaan luottosumman luovuttamisen yhteydessä. Vakuusoikeus voi syntyä velkasuhdetta myöhemminkin, mutta näissä tilanteissa luottosopimuksen osapuolten tulee mahdollisimman pian huolehtia vakuusoikeuden perustamiseksi tarpeellisista toimista. Vakuusoikeuden perustamisen viivytyksettömyyttä tutkittaessa voidaan ottaa huomioon tapauksittain vakuustyyppi, vakiintuneet menettelytavat ja kulloinkin vallitsevat olosuhteet.[229]

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kohdalla vakuuksista sovitaan velan syntymiseen mennessä. Vakuusoikeuden perustamisen viivytyksettömyyttä arvioitaessa huomioonotettavat seikat tukevat sitä tulkintaa, ettei vakuutta voitaisi peräyttää operatiivisen yhtiön konkurssipesään, sillä vakuustyypin (ansaitsematon saatava) perustaminen ei ole mahdollista vielä velan syntymisen aikana. Lisäksi vakuustyypin voidaan katsoa olevan transaktiolle tyypillinen, joten vakiintuneita menettelytapoja ja olosuhteita koskevat arviointiperusteet puhuvat sen puolesta, ettei vakuutta tule peräyttää.[230] Jos tulevalle saamisvelalliselle on vielä asianmukaisesti ilmoitettu ansaitsemattoman saatavan panttauksesta, on tämä lisäksi vahva argumentti sen puolesta, ettei ansaitsemattoman saatavan panttausta tule takaisinsaantilain 14 §:n perusteella peräyttää.[231]

Englannissa tehtyjen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioiden yhtenä keskeisimpänä vakuutena ovat liiketoiminnan tulevaisuudessa synnyttämät kas-

---

[228] Määräpäivällä tarkoitetaan takaisinsaantilain 2.1 §:n mukaan päivää, jolloin konkurssihakemus tehtiin tuomioistuimelle.

[229] HE 102/1990 s. 62.

[230] Tyypillisyyttä ei toki voida perustaa Suomessa vakiintuneille menettelytavoille ennen kuin on tehty useampia suomalaisia liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioita. Ennen näitä mahdollisesti tehtäviä transaktioita tietoa menettelytapojen tyypillisyydestä voidaan saada ulkomaisista liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioista. Tämän tiedon sitovuustaso esimerkiksi mahdollisessa oikeudenkäynnissä ei kuitenkaan liene kovin korkea.

[231] *Tepora – Takki* 1994 s. 133. Yleisempänä perusteena peräyttämisen torjumiselle voidaan pitää sitä, että takaisinsaantilain keskeisenä tavoitteena on suojata yleistä velkojatahoa velallisen sopimattomilta oikeustoimilta, HE 102/1990 s. 7. Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa pyritään siihen, että ylivoimaisesti merkittävimpänä ja optimaalisessa tilanteessa ainoana konkurssivelkojana ovat joukkovelkakirjasijoittajat, joiden edun mukaista ei ole peräyttää heille myönnettyä vakuutta.

savirrat. Englannin yhtiöoikeudellinen perussäädös, vuoden 1985 Companies Act, mahdollistaa tulevien saatavien panttaamisen siten, että panttaus astuu voimaan välittömästi saatavan synnyttyä edellyttämättä panttaajalta tai pantinsaajalta lisätoimenpiteitä.[232] Panttioikeuden sitovuus on siis Englannissakin sidottu saatavan syntymiseen ja konkurssiinasettamisen jälkeen syntyneet saatavat ovat kokonaisuudessaan muita velkojia sitovasti pantattuja.[233]

Jos saatavan syntyminen kuitenkin edellyttää konkurssipesän toimenpiteitä, eivät nämä konkurssipesän synnyttämät saatavat kuulu enää panttauksen piiriin.[234] Näin ollen Englannissa voidaan katsoa sovellettavan ansaintaperiaatetta muistuttavaa suhtautumista ansaitsemattoman saatavan panttaamiseen. Toisin kuin Suomessa, on tämä suhtautumistapa oikeuskäytännössä laajasti hyväksytty ja ansaitsematon saatava on siten pantinsaajan maksunsaannin kannalta ennakoitava ja näin ollen turvaava vakuusobjekti.

Kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa liiketoiminnan tulevaisuudessa tuottamien saatavien panttauksen ei voida katsoa turvaavan sijoittajien maksunsaantia tarpeeksi kattavasti.[235] Näin on erityisesti vallitsevan, ansaitsemattoman saatavan panttauksen kannalta epäselvän oikeustilan vuoksi, mikä aiheuttaa sen, ettei kassavirtojen voida katsoa nousevan vakuusarvoltaan kovinkaan korkealle. Näin ollen sijoittajien maksunsaannin turvaamiseksi on perustettava aiemmin mainituin tavoin mahdollisimman laajat vakuudet liiketoimintaa harjoittavan yrityksen muuhunkin varallisuuteen kuin vain tuleviin saataviin. Yrityksen uudelleenpääomituksen johdosta kattavien vakuuksien saamisen ei pitäisi muodostua merkittäväksi ongelmaksi.

4.5. Ulkopuolinen luottotuki ja riskinhallinta kovenanteilla

Saadakseen joukkovelkakirjalainalle parhaan mahdollisen luottoluokituksen on liikkeeseenlaskijan hankittava transaktiolle ulkopuolista luottotukea sekä tehtävä lisävakuusjärjestelyjä. Tavoitteena on sijoittajien maksunsaannin turvaaminen myös tilanteissa, joissa arvopaperistettavan liiketoiminnan kassavirrat eivät kerry suunnitellulla tavalla tai jokin muu ulkoinen seikka vaarantaa joukkovel-

---

[232] Tulevien saatavien panttaamisesta Englannin oikeusjärjestelmän alaisuudessa tarkemmin jaksossa 2.3.

[233] *Wood* 1995 (a) s. 42.

[234] *Ibidem*.

[235] Tämän vuoksi sijoittajien maksunsaantiturvaa tulee parantaa muun muassa siten, että erillisyhtiön lainasaatavan vakuudeksi haetaan yrityskiinnitys ja operatiivisen yhtiön ja erillisyhtiön väliseen lainasopimukseen sisällytetään vakuudenantokieltoehto (negative pledge). Vakuudenantokieltoehdosta tarkemmin jaksossa 4.5.

kakirjalainan takaisinmaksun.[236] Merkittävimmät uhkatekijät, jotka voivat vaarantaa takaisinmaksun, on mahdollista luokitella seuraavasti: luottoriski, korkoja valuuttariskit, likviditeettiriski, kuluriski, uudelleenrahoitus- ja uudelleeninvestointiriski sekä suoritusriski.[237]

Luottoriskillä tarkoitetaan sitä tappionvaaraa, joka syntyy, jos joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun käytettäviä saatavia ei pystytä keräämään siksi, ettei saatavavelallinen kykene ajallaan vastaamaan velvollisuuksistaan.[238] Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa luottoriski kohdistuu liiketoimintaa harjoittavan yrityksen asiakassaataviin.[239] *Korkoriski* on olemassa, jos saatavien ja toisaalta liikkeeseenlaskettavan joukkovelkakirjalainan korkoperusteet määräytyvät eri tavalla. Näin on esimerkiksi silloin, jos saatavista muodostuvat kassavirrat määräytyvät kiinteän korkokannan perusteella liikkeeseenlaskettavan joukkovelkakirjalainan ollessa vaihtuvakorkoinen.[240] *Valuuttariski* syntyy vastaavalla tavalla tilanteessa, jossa joukkovelkakirjalaina on liikkeeseenlaskettu eri valuutassa kuin mitä takaisinmaksuun käytettävät saatavat ovat.[241]

Kuluriski, jolla tarkoitetaan transaktiokustannusten yllättävää kasvua, voi monimutkaisessa järjestelyssä – kuten liiketoiminnan arvopaperistaminen – olla ainakin lähtökohtaisesti merkittävä.[242] Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa, jossa liiketoiminnan kassavirtojen kertyminen saattaa olla hyvinkin epätasaista, kuluriskiä huomattavasti suurempia uhkatekijöitä ovat kuitenkin likviditeetti- ja uudelleeninvestointiriskit.

Likviditeettiriskillä (uudelleenrahoitusriskillä) kuvataan arvopaperistamistransaktioiden yhteydessä sitä tilannetta, joka syntyy, jos joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun ja toisaalta takaisinmaksuun käytettävien kassavirtojen kertyminen tapahtuu eri tahtiin siten, ettei arvopaperistettuja saatavia pystytä muuntamaan likvidiin muotoon joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun edellyttämällä tavalla.[243] *Uudelleeninvestointiriski* on luonteeltaan lähellä likvidi-

---

[236] Seuraavassa esityksessä käytetään ulkopuolisen luottotuen ja lisävakuusjärjestelyjen yhteisenä kuvaajana nimitystä luottotukikeinot.

[237] *Wood* 1995 (c) s. 56–58 sekä *Nydrén* 1995 s. 73–74.

[238] *Anttila* 1996 s. 235.

[239] Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa on mahdollista, että myös Erillisyhtiö 1 on luottoriskin kohde, sillä se saattaa olla kyvytön maksamaan takaisin Erillisyhtiö 2:lta saamaansa lainaa, vaikka liiketoiminnan tuottamat saataisiinkin kerättyä suunnitellulla tavalla. Erillisyhtiö 1:n kohdalla yhtiökohtainen maksukyvyttömyys aiheutunee lähinnä uudelleeninvestointiriskistä.

[240] *Wood* 1995 (c) s. 57.

[241] *Leppiniemi – Puttonen* 1996 s. 45. Arvopaperistamisjärjestelyiden yhteydessä kysymys on usein niin kutsutusta transaktioriskistä, joka syntyy yrityksen sopimuspohjaisten kassavirtojen (myyntisaatavat, lainanlyhennykset) ollessa määriteltyinä useammassa eri valuutassa.

[242] *Wood* 1995 (c) s. 56.

[243] *Nydrén* 1995 s. 73

teettiriskiä, sillä se syntyy tilanteessa, jossa takaisinmaksuun käytettävä korkeatuottoinen saatava maksetaan ennenaikaisesti eikä saatuja varoja pystytä investoimaan ennen joukkovelkakirjalainan takaisinmaksua sellaiseen kohteeseen, jonka tuotto vastaisi ennenaikaisesti maksetun saatavan antamaa tuottoa.[244] Tällaisessa tilanteessa takaisinmaksuun käytettävät varat ovat ennakoitua pienemmät.

Suoritusriski on liiketoiminnan arvopaperistamisen kannalta keskeinen, mutta toisaalta vaikeasti poistettava riski. Suoritusriskillä tarkoitetaan sitä, että jokin arvopaperistamisen keskeisistä osapuolista ei suorita tehtäviään asianmukaisesti.[245] Transaktiossa mukana olevien yhtiöiden osalta suoritusriskiä voidaan pyrkiä pienentämään aiemmin mainituin tavoin muun muassa yhtiöoikeudellisin määräyksin, mutta kyseisillä määräyksillä ei suoritusriskiä voida kokonaan poistaa. Toisaalta suoritusriskin suuruus on käytännössä riippuvainen mukana olevien yhteisöjen omasta tahdosta ja transaktioon ryhdyttäessä lähtökohtana on voitava pitää sitä, että transaktioon osalliset tahot eivät omilla toimillaan vaaranna sijoittajien maksunsaantia. Näin ollen seuraavassa keskitytäänkin muiden riskien kuin suoritusriskin minimointiin käytettäviin luottotukikeinoihin.

Liikkeeseenlaskija-erillisyhtiö hankkii ulkopuolista luottotukea edellä mainittujen riskien pienentämiseksi ja sitä kautta sijoittajien maksunsaannin turvaamiseksi.[246] Yleisimpiä arvopaperistamistransaktioissa käytettyjä luottotukimuotoja, joiden voidaan katsoa soveltuvan myös liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioon, ovat arvopaperistettavan varallisuuserän ylivakuudellisuus (overcollateralisation), alkuperäisen velkojan omavastuu, joukkovelkakirjalainan jakaminen eri maksunsaantiluokkiin (credit tranching), lisärahastot (reserve funds), ulkopuolisten tahojen myöntämät takuut, pankkitakaukset ja swap-sopimukset sekä ylimääräiset maksuvarannot (liquidity facilities).[247]

---

[244] Likviditeetti- ja uudelleeninvestointiriskien yhteisenä yläotsikkona voisi olla rahoitusriski, joka syntyy maturiteettitransformaatiosta eli siitä, että rahoituksenvälittäjän varainhankinta ja toisaalta sijoitukset eroavat maturiteeteiltaan. *Anttila* 1996 s. 249.

[245] *Nydrén* 1995 s. 74.

[246] Kahden erillisyhtiön rakenteessa luottotukikeinoja käytetään kummankin erillisyhtiön kohdalla. Pääpaino on kuitenkin liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön käyttämillä luottotukikeinoilla, koska sijoittajien mielenkiinto kohdistuu ensisijaisesti ja pääosin juuri liikkeeseenlaskijaan. *Xin* 2000 (a) s. 27.

[247] *Palin* 1997 s. 638–639 sekä *Wenman* 1991 s. 167–171. Luottotukikeinot on mahdollista jakaa sisäisiin ja ulkoisiin luottotukikeinoihin. Sisäiset luottotukikeinot perustuvat arvopaperistettaviin saataviin ja niihin liittyviin vakuuksiin, kun taas ulkopuolisilla keinoilla tarkoitetaan kolmannen osapuolen myöntämää luottotukea. *Henderson* 1997 s. 58. Nyt mainituista luottotukimuodoista sisäisiä ovat ylivakuudellisuus, maksunsaantiluokkiin jakaminen sekä lisärahastot muiden ollessa ulkoisia luottotukimuotoja.

Perinteisessä arvopaperistamistransaktiossa *ylivakuudellisuudella* tarkoitetaan sitä, että erillisyhtiölle myytävä saatavapooli on pääomamäärältään suurempi kuin mitä tarvitaan erillisyhtiön liikkeeseenlaskeman joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun. Ylivakuudellisuus toteutetaan useimmiten siten, että saatavakanta myydään alihintaan, jolloin originaattori ei saa vastikkeena saatavakannan arvoa vastaavaa määrää. Tätä kauppahinnan ja saatavakannan todellisen arvon välisestä erotuksesta koostuvaa osuutta voidaan käyttää puskurina tulevaisuudessa mahdollisesti toteutuvia luottotappioita vastaan.[248]

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa ei tapahdu saatavakannan kauppaa eikä ylivakuudellisuuden toteuttaminen alihintaisella kaupalla ole näin ollen mahdollista. Ylivakuudellisuutta vastaava luottotappiopuskuri on kuitenkin mahdollista muodostaa siten, että liikkeeseenlaskettavan joukkovelkakirjalainan pääoma-arvo lasketaan liiketoiminnan joukkovelkakirjalainan juoksuajan aikana tuottamien kassavirtojen yhteenlasketun arvon alle. Koska näiden kassavirtojen ennustettavuus on olennaisesti heikompi kuin perinteisessä arvopaperistamisessa, ei ylivakuudellisuudella kuitenkaan ole yhtä suurta merkitystä liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa kuin sillä on ennalta yksilöidyn saatavakannan arvopaperistamisessa.[249]

Luonteeltaan lähellä ylivakuudellisuusjärjestelyjä olevat *lisärahastojärjestelyt* voivat sen sijaan olla hyvinkin käyttökelpoisia liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa. Lisärahastoja perustetaan perinteisessä arvopaperistamisessa siirtämällä osa saatavakannan tuottamista varoista rahastoihin, joita voidaan käyttää puskurina mahdollisia tulevia luottotappioita vastaan.[250] Liiketoiminnan arvopaperistamisessa lisärahastojen perustaminen on järkevää silloin, jos liiketoiminnan tuottamat kassavirrat ovat odottamattoman suuret eikä kaikkia erillisyhtiölle siirtyviä varoja ole mahdollista käyttää suoraan joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun.[251]

Perinteisessä saatavakannan arvopaperistamistransaktiossa alkuperäinen velkoja eli originaattori voi turvata sijoittajien maksunsaantia esimerkiksi antamalla *omavelkaisen takauksen*, joka voidaan määrätä kattamaan toteutuvat luottotappiot kokonaisuudessaan tai tietyin osin.[252] Liiketoiminnan arvopaperista-

[248] *Palin* 1997 s. 638.

[249] Näin on lähinnä siksi, että kassavirtojen potentiaalisesti volatiilin luonteen vuoksi luottopuskurin suuruutta on vaikeampi ennustaa ja näin ollen kyseisen puskurin merkitys sijoittajien maksunsaannin turvana on vähäisempi kuin perinteisessä arvopaperistamisessa.

[250] *Henderson* 1997 s. 60.

[251] Jos rahastointiajasta odotetaan pitkää, on syytä harkita rahastovarojen sijoittamista johonkin turvalliseen ja tuottoisampaan kohteeseen. Varoista saatavilla lisätuotoilla voidaan kasvattaa maksukyvyttömyyspuskuria.

[252] *Palin* 1997 s. 638.

mistransaktiossa on järkevämpää, että takauksen antajana on originaattorin (Osakeyhtiö B) sijasta tämän emoyhtiö (Holding-yhtiö A), jolla on todennäköisesti huomattavasti paremmat edellytykset takauksen antamiseen kuin originaattorilla, jonka yritysvarallisuus on jo kokonaisuudessaan vakuutena erillisyhtiön antamasta lainasta.[253]

Jakamalla joukkovelkakirjalaina maksunsaannin suhteen eri etuoikeuden omaaviin luokkiin (senior- ja junior-luokat) voidaan parempietuoikeuksisia joukkovelkakirjaluokkia merkinneiden sijoittajien takaisinmaksuturvaa nostaa, sillä erillisyhtiön varojen ollessa liian vähäiset kaikkien korkojen ja lyhennysten takaisinmaksuun ohjataan varat ensisijaisesti muille kuin junior-lainojen merkitsijöille.[254]

Joukkovelkakirjalainan jakaminen eri maksunsaantiluokkiin soveltuu hyvin käytettäväksi myös liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa. Itse asiassa useamman eri maksunsaantiluokan käyttö saattaa olla edellytys onnistuneelle joukkovelkakirja-annille. Liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen volatiilin luonteen – ainakin verrattuna perinteisen arvopaperistamisen useimmiten varsin tasatuottoiseen saatavakantaan – vuoksi olisi vain yhden maksunsaantiluokan laina varsin riskialtis siksi, että kassavirtojen heilahtelujen aiheuttama riski jouduttaisiin jakamaan kaikkien sijoittajien kesken. Tämä todennäköisesti nostaisi joukkovelkakirjalainalta vaadittavaa kokonaiskorkoa verrattuna siihen, että riski kohdennettaisiin tiettyihin heikompietuoikeuksisiin luokkiin.[255]

Ulkopuolisista luottotukikeinoista tärkeimpiä ovat joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskevalle erillisyhtiölle myönnettävät *luottovakuutukset ja takaukset*. Vakuutuksia ja takauksia pyritään hankkimaan useimmiten ulkopuolisilta tahoilta eikä siis esimerkiksi originaattorilta, koska hyvän luottoluokituksen edellytyksenä on, että luottotuenantajien omat luottoluokitukset ovat korkeita.[256]

Liiketoiminnan arvopaperistamisen osalta yksi keskeisimmistä luottotuen muodoista on kolmannen tahon erillisyhtiölle myöntämä *maksuvalmiustuki (liquidity facility)*. Yleisimmin maksuvalmiustukena käytetään luottolaitoksen myöntämää pankkitakausta, joka lankeaa maksettavaksi erillisyhtiön varojen

---

[253] Näin on tehty esimerkiksi Thistle-hotelliketjun arvopaperistamistransaktiossa, jossa emoyhtiö on antanut rajatun takauksen sijoittajille. Takaus on rajattu 41,55 miljoonaan puntaan vuodessa. Legal Media Group International Finance Newsletter, May 19 2002.

[254] Koska junior-lainojen merkitsijät kantavat suurempaa riskiä, vaativat he toki sijoituksilleen myös korkeampaa tuottoa.

[255] Vaikka heikkoetuoikeuksisilta lainoilta vaaditaankin tavallista korkeampaa korkoa, voidaan niiden käytöllä alentaa joukkovelkakirjalainan kokonaiskustannuksia. *Henderson* 1997 s. 59. Kokonaiskustannuksista lisää alaviitteessä 77.

[256] Perinteisen arvopaperistamisen kohdalla ulkopuolisten luottotuen antajien käytöllä pyritään myös varmistamaan, ettei transaktion katsota oleva true sale –opin vastainen. *Wood* 1995 (c) s. 58.

ollessa ennalta määritellyllä tavalla riittämättömät joukkovelkakirjalainan korkojen ja mahdollisten lyhennysten takaisinmaksuun.[257] Maksuvalmiustakuu voidaan myöntää myös siten, että erillisyhtiö voi tiettyjen makrotaloudellisten tai yrityskohtaisten tunnuslukujen toteutuessa nostaa takaisinmaksuun vaadittavat varat maksuvalmiustakuun myöntäjältä.[258]

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiolle voidaan saada erittäin kattava suoja *vakuutuksella (monoline insurance)*, joka hankitaan korkean luottoluokituksen omaavalta ja rahoitustransaktioiden vakuuttamiseen erikoistuneelta taholta. Kyseessä on tällöin vakuutus, joka takaa joukkovelkakirjalainan täysimääräisen takaisinmaksun niissä tilanteissa, joissa erillisyhtiön vastaanottamat kassavirrat eivät riitä joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun.[259] Kyseessä on hyvin tehokas ja turvaava luottotuen muoto.

Monoline-vakuutus on lähtökohtaisesti erittäin käyttökelpoinen liiketoiminnan arvopaperistamisessa, jota voidaan kassavirtojen luonteen vuoksi pitää ainakin lähtökohtaisesti korkeariskisempänä transaktiona kuin perinteistä arvopaperistamista. Koska monoline-vakuutus sisältää vakuutuksenantajan kannalta merkittäviä riskejä laajan vakuutusturvan vuoksi, voi vakuutuksen hinta nousta varsin korkeaksi perinteisen arvopaperistamisenkin kohdalla. Liiketoiminnan arvopaperistamisessa monoline-vakuutuksen hinta saattaa nousta kestämättömän korkeaksi ainakin silloin, jos kassavirrat ovat hyvin epävakaita.[260]

Erillisyhtiö voi suojautua korko- ja valuutanvaihtoriskeiltä solmimalla niin kutsuttuja *swap-sopimuksia*. Yleistäen voidaan sanoa, että swap-sopimus on kahden osapuolen tekemä sopimus vaihtaa tulevaisuudessa keskenään kassavirtoja. Kassavirrat voivat olla joko samassa valuutassa, jolloin on kysymys korkoswapeista tai eri valuutoissa, jolloin kyse on valuuttaswapeista.[261] Kotimai-

---

[257] Kyseessä on tällöin useimmiten niin kutsuttu letter of credit -järjestely. *Henderson* 1997 s. 63.

[258] Maksuvarojen käyttöoikeutta voidaan jaksottaa syklisten toimialojen kohdalla siten, että varojen nostoajankohdat on määritelty etukäteen (seasonal liquidity facility). Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa ylimääräisiä maksuvaroja voidaan hankkia liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön ohella myös operatiiviselle yhtiölle. *Xin* 2000 (a) s. 27.

[259] *Palin* 1997 s. 638.

[260] Merkittäväksi esteeksi monoline-vakuutuksen saamisessa saattaa erityisesti liiketoiminnan arvopaperistamisissa nousta se, että vakuuttajat – omaa luottoluokitustaan turvatakseen – edellyttävät vakuutuskohteiltaan investment grade –luokitusta. *Henderson* 1997 s. 64. Jos arvopaperistamistransaktio eli käytännössä sen taustalla oleva liiketoiminta ei täytä näitä vaatimuksia, ei vakuutusta todennäköisesti tulla myöntämään ainakaan vaaditussa laajuudessa.

[261] *Leppiniemi – Puttonen* 1996 s. 211. Perinteisissä arvopaperistamisissa koronvaihtosopimuksia on käytetty suojautumisen ohella myös houkuttelemaan sijoittajia. Monet sijoittajaryhmät – näistä esimerkkinä tasaisesti tuottaviin kohteisiin sijoittavat eläkerahastot – eivät ole halukkaita sijoittamaan vaihtuvakorkoisiin velkainstrumentteihin. Liikkeeseenlaskija voi tavoittaa nämäkin sijoittajat muuntamalla vaihtuvakorkoiset saatavansa koronvaihtosopimuksin kiinteäkorkoisiksi. *Helman* 1991 s. 77.

sessa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa erillisyhtiön tulee harkita suojautumista korkovaihteluita vastaan, jos joukkovelkakirjat lasketaan liikkeeseen vaihtuvakorkoisina.[262] Valuutanvaihtosopimusta ei sen sijaan tarvita tilanteessa, jossa joukkovelkakirja lasketaan liikkeeseen euromääräisenä. Näin on ainakin silloin, kun arvopaperistettavasta liiketoiminnasta kertyvät kassavirrat kerätään kotimaasta tai muualta euroalueelta, jolloin valuuttariskiltä vältytään.

Joukkovelkakirjalainan vakuuksilla ja muilla luottotukikeinoilla pyritään pienentämään joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijan maksukyvyttömyysriskiä ja ne voidaankin nähdä riskinhallintavälineinä. Vakuuksien ja luottotukikeinojen ohella riskinhallintavälineiden ryhmään kuuluvat joukkovelkakirjalainaan ja liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön myöntämään lainaan liitetyt kovenantit, joiden käytöllä osaltaan pyritään turvaamaan sijoittajien maksunsaanti ja siten transaktion onnistuminen.[263]

Kovenanttien käytön yritysrahoituksessa voidaan katsoa ilmentävän pyrkimystä perustaa rahoituspäätökset velallisen reaalivakuuksien sijaan yrityksen kassavirtaan ja tulevaisuudennäkymiin.[264] Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa, jonka olennaisena osana ovat laajat vakuusjärjestelyt, ei kovenanteilla niinkään pyritä paikkaamaan reaalivakuuksien riittämättömyyttä vaan kovenanttien päätarkoituksena on rajoittaa transaktioon osallisten yhtiöiden mahdollisuuksia omilla toimillaan vaarantaa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksu.[265] Transaktion onnistumisen kannalta on myös olennaista, että takaisinmaksuun käytettävät kassavirrat tuottavaa liiketoimintaa johdetaan niin, ettei liiketoimintaa harjoittavan yhtiön taloudellinen tilanne ja kyky tuottaa kassavirtoja heikkene.[266]

Kovenantit voidaan jakaa kahteen eri pääluokkaan; tunnuslukukovenantteihin ja muihin kovenantteihin.[267] Tunnuslukukovenanteissa velallisen toimintaa kuvaaville taloudellisille tunnusluvuille asetetaan tiettyjä rajoja, joiden rikko-

---

[262] Transaktiossa arvopaperistettavat kassavirrat eivät ainakaan lähtökohtaisesti seuraa korkovaihteluja ja näin ollen voimakas korkotason nousu saattaa aiheuttaa suurenkin riskin sijoittajien maksunsaannille.

[263] Kovenantteja käytetään riskinhallintavälineenä erityisesti pitkissä luottosuhteissa, jollainen myös liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön ja operatiivisen yhtiön välinen luottosuhde on. *Tuomisto* 1999 s. 56.

[264] *Hemmo* 2001 s. 326.

[265] Toisin kuin perinteisessä saatavakannan arvopaperistamisessa, jossa saatavakannan ostaneella erillisyhtiöllä on suuri määrä velallisia, kuuluu liiketoiminnan arvopaperistamisen keskeisiin riskeihin niin kutsuttu velalliskonsentraatioriski. Liikkeeseenlaskija-erillisyhtiöllä on toisin sanoen vain yksi velallinen, jonka maksukyvystä joukkovelkakirjalainan takaisinmaksu on riippuvainen. Tämän velalliskonsentraatioriskin pienentämisessä kovenantit ovat keskeisessä asemassa. *Xin* 2000 (a) s. 27.

[266] *Xin* 2000 (b) s. 323.

[267] Vaihtoehtoisia nimityksiä ovat finanssi- ja toimintakovenantit, *Tuomisto* 1999 s. 64.

minen saattaa johtaa velallisen kannalta kielteisiin seuraamuksiin. Muille kovenanteille on tyypillistä, että velallisen oikeutta ryhtyä ennalta määriteltyihin toimenpiteisiin rajoitetaan.[268] Transaktiosopimuksiin sisällytettävät tunnuslukukovenantit on syytä määritellä varsin tiukoiksi ja vielä siten, että tunnuslukujen kehityksestä on raportoitava säännöllisin väliajoin.[269] Tunnuslukujen raportointivelvollisuus mahdollistaa sijoittajille ja heidän edunvalvojilleen liiketoiminnan kehityksen seuraamisen ja mahdollisten maksukyvyttömyystilanteiden ennakoinnin. Tunnuslukujen rikkoutumisen seuraamuksia voidaan tuskin määrätä kovinkaan ankariksi, sillä esimerkiksi liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön myöntämän lainan ennenaikainen eräännyttäminen kaataisi koko transaktion.

Yhden erillisyhtiön transaktiorakenteessa kovenantit liitetään osaksi liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön ja liiketoimintaa harjoittavan yhtiön välistä lainasopimusta.[270] Transaktion kannalta ensiarvoisen tärkeänä kovenanttina voidaan pitää *vakuudenantokieltoa (negative pledge)*, jolla rajoitetaan Osakeyhtiö B:n mahdollisuuksia antaa vakuuksia muiden kuin liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön hyväksi. Tämän kiellon ensisijaisena kohteena ovat Osakeyhtiö B:n ansaitsemat saatavat, joita ei missään tapauksessa saa pantata muun kuin liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön hyväksi. Tätä tavoitetta turvaa myös niin kutsuttu *antidisposal-ehto*, jolla kielletään Osakeyhtiö B:tä ryhtymästä epätavallisiin oikeustoimiin kolmansien osapuolien kanssa.[271]

Liiketoiminnan johtamista ohjaavien kovenanttiehtojen määrittely on syytä tehdä transaktiokohtaisesti eikä niitä ole syytä laatia niin tiukoiksi, että liiketoiminnan johtaminen vaikeutuu liiaksi tai muuttuu tosiasiallisesti mahdottomaksi. Vaikka ehtoja on syytä muokata tapauskohtaisesti, olisi sijoittajien maksunsaannin turvaamisen kannalta suositeltavaa, että ainakin laajakantoisten ja taloudelliselta arvoltaan merkittävien liiketaloudellisten päätösten tekeminen edellyttäisi velkojatahon – siis käytännössä sijoittajien – edustajan suostumusta.[272]

---

[268] *Hemmo* 2001 s. 327.

[269] Vaikka tunnuslukukovenantit voivat kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa koskea myös Erillisyhtiö 1:tä, laadittaneen ne käytännössä liiketoimintaa harjoittavaa Osakeyhtiö B:tä silmälläpitäen.

[270] Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa – edellytyksin että sen käyttö olisi osakeyhtiölain vakuudenantokiellosta huolimatta järkevää – kovenantit olisivat osa erillisyhtiöiden välistä lainasopimusta.

[271] Negative pledge- ja antidisposal-klausuulit ovat tyypillisiä kovenanttiehtoja, joita käytetään yleisesti yritysrahoituksessa. *Hemmo* 2001 s. 329. Vastaavanlainen ja myös arvopaperistamistransaktiossa käyttökelpoinen kovenanttiehto on velalliselle asetettu vaatimus velkojien tasavertaisesta kohtelusta (pari passu -ehto).

[272] Tämä on mahdollista esimerkiksi siten, että operatiivisen yhtiön ja kahden erillisyhtiön rakenteessa Erillisyhtiö 1:n hallitukseen nimitetään sijoittajien edustaja ja merkittävien liiketoimintapäätösten tekeminen edellyttää Erillisyhtiö 1:n hallituksen yksimielistä päätöstä. *Xin* 2000 (b) s. 323.

Kokoavasti voidaan todeta, että sijoittajien kannalta liiketoiminnan arvopaperistaminen on perinteistä arvopaperistamista riskipitoisempi sijoituskohde liiketoiminnan tuottamien kassavirtojen heikomman ennustettavuuden ja mahdollisesti korkeankin volatiliteetin vuoksi. Näin ollen luottotukikeinojen ja kovenanttien käyttöön on syytä kiinnittää erityistä huomiota, jotta transaktiosta tulisi toteuttamiskelpoinen.

Kattavimman ja sijoittajien maksunsaannin kannalta tärkeimmän luottotukiryhmän muodostavat ulkopuolisten, korkean luottoluokitusten omaavien tahojen myöntämät takaukset ja vakuutukset. Toisaalta nämä tukimuodot ovat kalliita ja niiden käyttö ainoana luottotukimuotona saattaa nostaa transaktiokulut kestämättömän suuriksi. Tämän vuoksi liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa olisikin pyrittävä mahdollisimman laajasti turvaamaan sijoittajien maksunsaantia sisäisillä luottotukikeinoilla sekä kovenanteilla.

5. LIIKETOIMINTAA HARJOITTAVAN YHTIÖN INSOLVENSSI

5.1. Englannin Insolvency Act ja liiketoiminnan uudelleenjärjestely

Joukkovelkakirjaan sijoittaneiden maksunsaannin ja siten koko liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion onnistumisen kannalta keskeistä on se, miten liiketoimintaa harjoittavan yhtiön insolvenssitilanne vaikuttaa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun. Jos takaisinmaksuun tarvittavat varat tuottavaa liiketoimintaa ei lainsäädännöllisistä tai muista syistä ole insolvenssitilanteessa mahdollista jatkaa, ei transaktiota voida pitää sijoittajien kannalta turvallisena sijoituskohteena.

Englannissa toteutettavissa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioissa liiketoiminnan jatkaminen on mahdollista maan velkojaystävällisen insolvenssilainsäädännön ansiosta.[273] Englannissa yhtiöiden maksukyvyttömyystilanteiden on perinteisesti katsottu kuuluvan yhtiöoikeuden alaisuuteen, kun taas Suomessa insolvenssioikeus on osa prosessioikeutta. Ilmentymänä tästä oikeuskulttuurien erosta voidaan nähdä Englannin vuoden 1986 Insolvency Act'in luomat edellytykset elinkelpoisen yritystoiminnan säilyttämiselle maksukyvyttömyystilanteesta huolimatta uudelleenjärjestelytoimenpiteiden avulla.[274]

[273] *Wood* 1995 (b) s. 4.
[274] *Ovaska* 1992 s. 134.

Insolvency Act tuntee kaksi erilaista menettelytapaa yrityksen tullessa maksukyvyttömäksi. Näistä menettelyistä suomalaista konkurssimenettelyä lähempänä on likvidaatio, joka voi olla joko Insolvency Act'in 84 §:n mukaisesti vapaaehtoinen (voluntary winding up) tai pakollinen oikeuden päätöksellä (winding up by the court) Insolvency Act'in 122 §:n määrittelemissä tilanteissa.[275] Kumpikin näistä likvidaatiomenettelyistä päättyy yrityksen purkamiseen ja siten liiketoiminnan lopettamiseen.

Likvidaatiomenettelyn ohella Insolvency Act tarjoaa tietyillä edellytyksillä myös vaihtoehtoisen menettelyn yhtiön ajautuessa maksukyvyttömyystilanteeseen. Kysymyksessä on yhtiön toiminnan uudelleenjärjestely, joka voi saada alkunsa vapaaehtoisesti (company voluntary arrangements), toimitsijamääräyksen antamisella (administration order) tai etuoikeutettuja velkojia edustavan selvitysmiehen määräämisellä (receivership).[276] Jos arvopaperistamistransaktiossa mukana oleva liiketoimintaa harjoittava yritys ajautuu insolvenssiin, on näistä järjestelyistä viimeisin eli receivership-menettely se, johon velkojatahot turvautuvat voidakseen taata liiketoiminnan jatkamisen. Transaktion kannalta on ensiarvoisen tärkeää, että receivership-menettelyyn turvautuminen on mahdollista.[277]

Receivership-menettely voi alkaa oikeuden päätöksellä, jolloin selvitysmiehen tehtävät perustuvat tähän päätökseen. Vakuusvelkojien kannalta merkittävää on se, että myös he voivat nimittää selvitysmiehen ja vielä siten, että heidän tekemänsä receivership-määräys on ensisijainen suhteessa oikeuden määräykseen.[278] Edellytyksin, että tällaisen velkojan saamisen turvana on ominaisuuksiltaan suomalaista yrityskiinnitystä muistuttava floating charge, voi velkoja Insolvency Act'in 9.3 §:n nojalla nimittää selvitysmiehen (receiver) hoitamaan maksukyvyttömyystilaan ajautunutta yritystä.

Selvitysmiehen valtuuksiin kuuluu Insolvency Act Schedule 1:n toimivaltamääräysten mukaan muun muassa periä saatavia, myydä varallisuutta sekä kantaa ja vastata yhtiön puolesta.[279] Merkittävin näistä valtuuksista ja osittain

---

[275] Vapaaehtoinen likvidaatio, joka voi olla joko osakas- tai velkoja-aloitteinen, vastaa varsin pitkälle suomalaista selvitystilamenettelyä, *Ovaska* 1992 s. 137. Enemmän suomalaista konkurssia muistuttavaan pakolliseen likvidaatioon ajaudutaan muun muassa silloin, jos yhtiön liiketoiminta on pysähdyksissä yli vuoden (122.1 § d-kohta) tai jos yhtiö ei pysty maksamaan velkojaan (122.1 § f-kohta).

[276] *Ovaska* 1992 s. 133.

[277] Transaktion kannalta tärkeä receivership-menettelyn ominaisuus on myös se, ettei yritystä voida menettelyn aikana alistaa likvidaatiomenettelyyn. *Sören – Tattam* 1988 s. 203.

[278] Ensisijaisella tarkoitetaan tässä sitä, että velkojat voivat halutessaan pysäyttää oikeuden aloittaman selvitysmiehen nimitysprosessin antamalla oman receivership-määräyksensä. *Wood* 1995 (b) s. 192.

[279] Schedule 1 on Insolvency Act'in liitteenä oleva selvitysmiehen toimivaltaluettelo ("Powers of Administrative Receiver").

muut valtuudet sisältävä valtuus mainitaan Schedule 1:n 14-kohdassa, jonka mukaan selvitysmiehellä on oikeus jatkaa yhtiön liiketoimintaa.[280] Selvitysmiehellä on näin ollen erittäin laajat toimintavaltuudet ja voidaankin perustellusti sanoa, että hänestä tulee velallisyrityksen johtaja receivership-menettelyn ajaksi.[281]

Selvitysmiehen toiminta rajoittuu kuitenkin ainoastaan separatistivelkojien edunvalvontaan, sillä selvitysmiehellä ei ole oikeutta antaa jako-osuuksia etuoikeudettomille velkojille. Selvitysmiehen toiminnan päätyttyä ja hänet nimittäneiden velkojien vastaanotettua saatavansa tulee selvitysmiehen luovuttaa receivership-menettelystä jääneet varat ja menettelyn aikana mahdollisesti syntynyt ylijäämä takaisin yhtiölle.[282]

Englantilaisessa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksua turvaava vakuuskokonaisuus, johon kuuluu floating charge, osoitetaan sijoittajien edunvalvojana toimivalle trusteelle. Näin ollen liiketoimintaa harjoittavan yhtiön ajautuessa maksukyvyttömyystilaan trustee on oikeutettu määräämään selvitysmiehen, joka ottaa liiketoiminnan hoitoonsa tehtävänään hänet nimittäneen velkojatahon maksunsaannin turvaaminen ja edunvalvonta.[283]

Receivership-menettelyllä pyritään saavuttamaan tilanne, jota perinteisessä saatavakannan arvopaperistamistransaktiossa tavoitellaan bankruptcy remoteness -vaatimuksen asettamisella. Receivership-menettely mahdollistaa liiketoiminnan eristämisen maksuvaikeuksiin ajautuneesta originaattorista siten, että liiketoiminnan tuottamat kassavirrat käytetään joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun eikä mahdollisten muiden liiketoimintaa harjoittavan yrityksen konkurssivelkojien saatavien maksuun.

Joukkovelkakirjalainaan sijoittaneiden maksunsaannin kannalta on tärkeää, että liiketoimintaa harjoittavan yrityksen insolvenssimenettelyyn ei sisälly lainsäädännön edellyttämää pitkää maksunlykkäysperiodia (moratorium).[284] Maksunlykkäys estää konkurssivelkojen ja siten myös joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun. Receivership-menettelyn merkittävänä etuna voidaankin pitää sitä, että menettely tähtää velkojen maksamiseen ennalta määrätyn aikataulun mukaisesti ilman uhkaa maksunlykkäyksestä.[285]

---

[280] Kyseisessä kohdassa käytetään ilmaisua *"power to carry on the business of the company"*.

[281] Tuomioistuimen on katsottu voivan supistaa vakuusvelkojien nimittämän selvitysmiehen laajoja toimivaltuuksia vain silloin, jos muiden kuin vakuusvelkojien kärsimä haitta olisi merkittävästi suurempi kuin vakuusvelkojien saama hyöty. *Wood* 1995 (b) s. 191.

[282] DTTI 1993 s. 334 ja *Ovaska* 1992 s. 139.

[283] Luonnollinen valinta selvitysmieheksi on trustee itse. *Xin* 2000 (b) s. 323.

[284] Moody's 2000 s. 12.

[285] Englannin lainsäädäntö on tässä suhteessa erittäin velkojaystävällinen. Monissa muissa maissa receivership-menettelyn kaltaisissa vapaaehtoisissa uudelleenjärjestelyissä menettelyn yhtenä edelly-

Englannin Insolvency Act mahdollistaa edellä esitetyin tavoin maksuvaikeuksiin ajautuneen operatiivisen yhtiön toiminnan jatkamisen vakuusvelkojien nimittämän selvitysmiehen johdolla. Liiketoiminnan jatkaminen going concern -pohjalta luo edellytykset joukkovelkakirjalainan takaisinmaksulle siinäkin tilanteessa, että liiketoimintaa harjoittava yritys vastoin odotuksia ajautuu insolvenssiin.[286]

5.2. Insolvenssilainsäädäntö ja liiketoiminnan jatkaminen

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa liiketoimintaa harjoittavan yrityksen ajautuminen konkurssiin on tilanne, jota on pyrittävä kaikin keinoin välttämään.[287] Liikkeeseenlaskettava joukkovelkakirjalaina on pääomamäärältään pääsääntöisesti niin suuri, ettei sen takaisinmaksuun vaadittavia kassavirtoja voida kerätä muulla tavoin kuin liiketoimintaa harjoittamalla.[288] Jotta sijoittajat olisivat valmiita sijoittamaan varojaan joukkovelkakirjalainaan, on heidän kannaltaan ensiarvoisen tärkeää, että liiketoimintaa voidaan jatkaa ja sen tuottamia kassavirtoja käyttää lainan takaisinmaksuun operatiivisen yrityksen konkurssiin ajautumisesta huolimatta.

Liiketoiminnan jatkamista harkittaessa on syytä kiinnittää huomiota ainakin konkurssin syihin sekä liiketoiminnan arvoon toimivana kokonaisuutena verrat-

---

tyksenä on yhtiölle asetettava maksukieltoperiodi, jonka aikana käydään velkojien ja velallisen väliset maksuneuvottelut. Esimerkiksi Yhdysvalloissa niin kutsuttuun Chapter 11 –menettelyyn liittyy pakollinen maksukieltoperiodi ja Ranskassa vastaava maksukielto saattaa kestää jopa 20 kuukautta, mikä on joukkovelkakirjasijoittajien kannalta kestämättömän pitkä aika. *Ovaska* 1992 s. 127 sekä Moody's 2000 s. 12.

[286] Tulevien liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioiden kannalta ongelmallisena on pidetty Englannissa käynnissä olevaa insolvenssioikeudellisen järjestelmän uudistusta, jossa floating charge -velkojien oikeudesta nimittää selvitysmies ollaan luopumassa. Moody's 2000 s. 13. Viimeisimpien tietojen mukaan lakiuudistus ei kuitenkaan ei vaaranna liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioiden toteuttamiskelpoisuutta, sillä lakiin ollaan sisällyttämässä poikkeussäännöstä, jonka mukaan floating charge -velkojilla säilyisi oikeus nimittää selvitysmies transaktioissa, jotka ovat pääoma-arvoltaan yli 50 miljoonaa puntaa. Structured Finance International Regulatory Round-Up, June 2002.

[287] Konkurssiriskin minimoinnin on tapahduttava jo transaktiota suunniteltaessa, millä tarkoitetaan sitä, että arvopaperistamisen kohteeksi on valittava liiketoiminta, jonka ajautuminen konkurssiin on epätodennäköistä. Näin ollen erittäin sykliset ja volatiilit toimialat eivät tule kyseeseen arvopaperistamiskohteita valittaessa.

[288] Luottotukikeinoilla voidaan turvata sijoittajien maksunsaantia liiketoimintaa harjoittavan yhtiön väliaikaisissa maksuhäiriötilanteissa. Ainakin tilanteissa, jossa valtaosa joukkovelkakirjalainasta on maksamatta takaisin, on epätodennäköistä, että luottotuella pystyttäisiin kattamaan maksamaton osuus. Esimerkiksi yhdessä keskeisimmistä luottotukimuodoista eli luottovakuutuksessa vakuutus on yleensä rajattu määrään, joka on n. 5–15 % erillisyhtiön maksuvastuista. *Palin* 1997 s. 638.

tuna sen esinekohtaiseen realisointiarvoon.[289] Jos konkurssi on aiheutunut jostakin muusta syystä kuin jatkuvista liiketoiminnallisista tappioista, voidaan liiketoiminnan jatkamista pitää ainakin lähtökohtaisesti perusteltuna ratkaisuna. Jos tilanne on vielä se, että liiketoiminnan jatkamisen katsotaan johtavan velkojien maksunsaannin kannalta todennäköisesti parempaan lopputulokseen kuin yritysvarallisuuden välittömän likvidoinnin, voidaan liiketoiminnan jatkamisen katsoa olevan jopa järkevää.

Operatiivisen yhtiön liiketoiminnan jatkaminen liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön toimesta ei välttämättä edellytä turvautumista konkurssisäännön mukaiseen insolvenssimenettelyyn. Liiketoiminnan jatkamisen turvaaminen saattaa olla mahdollista myös vakuusoikeudellisin järjestelyin. Arvopaperistamistransaktion keskeinen osa on vakuusjärjestely, jossa operatiivisen yhtiön osakkeet annetaan liikkeeseenlaskija-erillisyhtiöltä saadun lainan vakuudeksi. Tilanteessa, jossa operatiivinen yhtiö ei pysty maksamaan lainaansa takaisin, on pantinsaaja eli liikkeeseenlaskija-erillisyhtiö oikeutettu ottamaan saatavansa pantin arvosta. Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa pantin realisaatiotavoista kyseeseen tulevat lähinnä panttimyynti, pantin käyttäminen rahatulon saamiseksi sekä pantin siirtäminen panttivelkojan omaisuudeksi.[290]

Keskeinen osa pantin arvosta muodostuu tässä tapauksessa liiketoiminnan tulevista tuotoista ja näiden tuottojen saaminen edellyttää luonnollisesti liiketoiminnan jatkamista. Lienee selvää, ettei velkakirjaan sijoittaneiden maksunsaantia voida kuin poikkeustapauksissa turvata osakekannan panttimyynnillä.[291] Joissakin tilanteissa on kuitenkin mahdollista, että osakemyynti voi tuottaa panttivelkojan kannalta taloudellisesti tyydyttävän lopputuloksen. Jos osakekannan panttimyyntiin päädytään, on se järkevää toteuttaa siten, että pantinhaltija pidättää itsellään oikeuden joko hyväksyä tai hylätä saamansa ostotarjoukset. Tällä tavoin menettelemällä voidaan välttää riski joutua sidotuksi ostotarjoukseen, joka on velkojien näkökulmasta selvästi liian alhainen tuottaen heille vähemmän tuloa kuin mitä muista käytettävissä olevista pantin realisaatiotavoista olisi mahdollista saada.

On kuitenkin todennäköistä, että liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion yhteydessä pantin realisaatiotavoista useimmiten kyseeseen tulevat pantin käyttäminen rahatulon saamiseksi tai pantin siirtäminen panttivelkojan omaisuudeksi. Ensin mainitulla realisaatiotavalla tarkoitetaan käyttöoikeudellisen suorituksen pakko-ottoa pantin tuotosta sen fyysisiä ja osakepantin tapauksessa

---

289 *Pinomaa* 2000 s. 60.

290 *Havansi* 1992 s. 389–390.

291 Osakkeiden myyntihinta ylittänee joukkovelkakirjalainan maksamattoman osan pääoma-arvon vain silloin, kun lainan juoksuaikaa on hyvin vähän jäljellä.

oikeudellisia ominaisuuksia käyttämällä.[292] Tätä realisaatiotapaa on kuitenkin käytetty lähinnä yksittäisten pantattujen saamisten realisaatiotapana.[293] Realisaatiotavan soveltumista mittavan ja mahdollisesti useamman vuoden kestävän liiketoiminnan harjoittamiseen voidaan pitää kyseenalaisena.

Operatiivisen yhtiön osakkeiden siirtäminen panttivelkojan omaisuudeksi on lähtökohtaisesti toimiva tapa turvata yhtiön liiketoiminnan jatkaminen sen ajautuessa insolvenssiin. Saatuaan osakkeet omistukseensa voi velkoja omistajavaltaansa hyväksikäyttämällä jatkaa operatiivisen yhtiön liiketoimintaa. Tätä järjestelyä käytettäessä ongelmaksi saattaa kuitenkin muodostua oikeustoimilain 37 §:n lex commissoria -kielto, jonka mukaan se määrä pantin arvosta, joka ylittää velan määrän, on palautettava velalliselle. Tämän palauttamisvelvollisuuden laajuuden määrittely liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion yhteydessä on lähtökohtaisesti erittäin vaikeaa niin oikeudellisesti kuin myös puhtaasti laskennallisena toimenpiteenä.[294]

Voitaneenkin perustellusti katsoa, että lex commissoria -kiellon vaikutus arvopaperistamistransaktion toteuttamiskelpoisuuteen ja erityisesti operatiivisen yhtiön liiketoiminnan jatkamismahdollisuuksiin on kysymyksenä niin laaja, ettei sitä voida tämän tutkimuksen puitteissa kattavasti käsitellä. Tämän vuoksi ja toisaalta siitä syystä, että lainsäädäntömme tuntemat insolvenssimenettelyt mahdollistavat velallisen liiketoiminnan jatkamisen, keskitytään seuraavassa tutkimaan liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön mahdollisuuksia jatkaa operatiivisen yhtiön toimintaa insolvenssilainsäädännön ja erityisesti konkurssilainsäädännön valossa.

Suomessa ei ole annettu yrityksen konkurssitilanteessa tapahtuvaa liiketoiminnan jatkamista koskevaa erityissäänteyä. Suomen konkurssioikeus perustuu pääosin jo hyvin iäkkäälle lainsäädännölle keskeisimpänä säädöksenään vuoden 1868 konkurssisääntö.[295] Konkurssisääntö on lähes puhtaasti likvidaa-

---

[292] *Havansi* 1992 s. 390.

[293] *Havansi* 1992 s. 391.

[294] Eräs mahdollinen tapa siirtää osakkeet oikeustoimilain 37 §:n estämättä on sopia tästä siirrosta jälkikäteisesti eikä siis jo pantin perustamisen yhteydessä. Tällaisen järjestelyn on katsottu olevan ainakin lähtökohtaisesti mahdollista, *Havansi* 1992 s. 392. Voitaneen kuitenkin katsoa, ettei tällainen jälkikäteinen ja siten arvopaperistamistransaktion aloitushetkellä toteutumiseltaan epävarma järjestely turvaa parhaimmalla mahdollisella tavalla sijoittajien maksunsaantia. Järjestelyn toteuttamiskelpoisuuden kannalta on huomioitava myös se, ettei osakepantin haltuunotto estä vähemmistövelkojia – heidän niin halutessaan – ajamasta operatiivisen yhtiön liiketoiminnan lopettamista likvidaatiomenettelyn kautta.

[295] Suomen konkurssilainsäädännössä on parhaillaan käynnissä kokonaisuudistus, jonka tavoitteena on uuden konkurssilain säätäminen. Konkurssilaki ei näillä näkymin tuo merkittäviä muutoksia konkurssivelallisen liiketoiminnan jatkamisedellytyksiin. Tämän vuoksi seuraavassa jaksossa käsitellään liiketoiminnan jatkamisedellytyksiä voimassa olevan lainsäädännön kannalta. Konkurssilakiuudistusta käsitellään lyhyesti saman jakson lopussa.

tiokonkurssiin perustuva säädös, millä tarkoitetaan sitä, että konkurssissa konkurssivelallisen varat selvitetään ja realisoidaan konkurssivelallisen velkojen maksamiseksi.[296] Yritykselle voidaan kuitenkin likvidaatioarvon lisäksi laskea myös niin sanottu jatkamisarvo, jossa otetaan huomioon ne tuotannontekijät, joita ei voida muuttaa rahaksi (esimerkiksi good will -arvo) sekä yrityksen tuottopotentiaali eli kyky tuottaa tuloja vastaisuudessa. Jos yrityksen jatkamisarvo on korkeampi kuin sen likvidaatioarvo, on lähtökohtaisesti niin velkojien ja velallisyritysten intressien mukaista likvidaation sijaan jatkaa yrityksen liiketoimintaa.

Likvidaatiokonkurssin sijaan on yrityksille vuodesta 1993 lähtien ollut Suomessa mahdollista pyrkiä yrityssaneeraukseen. Saneerausmenettelyn tavoitteena on yrityssaneerauslain 1 §:n mukaisesti taloudellisissa vaikeuksissa olevan velallisen jatkamiskelpoisen yritystoiminnan tervehdyttäminen tai sen edellytysten turvaaminen, millä tavoitteilla pyritään takaamaan liiketoiminnan jatkuminen.[297]

Menettelyssä voidaan tuomioistuimen vahvistamalla saneerausohjelmalla ja yrityssaneerauslain asettamissa rajoissa määrätä velallisen varallisuutta sekä velkoja koskevista toimenpiteistä. Velkojien aseman kannalta merkittävää on se, että yrityssaneerausmenettelyn alkaminen aiheuttaa yrityssaneerauslain 17–20 §:issä määritellyn maksu-, vakuudenanto- sekä perintäkiellon. Näin ollen menettelyn aikana velallinen ei saa maksaa saneerausvelkaa[298] tai antaa siitä vakuutta, eikä velkoja saa kohdistaa yritykseen perimistoimia.

Yrityssaneerauksen kohteena olevan velallisen toimintaa säännellään saneerausohjelmassa Kun saneerausmenettelyssä on saatu valmiiksi ehdotus saneerausohjelmasta, äänestetään ohjelmaehdotuksen hyväksymisestä. Tässä yhteydessä velkojat jaetaan eri velkojaryhmiin, jotka äänestävät ryhmäkohtaisesti saneerausohjelmasta. Jos ohjelmaehdotus ei saa enemmistöä kaikissa äänivaltaisissa velkojaryhmissä, jää vaihtoehdoksi ehdotuksen yrityssaneerauslain 54 §:n mukainen pakkovahvistaminen tuomioistuimen toimesta.

Pakkovahvistaminen on mahdollista, jos vähintään yhden velkojaryhmän enemmistö on äänestänyt ehdotuksen hyväksymisen puolesta ja ehdotus saa lisäksi vähintään viidenneksen kokonaiskannatuksen tunnettujen velkojien saatavista. Tämä mahdollistaa sen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kannalta huomionarvoisen asian, että vähemmistövelkoja, jolla on kenties vain

---

[296] *Havansi* 1991 s. 6 ja *Ovaska* 1992 s. 18.

[297] *Koulu* 2002 (c) s. 442.

[298] Saneerausvelalla tarkoitetaan yrityssaneerauslain 3.1 §:n 4-kohdan mukaisesti pääsääntöisesti kaikkia velallisen ennen saneerausmenettelyn alkamista syntyneitä velkoja.

hieman yli viidennes saatavista, voi saada intressiensä mukaisen ohjelmaehdotuksen hyväksytyksi.

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion ja erityisesti sen yhteydessä liikkeeseenlaskettuun joukkovelkakirjalainaan sijoittaneiden maksunsaantiaseman kannalta keskeistä on myös se, että velallisella säilyy yrityssaneerauslain 29.1 §:n mukaisesti valta määrätä omaisuudestaan ja toiminnastaan, ellei laissa muuten säädetä. Näin ollen yrityssaneeraus eroaa konkurssista, jossa yritysomaisuus vallinta siirtyy velkojille, joiden lakimääräisenä edustajana toimii pesänhoitaja. Huomionarvoista on myös se, ettei yrityksen johto vaihdu, vaikka yritys joutuisi saneerausmenettelyyn. Tätä tilannetta voidaan pitää velkojien intressien kannalta hieman kyseenalaisena, sillä yrityksen maksukyvyttömyystilan taustalla ovat usein yritysjohdon epäonnistuneet liiketoimintapäätökset ja virheellinen reagointi muutoksiin liiketoimintaympäristössä.[299]

Kotimaisessa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa yrityssaneerauslain mukainen yrityssaneeraus on mahdollinen keino jatkaa maksuvaikeuksiin ajautuneen operatiivisen yhtiön toimintaa ja siten turvata velkakirjasijoittajien maksunsaanti. Sijoittajien kannalta on kuitenkin keskeistä se, että saneerauksen onnistuminen edellyttää velallisyrityksen omistajien ja useimmiten yrityksen toimivan johdon sitoutumista saneeraukseen.[300]

Arvopaperistamistransaktiossa tämä sitoutuminen pyritään varmistamaan sopimuskokonaisuudessa, joka laaditaan ennen transaktion käynnistämistä. On kuitenkin olemassa – vaikkakin tosiasiallisesti varsin hypoteettinen – mahdollisuus, että velallinen eli operatiivinen yhtiö tai sen edustajat eivät ole halukkaita aloittamaan saneerausmenettelyä.[301] Tämä vastahakoisuus saattaa pitkittää saneerausprosessia ja pahimmillaan ajaa operatiivisen yhtiön yhä vakavampiin maksuvaikeuksiin, mikä vaarantaa sijoittajien maksunsaannin.

Konkurssimenettely ei edellytä vastaavanlaista yhteistoimintaa velkojien ja velallistahon välillä. Konkurssimenettelyssä ei myöskään käytetä velkojaryhmäjakoon perustuvaa äänestysmenettelyä, jossa on mahdollista, että merkittävimmän velkojan intressit eivät välttämättä tule – eivät ainakaan arvopaperistamistransaktion toteuttamiskelpoisuutta arvioitaessa – tarpeellisella tavalla huomioon otetuiksi. Lähtökohtana konkurssimenettelyssä on konkurssisäännön 69.1 §:n mukaisesti se, että yksinkertainen saatavien enemmistö, joka lasketaan velkojainkokouksessa läsnäolevien velkojien saamisten määrän mukaan, riittää konkurssipesän selvitystä koskevien päätösten tekemiseksi.

---

[299] *Koulu* 2002 (c) s. 492.

[300] *Koulu* 2002 (c) s. 443.

[301] Tämä saattaa aiheutua esimerkiksi siitä, että velallisella on erilainen näkemys sopivista yritystoiminnan tervehdyttämiskeinoista kuin velkojataholla.

Vaikka likvidaatiokonkurssi tähtääkin velallisen varallisuuden realisointiin, on konkurssimenettelyä mahdollista käyttää suoraviivaiseen yritystoiminnan saneeraukseen.[302] Tällä menettelyllä pyritään hyödyntämään yrityksen jatkamisarvo eli yritystoiminnan jatkamisen luoma tuottopotentiaali. Konkurssissa voidaankin päästä täysin saneerausmaisiin lopputuloksiin, sillä konkurssihallinto pystyy velkojien enemmistön tuella saneeraamaan velallisyrityksen ilman sen omistajien myötävaikutusta.[303]

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa yrityssaneeraus on varteenotettava vaihtoehto maksuvaikeuksiin ajautuneen yrityksen tervehdyttämiseksi ja sijoittajien maksunsaannin turvaamiseksi. Koska konkurssimenettelyllä on mahdollista tosiasiallisesti saavuttaa vastaavanlainen ”saneeraustulos” ja toisaalta koska konkurssi on velkojien maksunsaannin kannalta turvallisempi menettely – onhan se vietävissä läpi ilman velallisen yhteistyöhalukkuutta – käsitellään seuraavassa liiketoiminnan jatkamista ja sijoittajien maksunsaannin turvaamista kotimaisessa arvopaperistamistransaktiossa voimassa olevan konkurssilainsäädännön valossa.

5.3. Liiketoiminnan jatkumisen turvaaminen konkurssitilanteessa

Konkurssi on mahdollista määritellä yleistäytäntöönpanoksi, jossa velallisen koko ulosmittauskelpoinen omaisuus alistetaan tuomioistuimen valvonnassa yhdellä kertaa kokonaisselvittelyyn ja pakkohallintoon, minkä kautta koko tuo omaisuus realisoidaan ja varat jaetaan kaikkien velkojien kesken yhdenvertaisesti heidän saataviensa suuruussuhteiden mukaisesti, ellei joillekin saatavatyypeille säädetyistä etuoikeuksista muuta johdu.[304]

Tämän määritelmän perusteella voidaan perustellusti todeta, ettei yrityksen konkurssin perustavoitteisiin kuulu yritystoiminnan säilyttäminen ja liiketoiminnan jatkaminen.[305] Päinvastoin, konkurssin tavoitteena on laajamittainen velkojen periminen ja velkojien samanarvoisuudesta huolehtiminen, minkä tavoitteen saa-

---

[302] Tällaista menettelyä voidaan kutsua saneerauskonkurssiksi, *Havansi* 2002 s. 97.

[303] *Koulu* 2002 (c) s. 443. Tämä menettely on myös suoraviivaisempi kuin yrityssaneeraus, joka on menettelynä yksityiskohtaisesti säännelty ja siten raskas. Eräänä vaihtoehtona yrityssaneerauslain mukaiselle saneeraukselle voisi olla velkojien sopimuksin tehtävä vapaaehtoinen saneeraus. Jos kaikki velkojat eivät kuitenkaan ole halukkaita sopimukseen, vaikeutuu saneerausprosessi. Näin ollen sopimusperusteinen saneerausmenettely ei ole sijoittajien maksunsaannin kannalta paras vaihtoehto operatiivisen yhtiön liiketoiminnan jatkamisesta päätettäessä.

[304] *Havansi* 1991 s. 2.

[305] *Ovaska* 1992 s. 78.

vuttamisessa keskeisenä osana on konkurssivarallisuuden realisointi.

Vaikka konkurssisääntö on likvidaatiokeskeinen, mahdollistaa se kuitenkin liiketoiminnan jatkamisen yrityksen konkurssiin ajautumisesta huolimatta. Konkurssisäännön 57 §:n mukaan velkojat voivat halutessaan jatkaa konkurssivelallisen harjoittamaa liiketoimintaa. Säännös on varsin yleisluontoinen asettamatta mitään erityisvaatimuksia tai rajoituksia toiminnan jatkamiselle.[306] Liiketoiminnan jatkaminen onkin lähtökohtaisesti mahdollista riippumatta siitä, onko toiminta kannattavaa tai tappiollista, luvanvaraista tai ei.[307]

Konkurssihallinto voi näin ollen jatkaa velkojien lukuun yrityksen toimintaa. Liiketoiminnan jatkamisella tavoitellaan tavallisesti tilannetta, jossa yrityksen varallisuus myydään toimivana kokonaisuutena yhdelle ainoalle ostajalle.[308] Jos yrityksen varallisuus koostuu useammasta liiketoiminnallisesta kokonaisuudesta, voidaan yrityksen varallisuus jakaa useampiin toimiviin kokonaisuuksiin, jotka voidaan myydä useammalle kuin yhdelle ostajalle. Liiketoiminnan jatkaminen tähtää kuitenkin tässäkin tapauksessa konkurssipesän varojen kerryttämiseen likvidoinnin eli yritysvarallisuuden myynnin kautta eikä niinkään yritystoiminnan tuottamien kassavirtojen kerryttävän vaikutuksen avulla. Poissuljettu ei ole kuitenkaan se liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kannalta keskeinen ei-likvidatorinen vaihtoehto, jossa liiketoimintaa jatkamalla pyritään tuottamaan kassavirtoja, jotka käytetään velkojien saatavien maksuun.

Riippumatta siitä, mitä liiketoiminnan jatkamisella tavoitellaan – parempaa likvidaatioarvoa tai kassavirtoja jo ennen likvidaatiota – on velallisen liiketoiminnan jatkaminen velkojien päätettävissä. Vaikka konkurssisäännön 57 §:ssä asiaa ei suoraan lausutakaan, vaatii liiketoiminnan jatkaminen velkojainkokouspäätöksen.[309] Velkojainkokous tulee järjestettäväksi konkurssisäännön 60 §:n perusteella vasta uskottujen miesten hoitaessa pesän hallintoa. Uskottujen miesten hallintokausi alkaa kuitenkin vasta velkojainkuulustelun jälkeen, mikä merkitsee sitä, että konkurssiinasettamishetken ja velkojainkokouksen väliin jää periodi, jolloin päätöstä liiketoiminnan jatkamisesta ei voida konkurssisäännön edellyttämällä tavalla tehdä.

---

306 Konkurssisäännön 57 § kuuluu kokonaisuudessaan: *”Jos velallinen on harjoittanut semmoista elinkeinoa, jota hänen velkojansa laillisesti jatkaa saattavat, olkoon sen edellensä harjoittaminen velkojien päätöksen vallassa. Mitä elinkeinon jatkaminen voittoa tuottaa, käyköön konkurssipesän omaksi, mutta jos siitä tappiota syntyy, älköön velallinen siitä olko vastauksessa ”.*

307 *Ovaska* 1992 s. 165.

308 *Koulu* 2002 (c) s. 440.

309 *Halila* 1983 s. 100, jossa todetaan seuraavaa: *”Enligt KS 57 § går det inte att fortsätta konkursgäldenärens näring om inte borgenärernä fattat beslut härom.”*. Pesänselvityksen kannalta on syytä huomioida se, että liiketoiminnan jatkamisen aiheuttamat ja konkurssin alkamisen jälkeen syntyneet velat ovat niin sanottuja massavelkoja, jotka on maksettava ennen konkurssisaatavia eli ennen konkurssin alkamista syntyneitä saatavia.

On selvää, että konkurssiinasettamishetken ja velkojainkokouksen väliin jäävä eräänlainen tyhjäkäyntiperiodi saattaa tehdä liiketoiminnan jatkamisen tosiasiallisesti mahdottomaksi velkojainkokouksen päätöksen jälkeen.[310] Näin ollen ratkaisu liiketoiminnan jatkamisesta on tehtävä mahdollisimman nopeasti yrityksen konkurssiinasettamisen jälkeen, mikä tarkoittaa käytännössä sitä, että ratkaisu tulee väliaikaisen pesänhoitajan tehtäväksi.

Väliaikaisen pesänhoitajan tehtäviin kuuluu konkurssisäännön 50.2 §:n mukaan pesän asiakirjojen ja omaisuuden huostaanotto, pesäluettelon laatiminen velallisen varoista ja veloista sekä muihin tehtävän edellyttämiin toimiin ryhtyminen. Näihin muihin toimiin kuuluu myös ratkaisu liiketoiminnan jatkamisesta.[311] Ratkaisua tehtäessä tärkeimpänä tekijänä on se, onko liiketoiminnan jatkaminen yleisen velkojatahon kannalta parempi vaihtoehto kuin se, että liiketoiminta lopetetaan ja konkurssivarallisuus realisoidaan välittömästi.[312]

Jos liiketoiminnan jatkaminen vaikuttaa lopettamista edullisemmalta vaihtoehdolta, on väliaikaisen pesänhoitajan syytä neuvotella asiasta konkurssipesän suurimpien velkojien kanssa ja pyrkiä saamaan heidän suostumuksensa liiketoiminnan jatkamiselle.[313] Jos tämä suostumus saadaan, voidaan pesän liiketoimintaa jatkaa konkurssiinasettamishetken ja velkojainkokouksen välisenä aikana ja siten turvata liiketoiminnan katkeamaton harjoittaminen.

Varsinainen päätös liiketoiminnan jatkamisesta tulee kuitenkin tehtäväksi velkojainkokouksessa. Konkurssisäännössä ei ole määräystä siitä, että yrityksen liiketoiminnan jatkamista koskeva päätös tulisi tehdä määräenemmistöllä. Näin ollen konkurssisäännön 69.1 §:n mukaisesti *”käyköön se päätökseksi, josta ne saapuville tulleet velkojat sopivat, joiden saamiset yhteenlaskettuina tekevät suurimman summan”*. Toisin sanoen yksinkertainen saatavien enemmistö, joka lasketaan läsnäolevien velkojien saamisten määrän mukaan, riittää velallisen liiketoiminnan jatkamiseksi.

---

[310] Jos ratkaisu liiketoiminnan jatkamisesta tehdään vasta velkojainkokouksessa, on riskinä muun muassa se, että yrityksen liiketoiminta lamaantuu ja sen liikesuhteet katkeavat. *Havansi* 1992 s. 339. Käytännössä velkojat voivat käyttää omaa päätösvaltaansa vain, kun pesänhoitaja ei ole antanut liiketoiminnan keskeytyä. *Koulu* 2002 (b) s. 241.

[311] Voimassaolevat pesänhoitajaa koskevat määräykset ovat suppeita ja osin vanhentuneita, HE 249/1994 s. 9. Konkurssikäytännössä noudatettu päätöksenteko on huomattavasti pesänhoitaja-autonomisempaa kuin lakiteksti antaisi aiheen olettaa, *Koulu* 2002 (a) s. 217. Pitkäaikainen alan käytäntö on muokannut väliaikaisen pesänhoitajan roolia muun muassa niin, että tämä voi tehdä nopeita ja laajakantoisiakin päätöksiä (kuten liiketoiminnan jatkamista koskeva ratkaisu) velkojien edun turvaamiseksi. *Havansi* 1992 s. 339.

[312] *Ovaska* 1992 s. 229.

[313] *Havansi* 1991 s. 339, jossa velkojien suostumuksen hankinnalla katsotaan olevan väliaikaiselle pesänhoitajalle ”selustanturvaamisfunktio” silmälläpitäen tulevaa ja asiasta varsinaisesti päättävää velkojainkokousta.

Konkurssisäännön 57 § on hyvin yleisluontoinen eikä siinä tarkemmin eritellä, mitä liiketoiminnan jatkamisella tarkoitetaan. Asiaa voidaan tarkastella ainakin laadullisesti, ajallisesti ja liiketoiminnan volyymin suhteen. Laadullisella aspektilla tarkoitetaan sitä, millä toimialalla konkurssivelallisen liiketoimintaa jatketaan ja volyymilla missä laajuudessa toimintaa jatketaan.[314] Tarkasteltaessa liiketoiminnan jatkamista ajallisesti on huomion kohteena erityisesti se, miten pitkään liiketoimintaa voidaan harjoittaa konkurssiinasettamisen jälkeen.

Jotta liiketoiminnan jatkamisesta voitaisiin päättää yksinkertaisella saatavien enemmistöllä, voidaan asettaa vaatimus, että liiketoiminnan tulisi olla pitkälti samankaltaista ja tapahtua samalla toimialalla kuin ennen konkurssia. Jos toimintaa esimerkiksi laajennetaan uusille toimialoille, voitaneen perustellusti katsoa, ettei kyse ole liiketoiminnan jatkamisesta vaan yleisemmin sen harjoittamisesta. Tällöin riskinä voi olla se, ettei liiketoiminnan laajennetun jatkamisen katsota olevan tarkoitusperiltään konkurssipesän selvitystä edistävää ja liiketoiminnan jatkaminen ei ole siten konkurssipesän hallintoa koskeva asia.[315] Tällöin liiketoiminnan jatkamista koskeva velkojainkokouksen päätös on konkurssisäännön 73.2 §:n perusteella mitätön.[316]

Tarkasteltaessa liiketoiminnan laajuutta on tilanne useimmiten se, että liiketoimintaa supistetaan konkurssin alkamisen jälkeen. Ratkaistava kysymys on pieneneekö toiminnan volyymi niin, että sitä ei enää voida pitää liiketoimintana. Liiketoiminnan jatkamisen sallittavuuden kannalta tällä ei lähtökohtaisesti ole merkitystä toisin kuin toiminnan volyymin olennaisella nostamisella.[317] Jos konkurssipesä jatkaa velallisen liiketoimintaa ja nostaa olennaisesti liiketoiminnan volyymiä, ollaan lähellä tilannetta, jossa toimintaa joudutaan arvioimaan uutena toimintana. Jos liiketoiminnan jatkamisen tulkitaan olevan tosiasiallisesti uuden toiminnan aloittamista, on todennäköistä, että liiketoiminnan jatkamista koskeva velkojainkokouksen päätös on konkurssisäännön 73.2 §:n perusteella mitätön. Näin siksi, että uuden toiminnan aloittaminen lienee vain poikkeustapauksissa konkurssipesän selvitystä edistävä toimenpide.

Konkurssisäännön 57 § ei lausu liiketoiminnan jatkamisen sallitusta kestosta mitään. Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että liiketoiminnan jatkumisen tulisi olla väliaikaista, sillä konkurssin keskeisiin tavoitteisiin kuuluu aiemmin maini-

---

314 *Ovaska* 1992 s. 166.

315 Liiketoiminnan jatkamisen ei toisin sanoen katsota edistävän pesän likvidatorisen tehtävän toteuttamista. *Havansi* 1991 s. 377.

316 Konkurssisäännön 73.2 § kuuluu seuraavasti: *”Jos velkojat ovat jotakin päättäneet toisen vahingoksi, joka päätökseen ei ole osallisena ollut, tahi semmoisista asioista, jotka joko ovat Oikeuden tutkittavat, tai eivät kuulu tavaraston hallintoon; olkoon se mitätön”.*

317 *Ovaska* 1992 s. 169.

tuin tavoin konkurssivarallisuuden nopea realisointi ja realisoinnista saatujen varojen siirtäminen velkojille. Koska konkurssisääntö ei kuitenkaan rajoita liiketoiminnan jatkamisen kestoa, ei poissuljettu ole sekään vaihtoehto, että toiminta jatkuisi pitkäänkin konkurssiinasettamisen jälkeen tilanteessa, jossa toiminnan jatkaminen on velkojien mielestä edullisempaa kuin sen lopettaminen.[318] Jotta jatkamispäätös ei olisi konkurssisäännön 73.2 §:n perusteella mitätön, on pitkäaikaisen jatkamisen katsottava edistävän pesän selvitystä.

Jos konkurssivelallisen liiketoimintaa jatketaan samalla toimialalla ja vastaavassa laajuudessa kuin ennen konkurssia, voidaan päätös liiketoiminnan jatkamisesta tehdä velkojainkokouksessa 69.1 §:n mukaisella yksinkertaisella saatavien enemmistöllä. Velkojainkokoukseen asiasta päättämään kutsutaan konkurssivelkojat, jotka ovat asianmukaisesti valvoneet saatavansa, jotka ovat konkurssisäännön 25 §:n edellyttämällä tavalla syntyneet ennen konkurssin alkamista.

Jos yhden erillisyhtiön rakenteelle[319] pohjautuvassa kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa operatiivinen yhtiö ajautuu konkurssiin, on suurimpana konkurssivelkojana todennäköisesti liikkeeseenlaskija-erillisyhtiö, joka on lainannut joukkovelkakirjalainasta saamansa varat operatiiviselle yhtiölle. Liikkeeseenlaskija-erillisyhtiö on samalla myös konkurssipesän selkeästi merkittävin ja optimaalisessa tapauksessa ainoa vakuusvelkoja, joka voi separatistin ominaisuudessa vaatia panttiensa realisointia. Lähtökohtana voidaan kuitenkin pitää sitä, että konkurssivarallisuuden, joka on käytännössä kokonaan joukkovelkakirjalainan vakuutena, realisoinnista saatavilla varoilla ei voida maksaa velkakirjalainaa takaisin.[320] Pystyäkseen maksamaan joukkovelkakirjalainan takaisin on erillisyhtiön konkurssivelkojan ominaisuudessa käytettävä päätösvaltaansa niin, että konkurssivelallisen liiketoimintaa jatketaan.[321]

Erillisyhtiön saatava (laina) on syntynyt ennen konkurssia ja erillisyhtiö on näin ollen oikeutettu konkurssisäännön 25 §:n mukaisesti valvomaan saatavansa. Edellytyksin, että joukkovelkakirjalainasijoittajat ja käytännössä heidän edustajansa ovat asianmukaisesti valvoneet joukkovelkakirjasaatavat, ovat

---

[318] Jopa vuosia konkurssiinasettamisen jälkeen jatkuva liiketoiminta ei ole poissuljettu vaihtoehto, *Ovaska* 1992 s. 171.

[319] Kuvio 3, s. 163.

[320] Realisointi tuottaa tyydyttävän tuloksen vain siinä tilanteessa, kun realisoinnista saatavilla varoilla voidaan maksaa koko jäljellä oleva lainaosuus pois.

[321] Kuten aiemmin on esitetty, ohjataan erillisyhtiön toimintaa varsin tiukasti niin yhtiöjärjestysmääräyksin kuin myös transaktiota varten laaditun sopimuskokonaisuuden määräyksin. Näihin määräyksiin tulee sisällyttää myös ohjeet erillisyhtiön toiminnasta liiketoimintaa harjoittavan yhtiön insolvenssitilanteessa. Korostettakoon, että nämä määräykset sitovat erillisyhtiötä, mutta eivät konkurssipesää.

joukkovelkakirjasijoittajat erittäin suurella todennäköisyydellä ylivoimaisesti merkittävin konkurssivelkojataho ja he ovat siten kykeneviä tekemään muita konkurssivelkojia sitovia päätöksiä.[322]

Voidaan siis pitää todennäköisenä, että tilanteessa, jossa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksu edellyttää liiketoiminnan jatkamista, erillisyhtiö voi konkurssivelkojana yksin päättää, että liiketoimintaa jatketaan.[323] Konkurssipesän muiden velkojien kannalta liiketoiminnan jatkaminen lienee myös ainoa tapa saada maksu, sillä aiemmin mainituilla tavoilla transaktiossa pyritään siihen, että operatiivisen yhtiön kaikki vakuuskelpoinen omaisuus pantataan erillisyhtiön myöntämän lainan vakuudeksi. Jos konkurssipesä päätyisi pesävarallisuuden realisointiin, on erittäin epätodennäköistä, että muille kuin vakuusvelkojille jäisi jako-osuutta.

Tällaisessa tilanteessa liiketoiminnan jatkamista voidaan pitää selkeästi sen lopettamista parempana vaihtoehtona velkojien maksunsaannin kannalta, sillä ilman liiketoiminnan jatkamista suurin velkojataho jäisi käytännössä vaille maksua. Näin ollen liiketoiminnan jatkamispäätöstä voidaan lähtökohtaisesti pitää konkurssisäännön perustavoitteiden kannalta hyväksyttävänä ja siten konkurssipesän selvitystä edistävää. Näin ollen ei liene perusteita katsoa, että liiketoiminnan jatkamispäätös olisi konkurssisäännön 73.2 §:n perusteella mitätön.

Liiketoimintaa jatkettaessa ei ole myöskään todennäköistä, että mitättömyys voisi johtua toiminnan liiallisesta laajentamisesta tai volyymin kasvattamisesta. Transaktion suuruus ja takaisinmaksuaikataulu pyritään suunnittelemaan sellaisiksi, ettei operatiivisen yhtiön liiketoimintaa tarvitse laajentaa kesken transaktion.[324] Näin ollen liiketoimintaa voidaan jatkaa samassa laajuudessa konkurs-

---

[322] Erillisyhtiön vahva asema perustuu ensisijaisesti siihen, että äänioikeus määräytyy kunkin velkojan konkurssisaamisen rahamäärän mukaisesti (”penni ja ääni”), *Havansi* 1991 s. 371. Koska liiketoiminnan yhtiöittämisen yhteydessä tehdyn uudelleenpääomittamisen avulla liiketoimintaa harjoittava yritys ”puhdistetaan” vanhoista vakuusvelkojista, ovat muita konkurssivelkojia lähinnä verottaja sekä konkurssivelallisen tavarantoimittajat ja asiakkaat. Moody’s 2002 s. 6. Näiden velkojien saamisten yhteissumma ei todennäköisesti nouse niin suureksi, että muut konkurssivelkojat voisivat estää päätöksenteon tilanteissa, joissa edellytetään yksinkertaista äänten enemmistöä. Päätöksiä tehtäessä on kuitenkin huomioitava, etteivät päätökset saa olla vahingollisia sellaisia velkojia kohtaan, jotka eivät ole osallistuneet päätöksentekoon. Jos näin menetellään, on päätös konkurssisäännön 73.2 §:n nojalla mitätön.

[323] Jos muiden velkojien saatavat ovat suuremmat kuin erillisyhtiön, on erillisyhtiö todennäköisesti maksanut joukkovelkakirjalainan käytännöllisesti katsoen kokonaan takaisin. Tässä tilanteessa liiketoiminnan jatkaminen ei ole välttämätöntä, sillä lainan loppuosan takaisinmaksu saatetaan hoitaa esimerkiksi ulkopuolisen luottotuen avulla.

[324] Toimintaa ei lähtökohtaisesti ole tarvetta laajentaa, sillä transaktiota suunniteltaessa konkurssiinasettamista edeltävän toiminnan laajuuden on katsottu olevan riittävä joukkovelkakirjalainan takaisinmaksun turvaamiseksi.

siinasettamisen jälkeenkin eikä riski jatkamispäätöksen mitättömyydestä liene merkittävä. Mitä liiketoiminnan jatkamisen ajalliseen kestoon tulee, niin huomioonotettavaa on se, että joukkovelkakirjalainan juoksuajasta saattaa olla konkurssiinasettamishetkellä vielä merkittävä osa jäljellä.[325] Koska liiketoiminnan jatkaminen on velkojatahon enemmistön kannalta parempi vaihtoehto kuin välitön realisaatio, on liiketoiminnan jatkaminen pesän selvittämisen kannalta perusteltua, vaikka se edellyttäisi useammankin vuoden jatkoa liiketoiminnalle.

Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa[326] laadulliset, ajalliset ja volyymiedellytykset liiketoiminnan jatkamiselle ovat olemassa samalla tavoin kuin yhdenkin erillisyhtiön mallissa. Ongelmaksi muodostuu kuitenkin se, että tässä rakenteessa liiketoimintaa harjoittavan yhtiön ja sen omistavan Erillisyhtiö 1:n tai toisaalta liiketoimintaa harjoittavan yhtiön ja liikkeeseenlaskijana toimivan Erillisyhtiö 2:n välillä ei ole velkasuhdetta. Osakeyhtiölain 12 luvun 7.3 §:n vakuudenantokiellon vuoksi liikkeeseenlaskija-erillisyhtiöllä ei ole myöskään vakuusvelkojan asemaa. Näin ollen Osakeyhtiö B:n konkurssivelkojina ovat transaktion ulkopuoliset tahot, joiden intresseissä ei ole jatkaa liiketoimintaa ainakaan siinä laajuudessa, että Erillisyhtiö 1 saisi varoja. Tämä seikka osaltaan vahvistaa sitä käsitystä, ettei kahden erillisyhtiön transaktiorakenne ole käyttökelpoinen kotimaisessa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa.

Keskeinen kysymys arvopaperistamistransaktion toteuttamiskelpoisuuden kannalta on myös se, miten konkurssiinasettamisen jälkeen harjoitettavasta liiketoiminnasta konkurssipesälle kertyvät varat voidaan ohjata joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun. Konkurssipesälle tulevat varat on konkurssisäännön 59 §:n nojalla pyrittävä sijoittamaan siten, että ne tuottavat korkoa.[327] Liiketoiminnan tuotot ovat myös tällaista konkurssipesälle tulevaa varallisuutta, joka pyritään sijoittamaan korkoa kasvamaan ennen lopputilitystä. Konkurssisäännön 105 §:n mukaan lopputilitys on annettava kahden kuukauden kuluessa siitä, kun *”viimeinen este lakkasi”*.

Konkurssivelallisen liiketoimintaa jatkettaessa saattaa tämä viimeinen este lakata vasta monta vuotta konkurssiinasettamisen jälkeen ja näin ollen lopputilitys velkojille tapahtuu myös vasta tämän ajan kuluttua. Koska joukkovelkakirjalainan korot lankeavat maksettavaksi tietyin väliajoin, ei liiketoiminnan tuottojen säilyttäminen korkoa kasvamassa lopputilitykseen asti ole mahdollista.

---

[325] Jos juoksuaikaa on jäljellä vain vähän, saattaa yritysvarallisuuden arvo ylittää jäljellä olevan velan määrän. Tällöin yritysvarallisuuden realisointi saattaa olla järkevää. Transaktion kannalta tilannetta yksinkertaistaa se, jos joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskija on pidättänyt itselleen oikeuden maksaa joukkovelkakirjalaina ennenaikaisesti takaisin (niin kutsuttu call option -ehto).

[326] Kuvio 4, s. 165.

[327] Myös liiketoiminnan tuottamat kassavirrat ovat konkurssivarallisuuden tuloa, *Havansi* 1991 s. 274.

Päinvastoin, jotta joukkovelkakirjalainan korot voitaisiin maksaa, on liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön saatava varoja tietyin väliajoin pystyäkseen vastaamaan koronmaksuista.

Konkurssisäännön 105 §:n mukaan velkojille on maksettava ennakkojako-osuus aina kun pesään on kertynyt varoja viisi prosenttia velkojien saatavista. Jako-osuus on konkurssisäännön 102 §:n nojalla laskettava kaikille saataville, jollei valvontaa ole lainvoimaisesti hylätty tai jätetty tutkimatta. Näin ollen jos erillisyhtiö on asianmukaisesti valvonut saatavansa, on se 105 §:n ehtojen täyttyessä oikeutettu saamaan ennakkojako-osuutta.

Ennakkojako-osuuksien avulla konkurssipesästä voidaan jakaa varoja ennen lopputilitystä siten, että erillisyhtiö voi ainakin periaatteessa huolehtia joukkovelkakirjalainan takaisinmaksusta. Toki on mahdollista ja jopa todennäköistä, etteivät jako-osuudet joko määrällisesti tai ajoituksensa vuoksi mahdollista joukkovelkakirjalainan korkojen täysimääräistä tai oikea-aikaista maksamista. Näissä tilanteissa vajaus tulee maksettavaksi ulkopuolisten luottotuenantajien toimesta.

Yhteenvetona voidaan todeta, että konkurssiin ajautuneen yrityksen liiketoiminnan jatkaminen on mahdollista kotimaisessa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa, joka on rakennettu yhden erillisyhtiön mallin pohjalle. Kahden erillisyhtiön rakenne on yhtiöoikeudellisen sääntelyn ohella myös insolvenssioikeudellisesti ongelmallinen ratkaisu ainakin tässä tutkimuksessa esitetyssä muodossaan, jossa erillisyhtiöiden ja operatiivisen yhtiön välillä ei ole velkasuhdetta.

Suomen konkurssilainsäädännössä on parhaillaan käynnissä kokonaisuudistus, jonka tavoitteena on uuden konkurssilain säätäminen. Uusi laki pyritään saamaan voimaan viimeistään vuonna 2004.[328] Lain uudistamisen yleiseksi tavoitteeksi on asetettu selkeän ja ennakoitavan konkurssilain säätäminen.[329] Merkittäviä muutoksia uusi laki sisältää näillä näkymin kuitenkin varsin vähän, sillä esimerkiksi hallintojärjestelmän osalta uudistus legalisoi vakiintuneen käytännön.[330]

Konkurssilaki ei näillä näkymin tuo merkittäviä muutoksia myöskään konkurssivelallisen liiketoiminnan jatkamisedellytyksiin. Konkurssin tarkoituksena on edelleen velallisen omaisuuden mahdollisimman nopea realisointi.[331] Toisaalta konkurssipesän on pyrittävä mahdollisimman hyvään realisointitulokseen, mikä saattaa edellyttää liiketoiminnan jatkamista.[332] Velallisen liiketoi-

[328] *Havansi* 2002 s. 99.
[329] Konkurssilakityöryhmä 2002 s. 18.
[330] *Koulu* 2002 (a) s. 218.
[331] Konkurssilakityöryhmä 2002 s. 258.
[332] Konkurssilakityöryhmä 2002 s. 199.

minnan jatkamisesta päättäisi edelleen velkojainkokous, joilla on päätösvalta konkurssipesän hallintoa sekä konkurssipesään kuuluvan omaisuuden hoitoa, käyttöä ja rahaksimuuttoa koskevissa asioissa, joihin kuuluu muun muassa päätös liiketoiminnan jatkamisesta.[333] Näin ollen uusi konkurssilaki tarjonnee vastaavanlaiset mahdollisuudet konkurssivelallisen liiketoiminnan jatkamiselle kuin nykyinenkin konkurssilainsäädäntö.

6. TRANSAKTION ARVOPAPERIMARKKINA-OIKEUDELLINEN ARVIOINTI

6.1. Joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskutavat Suomessa

Suomalaiset joukkovelkakirjamarkkinat ovat perustuneet varsin suurelta osin valtion velanottoon. Valtio on edelleen ylivoimaisesti merkittävin toimija Suomen joukkovelkakirjamarkkinoilla, sillä valtion liikkeeseenlaskemien joukkovelkakirjojen osuus koko joukkovelkakirjakannasta oli vuonna 2000 lähes 80 prosenttia.[334] Viime aikoina suuret suomalaiset yritykset ovat kuitenkin hankkineet velkarahoitusta suoraan joukkovelkakirjamarkkinoilta perinteisen luottolaitoslainan sijaan.[335] Näin ollen voidaankin olettaa, että tulevaisuudessa yritysten liikkeeseenlaskemien joukkovelkakirjalainojen määrä kasvaa sekä absoluuttisesti että suhteessa valtion joukkovelkakirjalainoihin. Tämä kehitys antaa myös aiheen olettaa, että myös joukkovelkakirjoille, jotka lasketaan liikkeeseen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion yhteydessä, voi tulevaisuudessa olla kasvavaa kysyntää.

Tämän tutkimuksen tavoitteena on analysoida mahdollisuuksia toteuttaa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktio kokonaan kotimaisena järjestelynä, mikä tarkoittaa myös sitä, että joukkovelkakirjalaina lasketaan liikkeeseen Suomessa. Tässä jaksossa kartoitetaan liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion yhteydessä liikkeeseenlaskettavalle joukkovelkakirjalainalle asetettavia arvopaperimarkkinaoikeudellisia vaatimuksia tilanteessa, jossa joukkovelkakirjat lasketaan yleiseen liikkeeseen. Tällöin tulevat kyseeseen joko joukkovelkakirjojen tarjoaminen yleisölle ja pörssilistauksen hakeminen tai vaihtoehtoisesti joukkovelkakirjojen tarjoaminen vain ennakolta määrätylle suppealle henkilöpiirille. Transaktion luonteen perusteella on todennäköistä, että jälkimmäinen vaihto-

[333] Konkurssilakityöryhmä 2002 s. 176.
[334] *Dahlberg* 2001 s. 6.
[335] Helsingin Sanomat 2.5.2002 s. D1.

ehto on pörssilistausta todennäköisempi emissiotapaa valittaessa.[336]

Joukkovelkakirjoihin sovelletaan lähtökohtaisesti velkakirjalain 5 luvun 34 §:n erityissäännöksiä. Joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana voi lain 34.1 §:n mukaan toimia vain julkisyhteisö tai kirjanpitovelvollinen. Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimii erillisyhtiö, jonka yritysmuotona on todennäköisesti osakeyhtiö.[337]

Arvopaperimarkkinalaki (AML) koskee sen 1 luvun 1.1 §:n mukaisesti arvopaperien saattamista yleiseen liikkeeseen. AML 1 luvun 2.1 §:n 2-kohdan mukaan arvopaperilla tarkoitetaan muun muassa osuutta joukkovelkakirjalainaan tai siihen rinnastettavaan velallisen sitoumukseen, joka on tarkoitettu yleiseen liikkeeseen saatettavaksi useiden samansisältöisten sitoumusten kanssa. Arvopaperimarkkinalaki soveltuu riippumatta siitä, tarjotaanko yleisölle julkisen vai yksityisen osakeyhtiön arvopapereita. Osakeyhtiölain 1 luvun 2.1 §:n mukaan yksityisen osakeyhtiön osakkeita ei kuitenkaan voida ottaa julkisen kaupankäynnin kohteeksi.

Tutkimuksen kohteena olevissa transaktiorakenteissa – niin yhden kuin kahden erillisyhtiön sisältävissä – oletuksena on se, että joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimivan erillisyhtiön yritysmuotona on julkinen osakeyhtiö. Jos joukkovelkakirjalaina lasketaan yleiseen liikkeeseen, sovelletaan arvopaperimarkkinalakia joukkovelkakirja-annin oikeudellisia kysymyksiä arvioitaessa.[338]

AML 2 luvun 3.1 §:n mukaan se, joka tarjoaa yleisölle arvopapereita tai hakee arvopaperin ottamista julkisen kaupankäynnin kohteeksi, on velvollinen julkistamaan arvopapereita koskevan esitteen ennen tarjouksen voimaantuloa. Jos arvopaperi on jo ennen uutta emissiota pörssilistalla tai vaihtoehtoisesti sitä haetaan otettavaksi pörssilistalle, on arvopaperin liikkeeseenlaskijan AML 2 luvun 3.2 §:n nojalla julkistettava listalleottoesite. Jos arvopapereita tarjotaan yleisölle, mutta arvopapereita ei haeta otettavaksi pörssilistalle, tulee liikkeeseenlaskijan AML 2 luvun 3.3 §:n nojalla julkistaa tarjousesite. Tarjousesitettä

---

[336] Pörssilistattua arvopaperia voidaan toki pitää sijoittajien kannalta likvideimpänä liikkeeseenlaskuvaihtoehtona. Todennäköistä kuitenkin on, että joukkovelkakirjojen potentiaalista ostajakuntaa ovat institutionaaliset sijoittajat ja näin ollen anti suunnattaneen vain niille. Tällöin listausta ei välttämättä haeta. Esimerkiksi euromarkkinoilla emittoituihin, yritysten liikkeeseenlaskemiin joukkovelkakirjalainoihin sijoittaneista vain 10 % on muita kuin institutionaalisia sijoittajia. *Dahlberg* 2001 s. 36.

[337] Yritysmuodon valinnasta tarkemmin jaksossa 3.2.

[338] Joukkovelkakirja ja yleisemmin arvopaperi lasketaan yleiseen liikkeeseen silloin, kun se liikkeeseenlaskuehtojen mukaisesti joutuu yleiseen vaihdantaan. Arvopaperi on yleisessä vaihdannassa, jos sen vaihdantaan voivat osallistua muutkin kuin vain ennalta määrätyn suppeahkon joukon jäsenet. Rata 2002 s. 2.

ei kuitenkaan tarvitse julkaista, jos liikkeeseen lasketaan AML 2 luvun 3.4 §:n mukaisesti velkasitoumuksia, jotka erääntyvät alle vuoden kuluessa niiden liikkeeseenlaskusta.

Listalleotto- ja tarjousesitteen laadintavelvollisuudesta on säädetty poikkeuksia valtiovarainministeriön asetuksessa listalleottoesitteestä (n:o 539/2002) sekä saman ministeriön asetuksessa tarjousesitteestä (n:o 540/2002). Nämä poikkeukset eivät ainakaan lähtökohtaisesti koske arvopaperistamistransaktiossa liikkeeseenlaskijana toimivaa erillisyhtiötä, joten haettaessa joukkovelkakirjoille pörssilistausta on liikkeeseenlaskijan julkistettava listalleottoesite.[339] Jos joukkovelkakirjoille ei haeta pörssilistausta, mutta niitä tarjotaan yleisölle, on liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön laadittava tarjousesite.

Joukkovelkakirjan listaaminen pörssiin lisää sen likvidiyttä ja saattaa myös alentaa liikkeeseenlaskijan rahoituskustannuksia. Näin ollen se on lähtökohtaisesti hyvä vaihtoehto niin sijoittajille kuin liikkeeseenlaskijallekin. On kuitenkin todennäköistä, että arvopaperistamisten yhteydessä liikkeeseenlaskettavat joukkovelkakirjalainat suunnataan suoraan institutionaalisille sijoittajille, jolloin pörssilistausta ei haeta. Näin meneteltäessä on myös mahdollista, että joukkovelkakirjaa ei katsota tarjottavan yleisölle, minkä vuoksi AML 2 luvun 3 §:n mukaista tarjous- tai listalleottoesitteen laatimisvelvollisuutta ei ole.[340]

Vaikka liikkeeseenlaskijan ei tulisikaan laatia tarjous- tai listalleottoesitettä, koskee tätä kuitenkin AML 2 luvun 2 §:n yleinen tiedonantovelvollisuus. Se, joka laskee yleiseen liikkeeseen arvopaperin, on velvollinen pitämään merkitsijöiden saatavilla riittävät tiedot arvopaperin arvoon olennaisesti vaikuttavista seikoista. Arvioitaessa tietojen olennaisuutta ja riittävyyttä lähtökohtana on pidettävä valtiovarainministeriön asetusta tarjousesitteen sisällöstä. Silloin, kun AML 2 luvun 3 §:n mukaista esitettä ei tarvitse laatia, valtiovarainministeriön asetuksen mukaisesta informaation tasosta voidaan poiketa vain, jos merkitsijöiden ammattimaisuutensa ja kokemuksensa puolesta voidaan katsoa ymmärtävän riittävän hyvin liikkeeseenlaskijan taloudellisen aseman ja tarjottavien arvopapereiden luonteen.[341]

Jos liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa joukkovelkakirjalaina lasketaan yleiseen liikkeeseen hakematta sitä pörssilistalle, on lähtökohtana se,

---

[339] Joukkovelkakirja-antien kannalta keskeisimmät poikkeukset koskevat kuitenkin lähinnä julkisyhteisöjen tai julkisyhteisöjen myötävaikutuksella toimivien yhteisöjen liikkeeseenlaskemia joukkovelkakirjalainoja ollen siten liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kannalta vähämerkityksisiä. Tästä tarkemmin jaksossa 6.2.

[340] Laissa tarkoitetun yleisölle tarjoamisen täyttyminen riippuu tarjouksen kohderyhmästä. Rahoitustarkastuksen kanta on, että arvopaperien tarjoaminen yli sadalle henkilölle on pääsääntöisesti yleisölle tarjoamista. Rata 2002 s. 3.

[341] Rata 2002 s. 2.

että annista laaditaan tarjousesite.[342] Jos sijoittajien lukumäärä jää niin alhaiseksi, ettei yleinen liikkeeseenlasku tule kyseeseen, on todennäköistä, että ammattimaisia sijoittajia koskeva poikkeus informaation vähimmäistason alittamisesta koskee joukkovelkakirja-antia, sillä merkitsijöinä ovat todennäköisesti institutionaaliset ja siten ainakin lähtökohtaisesti ammattimaiset sijoittajat.

Seuraavassa jaksossa tarkastellaan liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuutta liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa tilanteessa, jossa tulee julkistaa joko listalleotto- tai tarjousesite. Tämän lisäksi tutkitaan liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuutta tilanteessa, jossa joukkovelkakirjoja ei tarjota yleisölle. Koska ammattimaisia sijoittajia koskevan poikkeuksen soveltuessakin lähtökohtana tiedonantovelvollisuuden laajuutta määriteltäessä on tarjousesitettä koskeva sääntely, ei tämän liikkeeseenlaskuvaihtoehdon liikkeeseenlaskijalle asetettavaa tiedonantovelvollisuutta esitellä kuin pääpiirteissään.

6.2. Joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuus

Listalleottoesitteessä on AML 2 luvun 3.5 §:n nojalla annettava sijoittajalle riittävät tiedot perustellun arvion tekemiseksi arvopapereista ja niiden liikkeeseenlaskijasta.[343] Esitteessä on oltava AML 2 luvun 3.5 §:n mukaan olennaiset ja riittävät tiedot liikkeeseenlaskijan varoista, vastuista, taloudellisesta asemasta, tuloksesta ja tulevaisuudennäkymistä sekä tilauskannasta, jos se on liikkeeseenlaskijan toiminnan kannalta tärkeä, sekä arvopapereihin liittyvistä oikeuksista ja muista arvopaperien arvoon olennaisesti vaikuttavista seikoista.

Valtiovarainministeriö on listalleotto- ja tarjousesitteistä antamissaan asetuksissa selventänyt ja tarkentanut AML:n vaatimuksia.[344] Niin listalleottokuin myös tarjousesiteasetuksen 4 luvuissa säännellään joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuutta. Valtaosa näistä säännöksistä koskee teknisluontoisia tietoja itse joukkovelkakirjasta ja sen liikkeeseenlaskijasta.[345]

---

[342] Arvopaperistamisten yhteydessä järjestetyissä joukkovelkakirja-annissa liikkeeseenlaskettavat velkasitoumukset eivät käytännössä koskaan eräänny alle vuodessa liikkeeseenlaskusta, joten AML 2 luvun 3.4 §:n poikkeus ei sovellu.

[343] Perusteltu arvio tarkoittaa valistuneen sijoittajan muodostamaa käsitystä. HE 318/1992 s. 16.

[344] Jos joukkovelkakirjoille haetaan kotimaista pörssilistausta, on listauspaikkana tällöin Helsingin Pörssi, jonka säännöt tulee ottaa huomioon listalleottoesitettä laadittaessa. Koska kyseiset säännöt ovat teknisluontoisia eivätkä vaatine erityishuomiota liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion yhteydessä liikkeeseenlaskettavan joukkovelkakirjalainan kohdalla, ei tässä jaksossa tarkemmin tutkita pörssin sääntöjä.

[345] Tällaisia säännöksiä listalleottoasetuksen kohdalla ovat muun muassa 24 § (Yleisiä tietoja liikkeeseenlaskijasta, esimerkiksi nimi ja oikeudellinen muoto), 26 § (Tiedot liikkeeseenlaskijan pääomasta) sekä 30 § (Liikkeeseenlaskijan tilinpäätöstiedot ja osavuosikatsaus).

Arvopaperistamistransaktiossa liikkeeseenlaskijana toimii erillisyhtiö, joka on lähtökohtaisesti perustettu vain kyseistä transaktiota silmällä pitäen. Transaktion luonteen vuoksi voitaneen perustellusti katsoa, että tiedonantovelvollisuuden kannalta keskeisimpiä ovat näiden teknisluontoisten säännösten sijaan tiedot liikkeeseenlaskijan taloudellisesta asemasta ja tämän tulevaisuudennäkymiä koskevat tiedot.[346]

Valtiovarainministeriön listalleottoasetuksen 28 §:n mukaan listalleottoesitteessä on kerrottava liikkeeseenlaskijan taloudelliseen asemaan vaikuttavat yleiset tiedot. Näihin tietoihin kuuluu muun muassa yhteenveto siitä, miten liikkeeseenlaskijan toiminta tai tulos mahdollisesti riippuu rahoitus- tai muista vastaavista sopimuksista, jos nämä vaikuttavat olennaisesti liikkeeseenlaskijan liiketoiminnan tai kannattavuuteen.

Yhden erillisyhtiön arvopaperistamisrakenteessa[347] liikkeeseenlaskijana toimiva erillisyhtiö antaa operatiiviselle yhtiölle lainan, jonka takaisinmaksueristä saatavilla varoilla erillisyhtiö maksaa liikkeeseenlaskemansa joukkovelkakirjalainan korot ja lyhennykset. Voitaneen perustellusti katsoa, että pystyäkseen saamaan riittävät tiedot perustellun arvion tekemiseksi arvopapereista ja niiden liikkeeseenlaskijasta on sijoittajan saatava tietoa erillisyhtiön ja operatiivisen yhtiön lainasopimuksen ehdoista. Tämä vaatimus voidaan asettaa suoraan valtiovarainministeriön listalleottoasetuksen 28 §:n perusteella.

Lainasopimusta koskevaan tiedonantovelvollisuuteen sisältyy ainakin lainan takaisinmaksuehtojen, vakuuksien ja mahdollisten luottotukikeinojen julkistaminen. Sen sijaan tulkinnanvaraisempaa on se, voidaanko tiedonantovelvollisuus ulottaa koskemaan myös operatiivisen yhtiön harjoittaman liiketoiminnan yksityiskohtia, joita voivat olla esimerkiksi yhtiön käyttämät tuotantomenetelmät, jotka vaikuttavat operatiivisen yhtiön kykyyn maksaa laina takaisin. Koska on mahdollista, että operatiivinen yhtiö ei halua paljastaa ulkopuolisille liiketoimintansa yksityiskohtia erillisyhtiön liikkeeseenlaskeman joukkovelkakirjalainan listalleottoesitteessä, saattaa tilanne olla ongelmallinen sijoittajien tiedonsaannin kannalta.[348]

---

[346] Selvää toki on, että näistä teknisluontoisistakin seikoista tulee asianmukaisesti tiedottaa. Tässä tutkimuksessa keskitytään kuitenkin vain niihin tiedonantovelvollisuuksiin, jotka saattavat olla kattavuutensa suhteen tulkinnanvaraisia liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa.

[347] Kuvio 3, s. 163.

[348] Tässä tutkitaan sitä, missä laajuudessa lainsäädäntö edellyttää liikkeeseenlaskijan kertovan operatiivisen yhtiön liiketoiminnasta. Tämän lisäksi voidaan esittää kysymys onko operatiivisella yhtiöllä velvollisuus antaa näitä tietoja. Ongelmaa ei käytännön tasolla liene, sillä arvopaperistamistransaktion sopimuspaketissa sovittaneen siitä, että liikkeeseenlaskija on oikeutettu saamaan ne tiedot, jotka liikkeeseenlaskijan on lainsäädännön mukaan annettava.

Kahden erillisyhtiön transaktiorakenteessa[349] tilanne on vielä monimutkaisempi. Tässä rakenteessa liikkeeseenlaskija-erillisyhtiö lainaa joukkovelkakirjalainasta saatavat varat toiselle erillisyhtiölle, joka käyttää varat operatiivisen yhtiön osakekannan ostamiseen. Näin ollen operatiivinen yhtiö ei ole lainasuhteessa liikkeeseenlaskija-erillisyhtiöön, jolloin on mahdollista perustellusti kysyä, voidaanko operatiivinen yhtiö velvoittaa paljastamaan liiketoimintaansa koskevia yksityiskohtia joukkovelkakirjalainan listalleottoesitteessä.[350]

Yhden erillisyhtiön rakenteessa liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön tulos ja siten kyky maksaa joukkovelkakirjalaina takaisin perustuu täysin sille velallisena olevan operatiivisen yhtiön kykyyn tuottaa kassavirtoja. Pystyäkseen saamaan riittävät tiedot perustellun arvion tekemiseksi arvopapereista ja niiden liikkeeseenlaskijasta on sijoittajien saatava kenties varsin yksityiskohtaisiakin tietoja operatiivisen yhtiön liiketoiminnasta.

Kahden erillisyhtiön rakenteessa operatiivisen yhtiön liiketoimintaa koskeva tiedonantovelvollisuus lienee ainakin lähtökohtaisesti vähäisempi, sillä erillisyhtiön vastapuolena lainasopimuksessa ei ole operatiivinen yhtiö vaan sen omistaja (Erillisyhtiö 1). Näin ollen herääkin kysymys siitä, voidaanko tiedonantovelvollisuus ulottaa koskemaan liikkeeseenlaskijan sopimuskumppanin tytäryhtiöiden liiketoimintaa. Valtiovarainministeriön listalleottoasetuksen 28 §:stä tätä tiedonantovelvollisuutta ei voitane ainakaan suoraan johtaa.

Valtiovarainministeriön listalleottoasetuksen 34 §:ssä säännellään liikkeeseenlaskijan tulevaisuudennäkymiä koskevien tietojen julkaisemista. Listalleottoesitteessä on kerrottava tiedot liikkeeseenlaskijan näkymistä ainakin kuluvalta tilikaudelta. Tulevaisuudennäkymät voidaan saman säännöksen nojalla jättää rahoitustarkastuksen esitteen hyväksymisen yhteydessä antamalla suostumuksella esittämättä. Jos tulevaisuudennäkymiin liittyy olennaisia epävarmuustekijöitä, on näistä kuitenkin ilmoitettava erikseen.

Listalleottoasetuksen 34 §:n määräysten pohjalta liikkeeseenlaskija itse arvioi, missä laajuudessa, miltä osin ja miltä ajanjaksolta se tulevaisuudennäkymiään esittää.[351] Liikkeeseenlaskijan arvioiden ja tulevaisuudennäkymien on kuitenkin oltava perusteltuja eli esitteeseen on sisällytettävä ne seikat, joihin esitetyt käsitykset tulevasta kehityksestä perustuvat. Tulevaisuudennäkymiin

[349] Kuvio 4, s. 165.

[350] Englannissa on katsottu, että liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön tiedonantovelvollisuus kattaa vain erillisyhtiöiden lainasopimuksen yksityiskohdat eikä operatiivisen yhtiön liiketoimintaan liittyviä seikkoja tarvitse julkistaa listalleottoesitteessä. *Xin* 2000 (a) s. 27 ja *Mannix* 1999 s. 14. Tämä voi olla lainsäädännöllisesti mahdollista, mutta voidaan perustellusti kysyä, ovatko sijoittajat valmiit sijoittamaan antiin, josta he saavat vain hyvin rajoitetusti tietoa.

[351] Tulevaisuudennäkymien on oltava selkeästi erotettavissa liikkeeseenlaskijan liiketoimintastrategioita, yleisiä tavoitteita ja toimialan näkymiä kuvaavista tiedoista. Rata 2002 s. 2.

vaikuttavat riskitekijät on myös julkaistava listalleottoesitteessä. Tällaisia riskitekijöitä ovat muun muassa sellaiset seikat, jotka tyypillisesti liittyvät juuri liikkeeseenlaskettavaan arvopaperiin, liikkeeseenlaskijayritykseen tai siihen toimialaan, jolla yritys toimii.[352]

Joukkovelkakirjojen, myös liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa liikkeeseenlaskettavien, juoksuajat ovat usein pitkiä ja lyhimmilläänkin useita vuosia. Liikkeeseenlaskijalta ei voitane kuitenkaan edellyttää arvioita tulevaisuudennäkymistä pidemmältä ajanjaksolta kuin liikkeeseenlaskua seuraavalta muutamalta vuodelta. Sen sijaan tulevaisuudennäkymiin vaikuttavia riskitekijöitä koskeva tiedonantovelvollisuus saattaa olla liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kohdalla varsin laaja, onhan liikkeeseenlaskijan tulos riippuvainen sen ainoan tulonlähteen eli operatiivisen yhtiön ja kahden erillisyhtiön mallissa Erillisyhtiö 1:n maksukyvystä. Näistä riskitekijöistä tiedottaminen edellyttänee myös operatiivisen yhtiön liiketoimintaa koskevien tietojen ainakin jonkinasteista paljastamista. Näin ollen listalleottoasetuksen 34 § perustaa liikkeeseenlaskijalle varsin laajan operatiivisen yhtiön liiketoimintaa koskevan tiedonantovelvollisuuden.

Sijoittajien tiedonsaantioikeus operatiivisen yhtiön liiketoiminnasta voidaan kuitenkin johtaa myös AML 2 luvun 2 §:stä, jonka mukaan se, joka laskee yleiseen liikkeeseen arvopaperin, on velvollinen pitämään merkitsijöiden saatavilla riittävät tiedot arvopaperin arvoon olennaisesti vaikuttavista seikoista. Voitaneen katsoa, että joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuvarat tuottavaa liiketoimintaa koskevat tiedot vaikuttavat olennaisesti arvopaperin arvoon. Siksi seikat, jotka vaikuttavat operatiivisen yhtiön kykyyn tuottaa liikkeeseenlaskijaerillisyhtiön antaman lainan takaisinmaksuun käytettävät varat, on julkistettava listalleottoesitteessä.

Näin ollen vaikka valtiovarainministeriön listalleottoasetuksessa asiaa ei suoraan säännelläkään, voidaan liikkeeseenlaskijan katsoa olevan velvoitettu julkistamaan operatiivisen yhtiön liiketoimintaa koskevia seikkoja, jos ne voivat olennaisesti vaikuttaa arvopaperin arvoon. Näin on, vaikka operatiivinen yhtiö tai sen omistaja pitäisikin tietoja sellaisina, ettei niistä olisi esimerkiksi kilpailullisista syistä järkevää julkisesti tiedottaa. Transaktion onnistumisen kannalta on myös syytä huomata, että ellei näitä tietoja julkaista, on todennäköistä, että sijoittajien löytäminen on vaikeaa. Tästä syystä voidaan myöskin katsoa, ettei liiketoiminnan arvopaperistamistransaktio sovellu yhtiölle, joka haluaa mahdollisimman laajasti salata liiketoimintaansa koskevaa tietoa.

Liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuutta voidaan rahoitustarkastukselle tehtävästä hakemuksesta rajata haettaessa arvoperille pörssilistausta. Valtiova-

[352] *Ibidem*.

rainministeriön listalleottoasetuksen 2 luvun 6 §:ssä määrätään poikkeuksia listalleottoesitteen julkistamisesta. Joukkovelkakirjalainoja koskevat poikkeukset kohdistuvat lainoihin, jotka lasketaan liikkeeseen osana joukkovelkakirjaohjelmaa (6.1 §:n 4-kohta) sekä julkisyhteisöjen tai julkisyhteisöjen myötävaikutuksella toimivien yhteisöjen liikkeeseenlaskemiin joukkovelkakirjalainoihin (6.1 §:n 13–16-kohdat). Näin ollen valtiovarainministeriön säätämät poikkeukset eivät ainakaan lähtökohtaisesti ole relevantteja liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion kannalta.

Jos joukkovelkakirjoja tarjotaan rajatulle, sijoitusasioihin erityisesti perehtyneiden sijoittajien joukolle, voi rahoitustarkastus valtiovarainministeriön listalleottoesitteestä antaman asetuksen 2 luvun 7.3 §:n mukaan myöntää poikkeuksen joidenkin tietojen julkistamisesta kokonaan tai siten, että tiedot otetaan esitteeseen tiivistelmän muodossa. Edellytyksenä poikkeuksen saamiselle on se, että tietojen merkitys on arvopaperista tehtävän perustellun arvion tekemiseksi vähäinen. Aiemmin mainituin tavoin ei voitane katsoa, että operatiivisen yhtiön liiketoimintaa koskevien tietojen merkitys olisi sanotulla tavalla vähäinen eikä rahoitustarkastus voine myöntää poikkeusta listalleottoasetuksen 2 luvun 7.3 §:n perusteella.

Jos joukkovelkakirjoille ei haeta pörssilistausta, mikä on liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa varsin todennäköistä, soveltuvat joukkovelkakirjaantiin lähtökohtaisesti tarjousesitettä koskevat säännökset.[353] Tarjousesitteessä on AML 2 luvun 3.4 §:n nojalla annettava riittävät tiedot arvion tekemiseksi arvopaperista ja niiden liikkeeseenlaskijasta. Näin ollen tarjousesitettä koskee lähtökohtaisesti samanlainen tiedonantovelvollisuus kuin listalleottoesitettä.

Tarjousesitettä ei voida pitää liikkeeseenlaskijan kannalta juurikaan listalleottoesitettä ”keveämpänä” vaihtoehtona, sillä arvopaperimarkkinalain ohella myös valtiovarainministeriön tarjousesitettä koskeva asetus määrää tarjousesitteelle muutamaa vähäistä poikkeusta lukuun ottamatta yhtä yksityiskohtaisen vähimmäissisällön kuin listalleottoasetus listalleottoesitteelle. Tarjousasetuksen mukaan tarjousesitteessä on kerrottava muun muassa liikkeeseenlaskijan vastuista ja rahoitusasemasta (24 §), liikkeeseenlaskijan muista sitoumuksista kuten sen antamista lainoista (25 §) sekä liikkeeseenlaskijan tulevaisuudennäkymistä (26 §), joten ero listalleottoesitteen vähimmäissisältöön on varsin pieni arvopaperistamistransaktion yhteydessä.

Tarjousesitteen julkistamisvelvollisuudesta on myös säädetty eräitä poikkeuksia. Valtiovarainministeriön asetusta tarjousesitteestä ei sovelleta sen 2 lu-

[353] Annin suuntaaminen suoraan institutionaalisille sijoittajille nopeuttaa emission aikataulua ja on siten todennäköisesti pörssilistausta edullisempi vaihtoehto. Vaikkei velvollisuutta listalleottoesitteen laatimiseen olisikaan, voi liikkeeseenlaskija AML 2 luvun 3.3 §:n nojalla tarjousesitteen asemasta julkistaa listalleottoesitteen.

vun 6.1 §:n 2-kohdan mukaan silloin, jos arvopapereita tarjotaan ennalta määritellylle suppealle joukolle.[354] Saman momentin 4-kohdan mukaan tarjousesitettä ei tarvitse julkistaa, jos tarjottavia arvopapereita ei voi hankkia 40.000 euroa pienempää vastiketta vastaan tai nimellis- taikka vasta-arvoltaan tätä pienempinä osuuksina.

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion yhteydessä on todennäköistä, että liikkeeseenlaskettavaan joukkovelkakirjaan edes potentiaalisesti sijoittavien piiri on varsin pieni ja näin ollen anti suunnataan heille. On myös mahdollista, että suunnattaessa anti institutionaalisille sijoittajille yksittäisen merkinnän minimisuuruudeksi asetetaan yli 40.000 euroa. Näissä tapauksissa liikkeeseenlaskijalla ei olisi velvollisuutta tarjousesitteen julkistamiseen. On kuitenkin todennäköistä, että sijoittajat näissäkin tilanteissa vaativat esitteen julkistamista, koska liiketoiminnan arvopaperistaminen on lähtökohtaisesti monimutkainen transaktio, josta tiedon saaminen ilman liikkeeseenlaskijan apua on vaikeaa.

Vastaavalla tavoin epätodennäköistä on, että arvopaperistamistransaktion yhteydessä liikkeeseenlaskija-erillisyhtiö voisi rahoitustarkastuksen päätöksellä saada luvan olla julkistamatta operatiivisen yhtiön liiketoimintaa koskevia seikkoja. Rahoitustarkastus voi tarjousesiteasetuksen 2 luvun 7 §:n mukaisesti päättää, ettei jotakin asetuksessa tarkoitettua tietoa ole otettava tarjousesitteeseen. Tämän vapautuksen edellytyksenä on erityinen syy, josta esimerkkinä on mainittu se, että tieto on luonteeltaan vähäinen eikä se ole omiaan vaikuttamaan liikkeeseenlaskijan varojen, vastuiden, taloudellisen aseman, tuloksen tai tulevaisuudennäkymien arviointiin. Lienee selvää, etteivät operatiivista yhtiötä koskevat tiedot ole tällä tavalla vähäisiä. On myös vaikea löytää muita erityisiä syitä, jotka oikeuttaisivat liikkeeseenlaskijan olemaan julkistamatta operatiivisen yhtiön liiketoimintaa koskevia seikkoja ja siten rajaamaan sijoittajien tiedonsaantioikeutta.

Yhteenvetona voidaan sanoa, että liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiossa joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskijana toimivan erillisyhtiön tiedonantovelvollisuus ei ole lain mukaan kovin laaja, jos joukkovelkakirjoja tarjotaan ennalta määritellylle suppealle joukolle. Tällaisessa tapauksessa listalleotto- tai tarjousesitteen laatimisvelvollisuutta ei ole. AML 2 luvun 2 §:n tiedonantovelvollisuutta koskevan yleissäännöksen nojalla voidaan kuitenkin

[354] Tarjousesiteasetuksen 2 luvun 6 §:n muut poikkeukset ovat luonteeltaan sellaisia, etteivät ne lähtökohtaisesti sovellu liiketoiminnan arvopaperistamistransaktion yhteydessä järjestettävään joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlaskuun. Esimerkkeinä näistä poikkeuksista voidaan mainita esimerkiksi arvopaperien tarjoaminen henkilöille heidän elinkeinoonsa liittyen tai järjestely, jossa työnantajayritys tarjoaa arvopapereita henkilöstölleen.

katsoa, että liikkeeseenlaskija-erillisyhtiöllä voi olla varsin laajakin tiedonantovelvollisuus operatiivisen yhtiön kyvystä tuottaa joukkovelkakirjalainan takaisinmaksuun käytettävät kassavirrat, jos joukkovelkakirjalaina lasketaan yleiseen liikkeeseen.[355]

Tiedonantovelvollisuuden laajuudesta edellä lausuttu koskee myös synteettisen listautumisannin mahdollistavaa kahden erillisyhtiön transaktiorakennetta. Voidaankin katsoa, ettei Suomen arvopaperimarkkinalainsäädäntö mahdollista liikkeeseenlaskija-erillisyhtiön tiedonantovelvollisuuden kaventamista samalla tavoin kuin Englannissa, jossa kahden erillisyhtiön transaktiorakenteen merkittäväksi eduksi on luettu liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuuden rajoittuminen sen toiselle erillisyhtiölle myöntämän lainan ehtoihin.

7. KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA

7.1. Tutkimustuloksista

Yrityksen omistaman liiketoiminnan arvopaperistamista voidaan kansainvälisistä transaktioista saatujen kokemusten perusteella pitää liiketaloudellisesti järkevänä tapana hankkia varoja suoraan rahoitusmarkkinoilta. Se, että arvopaperistamistransaktion kohteena on suomalainen liiketoiminta, ei ainakaan lähtökohtaisesti poista transaktion arvopaperistajalle tuomia rahoituksellisia hyötyjä. Vaikka järjestely olisikin laskennallisesti edullinen ratkaisu, ei tämä kuitenkaan vielä merkitse sitä, että järjestely voidaan toteuttaa. Transaktion toteuttamiskelpoisuuden määrittelyssä keskeinen tekijä on se lainsäädäntöympäristö, jonka puitteissa järjestely on suunniteltu toteutettavan.[356]

Tämän tutkimuksen tehtävänä on ollut kartoittaa ja analysoida niitä edellytyksiä, jotka Suomen lainsäädäntö luo täysin kotimaiselle liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiolle.[357] Keskeisin näistä edellytyksistä on se, ettei mikään

[355] Vaikka erillisyhtiön varsin laajaa tiedonantovelvollisuutta ei voitaisi konstruoida tämän yleissäännöksen varaan, on kuitenkin ilmeistä, että sijoittajat vaativat saada tietoa operatiivisen yhtiön liiketoiminnasta.

[356] Toki on muistettava, että lainsäädännön monimutkaisuus tai sen arvopaperistajalle asettamat vaatimukset voivat nostaa transaktiokustannukset niin korkeiksi, ettei järjestelyä voida pitää taloudellisesti toteuttamiskelpoisena.

[357] Täydellä kotimaisuudella tarkoitetaan siis tilannetta, jossa koko liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioon sovelletaan Suomen lakia. Kotimaisuus pitää sisällään myös sen, että joukkovelkakirjalainan liikkeeseenlasku tapahtuu Suomessa sijaitsevan erillisyhtiön toimesta kotimaisille rahoitusmarkkinoille.

transaktion keskeinen osa ole suoraan lainsäädännön tasolla kielletty. Jos tämä edellytys ei täyty, vaatii transaktion toteuttaminen lainsäädännöllisiä muutoksia.

Liiketoiminnan arvopaperistamistransaktiota tässä tutkimuksessa esitetyssä perusmuodossaan (yhden erillisyhtiön rakenne) voidaan pitää varsin toteuttamiskelpoisena puhtaasti kotimaisena järjestelynä. Näin ollen transaktiorakenne voidaan rakentaa siten, että tarvittaessa kaikki järjestelyn osapuolet ovat suomalaisia. Myöskään transaktion yhteydessä järjestettävän joukkovelkakirjaemission kohdistamiselle kotimaisille markkinoille ei ole lainsäädännöllisiä esteitä.

Joukkovelkakirjasijoittajien maksunsaannin turvaksi annettujen kattavien vakuuksien ensisijaisena merkityksenä ei ole niiden realisaatioarvo pakkotäytäntöönpanossa vaan se, että niiden antamisella yhden tahon hyväksi voidaan poistaa riski siitä, että muut kuin transaktioon osalliset tahot voisivat panttiseparatisteina realisoida elinkeinon harjoittamisen kannalta tärkeää omaisuutta. Järjestelyn onnistumisen kannalta keskeisimmän transaktion osan eli kattavan vakuuskokonaisuuden rakentaminen onnistuu kotimaisessakin transaktiossa siten, että vakuuskokonaisuuden turvaava vaikutus on ainakin lähellä sitä tasoa, mitä se on ollut ulkomailla toteutetuissa liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioissa.

Tämän tutkimuksen perusteella vaikuttaa myös siltä, että Suomen insolvenssilainsäädäntö turvaa riittävällä tavalla velkojien maksunsaantiasemaa antamalla heille oikeuden jatkaa operatiivisen yhtiön liiketoimintaa. Lähtökohtaisestihan insolvenssisäännösten tutkiminen on lähinnä teoreettista problematisointia, sillä arvopaperistamisen kohteena olevan liiketoiminnan on oltava luonteeltaan sellaista, että sitä harjoittavan yhtiön todennäköisyys ajautua maksukyvyttömyystilaan on minimaalisen pieni. Koska transaktion onnistuminen on viime kädessä kiinni sijoittajien sitä kohtaan osoittamasta mielenkiinnosta, on sijoittajille kuitenkin pystyttävä osoittamaan, ettei heidän maksunsaantinsa vaarannu edes operatiivisen yhtiön – siis erittäin epätodennäköisessä – insolvenssitilanteessa.

Kehittyneempi ja erityisesti yrityskaupparahoituksen kannalta hyvin mielenkiintoinen kahden erillisyhtiön transaktiorakenne ei ole toteuttamiskelpoinen ainakaan siinä muodossa, jossa vastaavia transaktioita on tehty ulkomailla. Keskeisimmän ongelman rakenteelle aiheuttaa osakeyhtiölain 12 luvun 7 §:n vakuudenantokielto, jonka vuoksi transaktion edellyttämän kattavan vakuuskokonaisuuden rakentaminen on erittäin vaikeaa. Vakuudenantokielto aiheuttaa välillisesti myös sen, että operatiivisen yhtiön liiketoiminnan jatkaminen sen insolvenssitilanteessa vaikeutuu merkittävästi.

Kokoavasti voidaan todeta, että lähinnä yrityksen rahoitusaseman parantamiseen tähtäävä liiketoiminnan arvopaperistaminen on mahdollista Suomessa.

Sen sijaan muutamien ulkomailla tehtyjen yrityskauppojen yhteydessä erittäin käyttökelpoiseksi todettu synteettisen listautumisannin mahdollistava kahden erillisyhtiön transaktiorakenne ei ainakaan sellaisenaan sovi suomalaiseen lainsäädäntöjärjestelmään. Sinänsä tämänkään transaktion mahdollistaminen ei edellyttäisi suuria lainsäädännöllisiä muutoksia. Lienee kuitenkin epätodennäköistä, että yrityksen velkojien asemaa ja osakkeenomistajien yhdenvertaisuutta turvaamaan laadittuja säännöksiä muutettaisiin sen vuoksi, että suomalaisille rahoitusmarkkinoille voitaisiin luoda uusi rahoitusjärjestely, joka tosiasiallisesti koskisi vain erittäin harvoja toimijoita.

7.2. Tornator Finance p.l.c. – Ensimmäinen kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistamistransaktio

Stora Enso Oyj julkaisi toukokuussa 2002 suunnitelman konsernin Suomen metsien omistusjärjestelyistä.[358] Yhtiö siirsi omistusjärjestelyjä koskevan ohjelman mukaisesti 600.000 hehtaaria metsää ja niihin liittyvän liiketoiminnan perustamansa uuden yhtiön, Tornator Oy:n, omistukseen. Joulukuussa 2002 yhtiö ilmoitti myyneensä suunnitelmiensa mukaisesti suurimman osan omistamistaan Tornatorin metsäosakkuusyhtiöiden osakkeista institutionaalisten sijoittajien perustamalle uudelle yhtiölle.[359]

Osakekaupat rahoitettiin joukkovelkakirjalainalla, jonka laski liikkeeseen irlantilainen Tornator Finance p.l.c. -yhtiö. Liikkeeseenlaskettujen velkakirjojen takaisinmaksuun käytettävät varat saadaan ensisijaisesti Tornatorin ja sen metsäosakkuusyhtiöiden metsänhoitopalvelujen sekä niiden omistamien metsäkiinteistöjen myynnistä saatavilla kassavirroilla.[360] Joukkovelkakirjalainan vakuutena ja sijoittajien maksunsaannin turvana ovat Tornatorin ja sen metsäosakkuusyhtiöiden kiinnitetty metsäomaisuus sekä metsien myynnistä ja muusta liiketoiminnasta tulevaisuudessa saatavat kassavirrat.[361]

Tämä järjestely on ensimmäinen rahoitustransaktio, jossa arvopaperistetaan Suomessa harjoitettavan liiketoiminnan tulevaisuudessa tuottamat kassavirrat.[362] Järjestelyllä tähdätään Stora Enso Oyj:n taseen vahvistamiseen omistus-

---

358 Stora Enso Oyj yhtiötiedote 16.5.2002.

359 Stora Enso Oyj yhtiötiedote 4.12.2002.

360 Tornator 2002 s. 7.

361 *Ibidem*.

362 Järjestelyä on pidetty rakenteellisesti erittäin innovatiivisena ja transaktiolle on tämän vuoksi myönnetty muun muassa vuoden 2002 eurooppalaisen arvopaperistamistransaktion palkinto (”Securitization Deal of the Year”) johtavan rahoitusjuridiikan aikakausjulkaisun vuosittaisessa kilpailussa. IFLR 2003 s. 30.

järjestelyjen avulla, minkä vuoksi transaktiorakenne on eroaa hieman tässä tutkimuksessa esitetyistä transaktiomalleista.[363] Järjestely eroaa tämän tutkimuksen transaktiorakenteista myös siinä suhteessa, että Tornator Finance p.l.c. laski joukkovelkakirjalainan liikkeeseen Irlannissa eikä Suomessa.

Näistä eroista huolimatta voitaneen katsoa, että Tornator-transaktio tukee tämän tutkimuksen tuloksia siitä, että kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistaminen on juridisesti mahdollista. Järjestelyn onnistumisen kannalta keskeiset vakuus- ja insolvenssioikeudelliset säännökset eivät aseta merkittäviä esteitä kotimaisen liiketoiminnan arvopaperistamiselle.[364] Lisäksi transaktio antaa viitteitä siitä, että liiketoiminnan arvopaperistaminen voi olla myös liiketaloudellisesti järkevää.

Päätös liiketoiminnan arvopaperistamistransaktioon ryhtymisestä on liiketoimintapäätös, joten viime kädessä järjestelyn toteuttamiskelpoisuuden ratkaisee se, millaisia kuluja rahoitusjärjestelyn lokalisointi tuo suhteessa sen tuottamiin etuihin. Yhden transaktion perusteella ei vielä voida sanoa, onko liiketoiminnan arvopaperistamismallia mahdollista ja järkevää soveltaa Suomessa laajemminkin.[365] Koska liiketoiminnan arvopaperistamisessa on kysymys uudentyyppisestä ja siten vielä varsin tuntemattomasta rahoitusmallista, riippuu järjestelyn tosiasiallinen toteuttamiskelpoisuus myös suomalaisten yhtiöiden riskinottokyvystä ja -halusta. Näiden tekijöiden analysointi kuuluu kuitenkin juridisen ongelmakentän ja siten tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

---

[363] Transaktion rakenteesta tarkemmin Tornator 2002 s. 8.

[364] Koska Tornator-transaktion keskeisenä osana on osakekauppa, on osakeyhtiölain 12 luvun 7.3 §:n vakuudenantokielto relevantti myös tämän transaktion kannalta. Tornator-transaktion vakuusjärjestelyjen yhtiöoikeudellinen analysointi olisi mielenkiintoista, mutta valitettavasti se ei ole mahdollista tämän tutkimuksen puitteissa.

[365] Laajemmalla sovellettavuudella tarkoitetaan tässä sitä, että myös muuta kuin metsäomaisuuden käyttöön ja realisointiin perustuvaa liiketoimintaa olisi mahdollista arvopaperistaa. Selvää joka tapauksessa on, että potentiaalisten arvopaperistajien joukko on melko suppea jo sen vuoksi, että arvopaperistajan harjoittaman liiketoiminnan tulee olla suuruusluokaltaan merkittävää.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aarnio 1989
Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Juva 1989.
Airaksinen – Jauhiainen 2000
Airaksinen, Manne – Jauhiainen, Jyrki: Osakeyhtiölain uudistaminen – Tavoitteena kilpailukykyisempi yhtiöoikeus. Helsinki 2000.
Andersson 1995
Andersson, Per-Ulrik: Legal Säkerhetsstruktur, teoksessa *Månsson, Fredrik – Andersson, Per-Ulrik (toim):* Värdepapperisering – Securitisation, s. 84–95. Tukholma 1995.
Anttila 1996
Anttila, Tapio: Pankki, riskit ja sääntely – Oikeustieteellinen tutkimus mahdollisuuksista sääntelyllä hallita pankin riskejä. Helsinki 1996.
Aro 1971
Aro, Pirkko-Liisa: Säätiön tarkoituksesta ja se toteuttamisen takeista. Porvoo 1971.
Brealey – Myers 2000
Brealey, Richard – Myers, Stewart: Principles of Corporate Finance. McGraw-Hill 2000.
Brinkworth 2002
Brinkworth, Stuart: Football Turns to Securitization to Fund Growth. International Financial Law Review, February 2002, s. 13–15.
Buerger 1991
Buerger, Theodore: The Risks of Asset-backed Securities: Lessons from History, teoksessa *Zoe Shaw (toim.):* International Securitisation, s. 14–33. MacMillan Publishers Limited, Bristol 1991.
Burn 1990
Burn, E.H.: Maudsley and Burn's Trusts and Trustees: Cases and Materials (4. painos). Butterworths, Lontoo 1990.
Craik 1991
Craik, Julie: The Role of the Trustee in Issues of UK Mortgage-backed Securities, teoksessa *Zoe Shaw (toim.):* International Securitisation, s. 319–346. MacMillan Publishers Limited, Bristol 1991.
Chitty 1999
Chitty, Joseph: Chitty on Contracts (28. painos). Sweet & Maxwell, Lontoo 1999.

Dahlberg 2001
Dahlberg, Tomi: Muuttuvat pääomamarkkinat ja niiden hyödyntäminen. Materiaalia IIR Finland Oy:n Rahoitusinstrumentit ja pääomamarkkinat -seminaarista. Hotelli Radisson SAS Royal 10.–11.9.2001.
Din 2000
Din, Steve: Understanding Securitisation in the Context of Corporate Recapitalisations and Acquisitions. Journal of International Banking Law 2000, s. 128–132.
DTTI 1993
Deloitte Touche Tomatsu International: Guide to Insolvency in Europe. CCH International, Reading 1993.
ERIG 2002
The European Restructuring and Insolvency Guide. White Page, Lontoo 2002.
ESF 2002
European Securitisation Forum: A Framework for European Securitisation. Lontoo 2002.
Fennica 2001
Fennica No. 6 p.l.c.: Offering Circular. Lontoo 2001.
Francis – Stow 2001
Francis, Steve – Stow, Richard: Securitization: the Strategic Rationale and Shareholder Value Benefits. *Euroweek* November 2001, s. 14–17.
von und zu Fraunberg 2001
von und zu Fraunberg, Mikael: Arvopaperistaminen riskienhallinnan näkökulmasta. Materiaalia Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan ”Rahoitusmuotojen oikeudellinen kehittäminen ja asiantuntijaorganisaation metodit” -kurssilta 12.11.2001.
Gaitskell 1991
Gaitskell, Bruce: The Securitisation Issuer’s Perspective, teoksessa *Zoe Shaw (toim.):* International Securitisation, s. 50–63. MacMillan Publishers Limited, Bristol 1991.
Grinblatt – Titman 1998
Grinblatt, Mark – Titman, Sheridan: Financial Markets and Corporate Strategy. McGraw-Hill 1998.
Haapaniemi 2001
Haapaniemi, Ossi: The Use of SPV’s in Finland. Materiaalia Euromoney Legal Training -seminaarista ”Cross Border Securitisation in Finland”. Hotelli Radisson SAS Plaza 13–14.12.2001.

Haas 1996
Haas, Jeffrey J.: Directorial Fiduciary Duties in a Tracking Stock Equity Structure: the Need for a Duty of Fairness. Michigan Law Review 1996, s. 2089–2157. Michigan 1996.
Halila 1998
Halila, Heikki: Säätiöoikeuden tutkimuskysymyksiä. Lakimies 1998, s. 18–37.
Halila 1983
Halila, Jouko: Konkursrätten i huvuddrag. Vammala 1983.
Havansi 1979
Havansi, Erkki: Panttioikeus osakkeeseen – Ensimmäinen osa. Helsinki 1979.
Havansi 1991
Havansi, Erkki: Suomen konkurssioikeus (2. painos). Helsinki 1991.
Havansi 1992
Havansi, Erkki: Esinevakuusoikeudet (2. painos). Jyväskylä 1992.
Havansi 2002
Havansi, Erkki: Konkurssin ja konkurssioikeuden peruslähtökohdat, teoksessa *Koulu, Risto – Havansi, Erkki – Niemi-Kiesiläinen, Johanna:* Insolvenssioikeus, s. 93–100. Juva 2002.
Hay 2002
Hay, John: Whole Business Securitisation – Glamour and Substance. Structured Finance International, August 2002, s. 16–25.
Helman 1991
Helman, Candy: Developments in Financing Techniques, teoksessa *Zoe Shaw (toim.):* International Securitisation, s. 75–84. MacMillan Publishers Limited, Bristol 1991.
Hemmo 2001
Hemmo, Mika: Pankkioikeus. Jyväskylä 2001.
Henderson 1997
Henderson, John: Asset Securitization – Current Techniques and Emerging Market Applications. Euromoney Publications PLC 1997.
Henderson – Scott 1988
Henderson, John – Scott, Jonathan P.: Securitization. Woodhead-Faulkner Limited, Lontoo 1988.
Huhtamäki 1996
Huhtamäki, Ari: Arvopaperistaminen – Tulevaisuuden rahoitusmuoto, teoksessa *Saarnilehto, Ari (toim.):* Vastuun samaistuksesta ja muita kirjoituksia, s. 157–196. Turku 1996.

Håstad 1994
Håstad, Torgny: Sakrätt avseende lös egendom (5. painos). Tukholma 1994.
IFLR 2003
International Financial Law Review: The IFLR European Awards. International Financial Law Review, April 2003, s. 25–33.
Kaisto 1999
Kaisto, Janne: Sopimusvapaus ja saatavan siirto, teoksessa Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta, s. 135–153. Helsinki 1999.
Kaisto 2001
Kaisto, Janne: Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Helsinki 2001.
Kendall 1996
Kendall, Leon T.: Securitization: A New Era in American Finance, teoksessa *Kendall*, *Leon T. – Fishman, Michael J. (toim.)*: A Primer on Securitization, s. 1–16. The MIT Press, Massachusetts 1996.
Koski – Immonen 1990
Koski, Pauli – Immonen, Raimo: Henkilöyhtiöt yritysmuotona. Jyväskylä 1990.
Koulu 1984
Koulu, Risto: Saatavan ulosmittaus. Mikkeli 1984.
Koulu 2002 (a)
Koulu, Risto: Velkojien autonomian periaate konkurssipesän hallinnossa, teoksessa *Koulu, Risto – Havansi, Erkki – Niemi-Kiesiläinen, Johanna:* Insolvenssioikeus, s. 213–220. Juva 2002
Koulu 2002 (b)
Koulu, Risto: Konkurssipesän omaisuuselvittely, teoksessa *Koulu, Risto – Havansi, Erkki – Niemi-Kiesiläinen, Johanna:* Insolvenssioikeus, s. 239–256. Juva 2002.
Koulu 2002 (c)
Koulu, Risto: Yrityssaneeraus, teoksessa *Koulu, Risto – Havansi, Erkki – Niemi-Kiesiläinen, Johanna:* Insolvenssioikeus, s. 437–536. Juva 2002.
Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio 2002
Kyläkallio, Juhani – Iirola, Olli – Kyläkallio, Kalle: Osakeyhtiö. Helsinki 2002.
Leppiniemi – Puttonen 1996
Leppiniemi, Jarmo – Puttonen, Vesa: Yrityksen rahoitus. Porvoo 1996.
Mannix 1999
Mannix, Rob: Combining the Benefits of Debt and Equity. International Financial Law Review, August 1999, s. 12–16.

Marsland-Shaw 1991
Marsland-Shaw, Lionel J.: Standard & Poor's View, teoksessa *Zoe Shaw (toim.):* International Securitisation, s. 212–222. MacMillan Publishers Limited, Bristol 1991.
Martikainen 2000
Martikainen, Teppo: Rahoituksen perusteet. Juva 2000.
Moody's 2000
Moody's: Whole Business Securitisations: A Unique Opportunity for UK Assets. Lontoo 2000.
Moody's 2001
Moody's: The Combined Use of Qualitative Analysis and Statistical Models in the Rating of Securitizations. New York 2001.
Moody's 2002
Moody's: Moody's Approach to Rating Operating Company Securitizations. New York 2002.
Månsson 1995 (a)
Månsson, Fredrik: Vad är värdepapperisering?, teoksessa *Månsson, Fredrik – Andersson, Per-Ulrik (toim):* Värdepapperisering – Securitisation, s. 11–23. Tukholma 1995.
Månsson 1995 (b)
Månsson, Fredrik: Värdepapperisering av krediter, teoksessa *Månsson, Fredrik – Andersson, Per-Ulrik (toim.)*: Värdepapperisering – Securitisation, s. 24–31. Tukholma 1995.
Nydrén 1995
Nydrén, Birger: Om kreditrisker och juridiska risker vid värdepapperisering, teoksessa *Månsson, Fredrik – Andersson, Per-Ulrik (toim.)*: Värdepapperisering – Securitisation, s. 65–83. Tukholma 1995.
Ojanen – Sutinen 1991
Ojanen, Ilmari – Sutinen, Juhani: Yrityskiinnitys (2. uudistettu painos). Tampere 1991.
Olsson 1996
Olsson, Katrina: Näringsdrivande stiftelser – en rättslig studie över ändamål, förmögenhet och förvaltning. Tukholma 1996.
Ovaska 1992
Ovaska, Risto K.: Konkurssivelallisen liiketoiminnan jatkaminen. Jyväskylä 1992.
Palin 1997
Palin, Samuli: Aidon kaupan turvaaminen arvopaperistamistransaktioon liittyvässä saatavakannan luovutuksessa. Lakimies 1997, s. 617–645.

Petkovic 2000
Petkovic, Denis: New Structures: ”Whole Business” Securitisations of Project Cash Flows, Journal of International Banking Law, August 2000, s. 187–192.
Pinomaa 2000
Pinomaa, Pekka: Konkurssikäytäntö. Jyväskylä 2000.
Poutiainen 2001
Poutiainen, Annika: The Trust and the Eurobond Issue. Defensor Legis 2001, s. 332–337.
Ranieri 1996
Ranieri, Lewis S.: The Origins of Securitization, Sources of Its Growth, and Its Future Potential, teoksessa *Kendall*, *Leon T. – Fishman, Michael J. (toim.):* A Primer on Securitization, s. 31–44. The MIT Press, Massachusetts 1996.
Sarvi 1977
Sarvi, Aatos: Näkökohtia toimimisesta toisen lukuun eräissä omistamistilanteissa – Lisensiaattitutkimus siviilioikeuden erityisessä osassa. Helsinki 1977.
Sarvi 1998
Sarvi, Aatos: Omistus toisen lukuun. Materiaalia Lakimiesliiton Koulutuksen ”Offshore-yhtiöt”-kurssilta. G.W. Sundmans 22.10.1998.
Standard & Poor’s 1998
Standard & Poor’s: New Assets 1998. McGraw-Hill, New York 1998.
Standard & Poor’s 2000
Standard & Poor’s: Legal Criteria in Structured Finance Transactions. McGraw-Hill, New York 2000.
Tepora 1990
Tepora, Jarno: Yrityskiinnityslain käteispanttauskielto ja erityisrahoitussopimusten vakuusjärjestelyt. Lakimies 1990, s. 866–900.
Tepora 1995 (a)
Tepora, Jarno: Katsaus viimeaikaiseen kehitykseen esineoikeudessa. Lakimies 1995, s. 1219–1239.
Tepora 1995 (b)
Tepora, Jarno: Luottojen arvopaperistaminen Suomessa oikeudelliselta kannalta. Juhlajulkaisu Roschier-Holmberg & Waselius 60 vuotta, s. 170–189. Jyväskylä 1995.
Tepora 2001
Tepora, Jarno: Tavanomaisen irtaimen esineen sale and lease back -järjestelystä vakuustarkoituksessa. Velka, vakuus ja prosessi – Juhlajulkaisu Erkki Havansi 1941-11/7-2001, s. 322–350. Jyväskylä 2001.

Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander 1998
Tepora, Jarno – Kartio, Leena – Koulu, Risto – Wirilander, Juhani: Kiinteistön käyttö ja luovutus (3. uudistettu painos). Jyväskylä 1998.
Tepora – Takki 1994
Tepora, Jarno – Takki, Tapio: Factoring. Tampere 1994.
Tornator 2002
Tornator Finance p.l.c.: Offering Circular. Lontoo 2002.
TT 1993
TT – Confederation of Finnish Industry and Employers: Capital Market Task Force Report: Development of Capital Market. Helsinki 1993.
Tuomisto 1995
Tuomisto, Jarmo: Takaisinsaannista. Erityisesti maksun ja vakuuden peräyttämisestä konkurssissa. Jyväskylä 1995.
Tuomisto 1996
Tuomisto, Tero: Erityisongelmia asuntoluottojen arvopaperistamisessa. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja – Yksityisoikeuden julkaisusarja A:86. Turku 1996.
Tuomisto 1999
Tuomisto, Tero: Kovenanttien käyttö yritysrahoituksessa – tarkasteltavana erityisesti pk-yritykset. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja – Yksityisoikeuden julkaisusarja A:97. Turku 1999.
Villa 2001
Villa, Seppo: Välipääomarahoitus. Jyväskylä 2001.
Wenman 1991
Wenman, Stephen L.: Credit Enhancement: Introduction and Overview, teoksessa *Zoe Shaw (toim.):* International Securitisation, s. 164–171. MacMillan Publishers Limited, Bristol 1991.
Wilhelmsson – Jääskinen 2001
Wilhelmsson, Thomas – Jääskinen, Niilo: Avoimet yhtiöt ja kommandiittiyhtiöt (3. painos). Helsinki 2001.
Wood 1995 (a)
Wood, Philip R: Comparative Financial Law. Sweet & Maxwell, Lontoo 1995.
Wood 1995 (b)
Wood, Philip R: Principles of International Insolvency. Sweet & Maxwell, Lontoo 1995.
Wood 1995 (c)
Wood, Philip R: Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting. Sweet & Maxwell, Lontoo 1995.

Xin 2000 (a)
Xin, Zhang: The Emergence of Project-backed Securitisation. International Financial Law Review, January 2000, s. 24–29.
Xin 2000 (b)
Xin, Zhang: Trends and Developments in Cross-border Securitisation, Part 2: Legal Structures and Analysis. Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 2000, s. 318–324.

Kotimaiset virallislähteet

Arvopaperistamistyöryhmä 1993
Arvopaperistamistyöryhmän mietintö. Ympäristöministeriön asunto-osasto, työryhmän mietintö 2/1993.
HE 27/1977
Hallituksen esitys 27/1977 Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi.
HE 11/1981
Hallituksen esitys 11/1981 Eduskunnalle laiksi osakeyhtiölain 12 luvun 7 §:n muuttamisesta.
HE 102/1990
Hallituksen esitys 102/1990 Eduskunnalle takaisinsaantia konkurssipesään koskevaksi lainsäädännöksi.
HE 318/1992
Hallituksen esitys 318/1992 Eduskunnalle laeiksi arvopaperimarkkinalain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamiseksi.
HE 249/1994
Hallituksen esitys 249/1994 Eduskunnalle laeiksi konkurssipesien hallinnon valvonnasta sekä konkurssisäännön muuttamisesta.
HE 89/1996
Hallituksen esitys 89/1996 Eduskunnalle laeiksi osakeyhtiölain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
HE 184/2001
Hallituksen esitys 184/2001 Eduskunnalle laeiksi arvopaperimarkkinalain ja kaupankäynnistä vakioiduilla optioilla ja termiineillä annetun lain muuttamisesta ja eräiksi niihin liittyviksi laeksi.
Konkurssilakityöryhmä 2002
Konkurssilakityöryhmän mietintö 22.1.2002: Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle konkurssilainsäädännön uudistamisesta.
Oikeustoimilakitoimikunta 1990
Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö. Komiteanmietintö 1990:20.

Osakeyhtiölakityöryhmä 2003
Osakeyhtiölakityöryhmän mietintö 6.5.2003. Oikeusministeriö, Työryhmämietintö 2003:4.
Rata 1996
Rahoitustarkastus: Ohje saamisten luovuttamisesta ja arvopaperistamisesta. Nro 103.11. Antopäivä 16.1.1996. Voimassaoloaika 1.5.1996 lukien toistaiseksi.
Rata 2002
Rahoitustarkastus: Arvopaperimarkkinalain mukaiseen arvopaperien tarjoamiseen liittyvää tulkintaa. Kannanotto K/41/2002/PMO. Antopäivä 11.2.2002.

Ulkomaiset virallislähteet

RP 2000/01:19
Regeringens proposition 2000/01:19 – Bättre förutsättningar för värdepapperisering. Tukholma 2000.
SEC 1996
U.S. Securities and Exchange Commission: ”Antimanipulation Rules Concerning Securities Offerings”. Washington 1996.

Haastattelut

Palkonen 6.5.2002
OTK, KTM Samu Palkonen, Roschier Holmberg Asianajotoimisto Oy. Haastattelu 6.5.2002.
Svinhufvud 28.8.2002
VT Eino Svinhufvud, Osuuspankkikeskus – Laki- ja riskienhallintapalvelut -osasto. Haastattelu 28.8.2002.

Henrikki Harsu

WHOLE BUSINESS SECURITISATION IN FINLAND

In recent decades, development in the international financial markets has been rapid, and the rate of change has accelerated as the restrictions with respect to the movement of capital have been removed. One of the most significant financial inventions during this period of swift change has been the securitisation of a company's receivables (traditional securitisation). Traditional securitisation involves the packaging of designated pools of receivables with appropriate credit enhancement, and the underwriting and sale of these packages to investors in the form of securities (principally bonds), which are usually collateralised by the underlying assets and their associated income stream.

Securitisation, as defined here, is thus a process in which illiquid assets can be transformed into a more liquid, manageable form and distributed to a broad range of investors through the medium of the capital markets. The same applies to a new financing method called whole business securitisation. While a traditional securitisation structure isolates certain specific assets from a company and uses the pre-contracted cash flows derived from those assets to service debt, a whole business securitisation transaction relies on future, and usually less predictable, cash flows derived from the entire business of an operating company.

The objective of this study is to analyse whether a whole business securitisation transaction can be arranged in such a way that only Finnish legislation is applicable, i.e. so that every phase of the transaction is conducted under Finnish jurisdiction. First, this study presents the basic structures of the two securitisation models described above, i.e. traditional and whole business, and analyses their similarities and fundamental differences. In connection with this analysis, the basic prerequisites set for the business to be securitised are presented. Once the framework for whole business securitisation has been introduced, this study further analyses the central legal issues that arise when a Finnish-based business is securitised.

While whole business securitisation structures are quite similar to those of traditional securitisations, whole business securitisations involve disparate legal issues. These issues include, in particular, the pledging of future receivables and the bond investors' options to continue the business of an insolvent operating company. Thus this study analyses the structuring of the collateral package particularly with respect to the pledging of future receivables, and the

insolvency regulation in Finland in respect of the insolvency of the operating company. In addition, this study analyses the establishment of the transaction parties under Finnish jurisdiction, and furthermore the relevant securities regulation especially with respect to the disclosure obligations of the special purpose vehicle issuing the bonds.

The results of this study indicate that the relevant regulation in Finland provides investors with tools that secure, to a great extent, the repayment of their claims. Furthermore, the applicable company and securities regulations do not impede an entirely Finnish transaction. Thus it can be stated that the method of whole business securitisation can be applied in Finland, and furthermore in such a way that the transaction as a whole is governed by Finnish law.

Timo Kaisanlahti

EXTENDED LIABILITY AND EXTERNALIZATION OF RISK IN STOCK MARKET

Contents

1. INTRODUCTION 263
   1.1. Background 263
      1.1.1. Conventional Wisdom 263
      1.1.2. Challenge 265
   1.2. Aim and Structure of the Study 269

2. WHAT DOES DIVERSIFICATION ACCOMPLISH? 270

3. RISK OF JOINT FAILURE DUE TO EXTENDED LIABILITY 272
   3.1. Numerical Example 274
   3.2. Extended Liability in Economic History 277

4. OTHER ALTERNATIVES TO ENSURE SATISFACTION OF TORT CLAIMS 279
   4.1. Requirement of Mandatory Insurance 280
   4.2. Superpriority of Tort Claims 284

5. SUMMARY 287

BIBLIOGRAPHY 288

Extended Liability and Externalization of Risk in Stock Market*

1. INTRODUCTION

1.1. Background

1.1.1. Conventional wisdom

Limited liability prevails today: the most universal principle of company legislation – here in Finland as well as in other market economies – is that an owner risks of her total wealth only that amount she has invested in the shares of a particular company. Creditors of a firm cannot collect from shareholders' personal assets if their claims are not fulfilled. A company is responsible for paying damages and other debts only in the amount of assets it has; you cannot go after the owners for more than they have invested in the company.

In financial parlance owners bear only part of the wealth negative effects of an enterprise's activities.[1] By setting an upper cap on potential loss, limited liability is generally seen as a vehicle for promoting investments. Without this privilege investors would be unwilling to turn over funds to companies about which they had only partial information and control.[2] Investors, at least the individual ones, are risk-averse actors who prefer a certain prospect to a risky one even though the latter represents the very same monetary value as the certain alternative.[3] If the creditors and other claimants of a company were

* For helpful discussions and comments on an earlier draft I wish to thank *Manne Airaksinen* and *Pekka Timonen*.

1 Of the importance of limited liability in theoretical finance see generally Suvas 1994.

2 See *e.g.* Greenwald – Stiglitz 1992, p. 49.

3 Risk aversion means diminishing marginal utility for wealth: a risk averse person will get more "pain" from a euro lost than "pleasure" from a euro gained more, Weston – Copeland 1992, p. 359. In a similar manner Klein – Coffee 1996, p. 233: "A critical axiom of modern investment analysis is that in their major investment decisions the overwhelming majority of people are risk averse. One corollary is that investors will accepts volatility risk only if they are paid to do so."

allowed to break through the corporation veil, it would likely deter individuals from participating in enterprises as minority owners.

There are also other rationales for limited liability derived from investors' aversion towards risk. Customarily these are evaluated in a theoretical setting considering what would happen if a listed company, whose shares are traded in a public securities market, were not allowed to provide the protection of limited liability for its owners. The leading American proponents of economic analysis of company law, judge *Frank Easterbrook* and professor *Daniel Fischel*, identify several consequences from abolishing limited liability.[4]

First, the most self-evident outcome under an unlimited liability regime is that a typical investor would reduce the number of firms in her stock portfolio to minimise the risk of losing her whole wealth due to a claim against one of the companies. By diminishing the monitoring costs limited liability thus allows for a more efficient diversification. As portfolio diversification reduces the risk of investors, it provides them a possibility to bid more for a company's shares meaning that for certain amount of financing an enterprise needs to issues less shares than under unlimited liability. Thus the cost of capital for an enterprise is lowered as a by-product of diversification.

Second, considered from a slightly different angle, an accompanying benefit of limited liability is aiding management in making optimal decisions on investment. While the risk of owners to losses is limited to the amount they have in the shares, managers can invest, no matter of the risk, in any project with positive net present value. In other words, management of a company with limited liability is free to take up riskier ventures – holding out greater returns – than would be allowed by the owners under an unlimited liability environment.

Moreover, an unlimited liability would intensify the monitoring of managers. The acts of managers are watched over to a greater extent the more risk the investors have to bear. By extending the risk to investors, they will expend more resources on the controlling function. Costs of this activity, however, would not arise only from watching over the managers. When the liability is unlimited, the wealthiest shareholders would most likely to be the targets for claims. Consequently, under a regime of unlimited liability an investor is interested in the financial status of her fellow owners to evaluate her own potential liability due to a possible claim. The situation preferred is where all the investors have (about) the same wealth. To provide this, the current owners must have a control of new ones; investors with lesser means that the existing shareholders would not be accepted.[5]

---

[4] Easterbrook – Fischel 1991, s. 41–44.

[5] For empirical evidence see *e.g.* Turner 2001 who studied trading in the shares of an Irish bank,

In other words, unlimited liability hinders efficient trading in stock markets. With limited liability the bundle of ownership rights and duties in a company are transformed into a homogenous commodity, *i.e*. a share, whose fair price can be established in continuous trading by market participants through demand and supply. Therefore, by allowing the free transfer of shares, a limitation on liability supports informational efficiency of markets. The more efficient the pricing process gets the lower the cost of capital is for firms. At the same time limited liability provides a powerful incentive for managers to act more efficiently. If individual owners have the option of disposing their shares in markets for a fair price, the incumbent management is under a threat that the new investors will replace them with another, a more efficient management team. This threat induces the managers to work hard in order to keep the share price up which in turn will raise the costs of a possible take-over and thus diminishing its probability.

1.1.2. Challenge

The conventional wisdom of virtues of limited liability, however, has been challenged. Two American law scholars, *Henry Hansmann* and *Reiner Kraakman*, stood up 11 years ago proposing that shareholders should face unlimited liability towards tort creditors.[6] They argue that shareholder liability is a question of tort law rather than a matter of company legislation.

A company may be operated in such a way that renders it "judgement-proof", *i.e*. having only nominal assets available to pay the claims of tort victims.[7] Generally a non-disputed fact is also that limitations on shareholder liability – as any other restriction of liability – is likely to encourage accident prone, high-risk operations, most notably by lowering the threshold for a company to engage itself in a hazardous industry. While shareholders have to face the costs of possible tort claims only up to the value of their shares, the limitation of liability externalises these costs from their investment calculations. Since

---

The Ulster Banking Company, in the period October 1874 to December 1879. Pursuant to the section 18 of the Banking Copartnership Regulation Act of 1825, the shareholders were jointly liable for debts of the bank up to three years after they had disposed their stocks. Turner found that trading was illiquid because shares could only be sold to those with certain levels of wealth on approval of the stockowners' committee. Therefore, according to Turner (*ibid*, p. 24), "– – unlimited liability hindered the working of the capital markets by increasing the costs of associated with trading."

6 Hansmann – Kraakman 1991.

7 Economist *Steven Shavell* introduced this concept in 1980s, see Shavell 1986.

externalisation is permitted by law, a company involved in hazardous activities may have a positive net value considered from shareholders' view point. Thus, such a company may be an attractive investment. This does not, however, necessarily mean that its operations are generally desirable. The net benefit to society as whole may negative due to externalisation, meaning that profits to shareholders from these activities are less than the loss of welfare due to potential accident costs.[8] From these observations Hansmann and Kraakman derive the claim that limited liability is socially dubious arrangement: "– – if a promoter can neither purchase insurance or recruit investors without it, the proposed venture may very well not be socially efficient in the first instance."[9]

> Several empirical studies have been carried out on this matter. For example, in a paper published in 1990 *Al Ringleb* and *Steven Wiggins* concluded that "– – the incentive to evade liability has led to roughly a 20 percent increase in the number of small corporations in the U.S. economy."[10] According to Ringleb and Wiggins large companies contracted out their hazardous processes to smaller, judgement-proof firms. On the other hand, *Richard Brooks* has found in his fresh study of oil industry that major companies have increased their own shipping capacity since 1990 when Oil Pollution Act was enacted; that statute toughened significantly oil spill liability, allowing even the cargo-owner to be reached in some US states. Therefore one can claim, as Brooks does, that the liability-shifting benefits of contracting out were overcome by the dramatic increase in the potential liability.[11]

---

[8] Particularly professor *Lynn LoPucki* has elaborated this argument further in a series of articles in late 1990s; see LoPucki 1996, 1998, 1998a and 1999). According to LoPucki American companies are getting more and more judgement proof because they can they advantage of secured credit, asset securitization and foreign havens for secreting assets in addition to traditional vehicles for avoiding legal liability – such as scattering assets among subsidiaries (LoPucki 1996, p. 14–38). See also Mendelson 2002, p. 1236 who claims even that "[a]s among excessively risky projects, corporations will be more inclined to select those with a relatively delayed realization of excessive costs. Projects where the risky activity leads to a latent injury – one not immediately detectable, such as pollution or cancer – will be preferred." More emotionally loaded comments are expressed by Mitchell 2001, p. 59: "Limited liability means never having to say you are sorry – or at least feel the pain or sorrow."

On the other hand, these kinds of arguments have been countered by professor *James J. White* who claims that major companies face significant barriers to judgement proofing; contract and other voluntary creditors, according to White, force major companies to maintain substantial amount of equity capital on which tort creditors are able to free-ride (White 1998, p. 1394–1412). Critical comments against the judgement proof -argument ála LoPucki are provided also by Schwarcz 1999 and 1999a as well as by Mooney 1999. Evaluation of this debate, however, is outside of our scope. For the purposes of this article it is enough to note that Hansmann and Kraakman base their argumentation on the risk of possible judgement proofing of shareholders.

[9] Hansmann – Kraakman 1991, p. 1892.

[10] Ringleb – Wiggins 1990, p. 589.

[11] Brooks 2002, p. 122.

The proposal to abolish limited liability relies heavily on the efficiency of markets for insurance as well as for equity investments and other securities. Because currently even enterprises whose owners are protected by limited liability have purchased liability insurance,[12] Hansmann and Kraakman argue that most likely firms would decide to have more insurance under unlimited liability in order to cover those tort loses which are foreseeable.[13] They also presume that modern developments in risk assessment as well as the globalisation of insurance markets have made liabilities much easier to insure.[14] Moreover, even if companies were not able to purchase total shelter against tort judgements, this would not establish an obstacle for the unlimited liability rule; according to Hansmann and Kraakman modern securities markets would provide means for an investor to diversify her risk if the unlimited liability were pro rata.[15]

In order to understand this proposition, we must notice that unlimited liability may be arranged at least in two different ways. Firstly, the rule may be "joint and several liability" meaning that each shareholder is potentially liable for the full amount of tort judgement to the extent that it exceeds the value of the firm's assets.[16] Thus, she would also bear her fellow stockowners' portion of the compensation for damages it they lack financial assets or are judgement-proof otherwise.

The alternative to joint and several liability is pro rata rule under which each stockholder is personally liable for a judgement exceeding the company's assets but only for the percentage that her ownership represents of all the shares issued.[17] An investor who posses one thousandth of shares may be assessed against for the very same percentage of the excess liability. If a company that has issued one million shares is unable to meet a judgement of one milliard euros, each share would be asserted one thousand euros.[18]

An equally important feature of the pro rata rule is that it applies to the original amount of excess liability meaning that the absolute maximum value of liability per share is derived from the total shortfall. If in our previous example

---

[12] For an evaluation whether insurance might undermine the deterrent effect of liability and thus be socially undesirable, see Shavell 2000.

[13] Hansmann – Kraakman 1991, p. 1888–1889.

[14] On the general availability of insurance, see Stiglitz 1994, p. 287–288.

[15] Hansmann – Kraakman 1991, p. 1903–1904.

[16] See generally Ribstein – Kobayashi 1998 which provides a comparison of joint and several liability with non-joint liability.

[17] Leebron 1991, p. 1581, remarks that also the prevailing rule of limited liability is actually a pro rata -arrangement: losses up to the amount of the investment – with a zero amount of excess liability – must be allocated among the owners according to their proportions of share capital.

[18] This example is modified of the one provided by Leebron 1991, p. 1578.

all her fellow stockholders were judgement-proof, a owner of a single share would have to bear only one thousand euros. When a particular investor is unable to fulfil her proportion of excess liability, the other members of the company are not obliged to step in her place. In other words, each owner is liable only for her share of the judgement.[19]

A pro rata rule is not equivalent to a joint and several liability coupled with a contribution rule. Under the latter arrangement an owner's maximum responsibility depends on the wealth of her fellow stockowners because she is liable for the amount of judgement that cannot be collected from others. Ultimately, under a rule of joint liability, even when contribution rule is applied, an investor might be held liable for the one milliard judgement of our earlier example. The value of a share would therefore depend on the owner's wealth: the richer the person is, the more she is risking *de facto* by investing in a share of a enterprise under a rule of joint and several liability. If the fellow stockholders have moderate means compared to her, it is likely that she will have to pay some of the damages levied against the ones that turn out later to be judgement-proof.

This risk of being liable also for other stockowners portion of the judgement is the very reason for Hansmann and Kraakman to clearly favour the pro rata rule against the rule of joint and several liability: "Under a pro rata rule, shares would have the same expected value for all shareholders."[20] In effect, they argue that a pro rata rule would make the owners to internalise the costs of torts in a homogenous way which should also be reflected in the share price at a stock exchange.

At modern stock exchanges the transactions of shares can be very rapid. It is the very basis of liquidity that the markets can offer to investors. In the regime of extended pro rata -rule, however, this feature would induce the owners to sell their shares opportunistically in order to escape liability as soon as they hear of tort liability that were about to materialise. Therefore, in order to determine which ones of the stockholders are to bear the extended liability, a timing rule has to be chosen. Hansmann and Kraakman propose a rule under which liability would primarily attach those who were owners at the moment the company's management became aware that a claim of mass tort would be filed. This information-based rule would prevent investors evading responsibility for tort damages. If the moment cannot be determined in a particular case, then the hour

[19] A similar arrangement is employed at the insurance market of Lloyd's in London, see Arshadi – Karels 1997, p. 172.

[20] Hansmann – Kraakman 1991, p. 1904.

when the claim was actually filed would be decisive. Moreover, when the company is dissolved before filing, the persons who were the last shareholders of the company would bear the liability.[21]

Hansmann and Kraakman also claim that the costs of collection would not be prohibitive under a pro rata -rule. They refer to current bankruptcy mechanics: accounts receivable are already collected routinely from dozens even hundreds of debtors by bankruptcy trustees.[22]

1.2. Aim and Structure of the Study

This paper discusses the concept of limited liability and explores its rationale and restrictions. I will focus on a company's non-contractual tort and other extra-contractual liability. This choice is made in order to sharpen the exposure. With a strict focus on torts and other extra-contractual liabilities, I also pass the question which creditors are involuntary and which are not.[23] In other words, I do not get involved in the debate on whether a borrower or some other stakeholder in a contractual relationship with a company is capable of taking limited liability into account when she is negotiating the price and other conditions for the transaction.

In the introduction chapter was provided a sketch of back-and-forth arguments of current laws and economics debate of the desirability of limited liability.[24] However, after this general description of the playing field, I do not purport to offer a complete review of jurisprudential literature on this matter; there are several up to date surveys available already.[25] Instead, my aim is to study some of the most fundamental assumptions of pro rata -liability.

I hasten to admit that the following exposure is by no means novel or original. It has been developed in financial economics years ago. My contribution is in application of these concepts to the very basic question whether limited liability – in its pro rata or absolute form – is indispensable condition for diversification. So far I have not encountered a similar study, at least in none of the legal journals or other jurisprudential literature I am familiar with.

---

[21] *Ibid*, p. 1897.

[22] *Ibid*, p. 1900.

[23] *Ibid*, s. 1920–1921.

[24] This study is exclusively a law and economics exercise; for an account of ethical arguments see *e.g.* Kilpi 1998, p. 177–196. A review of feminist critique is provided by Wylie 1999, p. 28–37.

[25] See Carney 2000, Halpern 1998 and Kraakman 1998.

2. WHAT DOES DIVERSIFICATION ACCOMPLISH?

The benefits of diversification in risk pooling are the functional justification for insurance as well as for stock market.[26] This point can be captured by considering a historical example of medieval ship-ownership, *commenda*, where the passive investor, commendator, provided capital to the managing party to finance a sea-voyage or other overseas venture of commercial nature.[27] Consequently, vessels were owned by commendators who were wealthy private merchants. To begin with, simplifying the exposition, let us assume that commendators had only one ship each. Thus they all faced the same uncertainty: the risk of losing a major part of personal wealth. A commendator, however, had an advantage by enjoying limited liability: she could lose her vessel but not be subjected to other demands arising from the venture.[28]

In the following it is assumed, for descriptive purposes, a probability of 20 per cent that a ship is lost, either sunk in a storm or taken over by pirates. In such a case the commendator receives nothing. But as a counter-weight to this downside risk, there is also the potential upside; in the following example we assume that if the ship returns successfully – with a probability of 80 per cent – from its journey, the commendator's net profit will be 100.000 euros. On the other hand, if the vehicle is wrecked or lost otherwise, she has to shoulder a loss of 50.000 euros *i.e*. the average market value of a ship in our example.

To quantify the risk that each commendator faces, we can apply common probabilistic means, *variance* and *volatility*. Variance is a vehicle to answer the question of how much will possible outcomes deviate from the expected one (*i.e*. average of potential payoffs): each square of the difference between a potential payoff and the expected one is multiplied by the probability of that potential payoff and then all terms are summed.[29] More formally, variance measures the average square of the difference between actual payoff and its expected value.[30] However, the variance is in squared units of the underlying data which is rather cumbersome to consider; if some unknown variable (X) is measured in euros, the variance of X tells us the dispersion in squared euros.[31]

---

[26] See Arrow 1965.

[27] See *e.g*. Hamilton 1997, pp. 621–624; Kohn 1999, pp. 14–16; and Briys – de Varanne 2000. The following mathematical exposition is based on Mason 1995.

[28] Hamilton 1997, p. 623.

[29] Weston – Copeland 1992, p. 364.

[30] In other words, variance is equal to the weighted average of squared deviations from the expected value, *e.g.* Ross 1999, p. 12.

[31] Ashenfelter *et al*. 2003, p. 50.

This problem can be overcome by taking the square root of the variance, which results in volatility (*i.e.* standard deviation).[32]

In our example there are only two possible outcomes. Either the ship is lost or it returns safely. For the first mentioned outcome the probability is 20 per cent and the payoff –50.000 euros while for the other outcome, the vessel returning safely, the probability is 80 percent with the payoff of 100.000 euros. The volatility amounts to 60.000 euros in this setting.[33]

It is not exaggerated to state that in medieval times each sea voyage was an individualistic one even if it was not a search for new worlds. Therefore, the risk of encountering pirates or unbearable storms was independent of the fates of other ships. In these circumstances the commendators soon began to transact between themselves in order to control risks. They swapped the payoffs of the voyages as well as the losses. In order to illustrate the benefit of this exercise, we return to our example. The object of our interest is a case where there are two commendators, A and her fellow merchant B, owning one ship each on voyages with maximum payoff of 100.000 euros and with maximum loss of 50.000 euros. When a commendator swaps half of her expected payoff against the other, the probabilities are following:

- First, the probability that both the ships return safely is 64 per cent (*i.e.* 80% * 80%). Then the total payoff for each commendator is 100.000 euros, including half of the net payoff from her vessel (50.000 euros) as well as from the other commendator's ship (50.000 euros). Therefore, in this case the monetary outcome for both of them is the same as if they had not entered into the swap-agreement between themselves.
- Second, in a case where commendator A's ship did not come back she had nevertheless a share of 50 per cent in B's vessel. If that one returned safely, our commendators's payoff was 25.000 euros (*i.e.* $^1/_2$ * –50.000 + $^1/_2$ * 100.000) with a probability of 16 per cent (*i.e.* 20% * 80%). However, with the same probability the case could be a reversed one: commendator A's ship returns from the voyage while B's vessel is lost. In this case the payoff of the commendator is the same as above: she is netting 25.000 euros with a probability of 16 per cent. Therefore, the probability for this outcome is doubled to 32 per cent.

[32] See *e.g.* Dembo – Freeman 1998, p. 60 or Warsham – Parramore 1997, p. 58.

[33] Volatility: $60.000 = [20\% * (-50.000 - 70.000)^2 + 80\% * (100.000 - 70.000)^2]^{1/2}$.

- Finally, the possibility that both ships were lost cannot be excluded from consideration. The probability of this alternative is, however, only 4 per cent (*i.e.* 20% * 20%) under the swap arrangement between commendators A and B.

What can be accomplished under this arrangement? The expected payoff of commendator A has remained the same 70.000 euros as before entering the swap transaction with her fellow merchant. But the advantage of the transaction is that the risk of extreme negative outcome, *i.e.* risk of losing all, diminishes to only 4 per cent from 20. The lesser risk can be manifested by stating that the volatility has fallen by 17.574 euros, from 60.000 to 42.426 euros.[34] This advantage, however, comes at a cost: the potential for the maximum payoff – netting 100.000 euros – decreases due to this arrangement from 80 to 64 per cent.

Both parties, commendator A and B, benefit from the transaction of swapping half of their potential payoffs against each other: collectively the risk arising from the ship ownership is borne more efficiently. This gain is not limited to a company of two, it can be increased further by adding more and more parties to the arrangement.

Diversification, however, does not ever change the real risk in the economy, it only reallocates it. The expected payoff to individual parties remains at 70.000 euros. Although the standard deviation of each party's payoff is lower with the swapping compared to indivisible ownership, it remains true that the commendators collectively bear all the shipping risk in the economy, irrespective of the arrangement concerning ownership. The advantage of diversification is simply in cutting of the most extreme outcomes.[35]

3. RISK OF JOINT FAILURE DUE TO EXTENDED LIABILITY

One of the corner-stones of modern financial theory is that diversification of assets reduces risk.[36] In the light of the virtues of diversification presented in the preceding chapter, the proposition of Hansmann and Kraakman seems to be a

[34] Volatility: $42.426 = [4\% * (-50.000 - 70.000)^2 + (16\% + 16\%) * (25.000 - 70.000)^2 + 64\% * (100.000 - 70.000)^2]^{1/2}$.

[35] Mason 1995, pp. 169–170.

[36] The classical analyses of this feature are provided by Markowitz 1952 (p. 78: "Diversification is both observed and sensible; a rule of behavior which does not imply the superiority of diversification must be rejected both as hypothesis and as a maximin") and Roy 1952 (p. 138: "In general, it will be desirable to hold our resources in a large number of different forms, because

reasonable one: if an investor holds a portfolio of different stocks issued by several companies, the pro rata liability does not appear to place too heavy a burden on her.

There is, however, a countervailing force; pooling intensifies the risk of joint failure. This effect can be captured by examining a group structure of firms where the parent company can transfer funds and other resources between its subsidiaries. Under such an arrangement the probabilistic likelihood of joint failure of companies belonging to the same group is greater relative to operating these companies individually.

Hansmann and Kraakman do indeed acknowledge that the pro rata -rule would add to the risk. Nevertheless, they interpret this to have only a minor effect; it could be diluted with a more intense diversification:

> "It seems unlikely that even a catastrophic liability judgement would impose costs exceeding a publicly-traded firm's value by more than, say, a multiple of five. Thus, an unlucky small shareholder who had placed 5% of a $100.000 portfolio in the stock of such a firm would stand to lose $25.000, or 25% of her portfolio's value, in worst case scenario. A large institution with 0,2% of its assets invested in the same stock would lose 1% of its asset value. Although such losses would be serious, they would hardly be beyond the pale of ordinary market fluctuations."

Here Hansmann and Kraakman are sketching – what they think to be – the extreme outcome. As we have seen, diversification, however, is by no means a *Deux ex machina* that can make the risk of extended liability for a shareholder to disappear. Hansmann and Kraakman disregard the effect of possible joint failure. They describe a scenario where it is possible that one, but only one, of the portfolio firms ends up in insolvency.

Moreover, they are not willing to spell out the highest multiple of liability: the multiple of five is provided only as an example. Later, one of the authors, Reinier Kraakman, has come out with even a higher figure: "– – in the worst case – – the resulting liabilities would be unlikely to exceed the company's assets by a factor of more than a ten."[37] The guidance for a risk averse investor is sparse: the reservation, "unlikely", does not ease the uncertainty.

---

although we may diminish the chance of a large gain somewhat by so doing we also reduce the probability of really catastrophic outcome"). For a retrospective review, see Fabozzi *et al*. 2002. Prices of listed shares reflect the effect of diversification. If the diversification option was not allowed or otherwise unavailable, meaning that each investor could place her funds only in a particular company, the price of that company's share would be higher *ceteris paribus* because it includes also the compensation for specific risk, see Damodaran 2001, p. 163.

[37] Kraakman 1998, p. 651.

3.1. Numerical Example

In order to demonstrate the limitations of Hansmann and Kraakman's view, we play it safe and set the factor of extended liability at still a higher level, let us say 25: an investment of *e.g.* 100 euros means risking an extra 2.400 euros at maximum if this extended liability materialises.

> The choice of this multiple 25 can be derived from the well-established fact that diversification of an investor's portfolio in some 20 or 30 different companies neutralises the variability of an portfolio's return due to the unique, company-specific risk.[38] This type of risk stems from those perils surrounding an individual company that are peculiar to that particular enterprise and its line of business. But even with that kind of diversification an investor cannot avoid all the risk, she has to bear the market risk regardless the number of companies in her stock portfolio; there are no means available to get rid of the risk that is inherit in the stock market, deriving simply from the choice of being present at the market as an investor. Market risk arises because there are always economy-wide perils which threaten companies in all lines of business. That is why share prices of listed firms tend to move together; generally, when the market is going up or down, there are only few exceptions. Therefore, each investor is always exposed to market risk, no matter the number of companies whose shares she has in her portfolio.[39]

Now we are ready to proceed with our example: A prudent risk averse investor wants to construct a portfolio of investments, *i.e.* companies, in such a way that does not expose her personal property to extended liability beyond the funds invested in this portfolio. She is willing to risk a certain fixed amount, for example 100.000 euros, that is placed in the portfolio but not a cent extra (*i.e.* the maximum of acceptable liability). How should she construct her portfolio?

To answer this question, let us suppose further that every company in the portfolio faces a potential loss of fixed amount, 1.000 euros, whose probability of occurrence is 1 per cent. Each company in the portfolio contributes 4 cents per euro of coverage to the portfolio, or four times the expected loss. For example, for providing coverage for the maximum acceptable liability, 100.000 euros, the amount invested in each company should be 4.000 euros; the expected loss in each company being 1.000 euros as already stated.

---

[38] Gilson – Black 1995, p. 92: "Holding 20 properly chosen stocks reduces unsystematic variance [unique risk] by roughly 95% and thus achieves most of the value of diversification." For an economic analysis of the way that unique risk is reduced by diversification, see Statman 1987.

[39] Brealey – Myers 2000, p. 167–168.

An additional investment object, *i.e.* a new company, contributes to the portfolio's risk-bearing capacity – as Hansmann and Kraakman tell us – but at the very same time adds to the probability of the portfolio's loss. Data in Table 1 below distinguishes the risk-bearing and risk-producing effects from each other. The table is slightly modified from Smith – Kane 1994 (p. 9–10); the following presentation also follows quite closely their argumentation.

Table 1: Probability that portfolio will fail due to extended liability of 25 times invested capital per a company

Number of Companies in Portfolio	Number of failures that can be absorbed with Portfolio funds	Probability that Portfolio will fail[40]
1	0	1,00 %
2	0	1,99 %
3	0	2,97 %
4	0	3,94 %
~	~	~
23	0	20,64 %
24	0	21,43 %
25	1	2,58 %
26	1	2,78 %
27	1	2,97 %
~	~	~
48	1	8,34 %
49	1	8,64 %
50	2	1,38 %
51	2	1,45 %
52	2	1,54 %
~	~	~

[40] The probability of failure can be obtained following the *addition theorem of probability*. See *e.g.* Ross 199, p. 4. In a case of two companies (A and B) this means adding up the individual probabilities of failure of both companies and distracting from this sum the multiple of these probabilities, *i.e.* Prob(A) + Prob(B) – (Prob(A) * Prob(B)) = 0,01 + 0,01 – (0,01 * 0,01) = 1,99 %. For three companies the probability of failure can derived from the following: Prob(A) + Prob(B) + Prob(C) – [Prob(A) * Prob(B)] – [Prob(A) * Prob(C)] – [Prob(B) * Prob(c)] + [Prob(A) * Prob(B) * Prob(C)]. The formula gets more complicated as the number of companies is increased but the principle remains the same.

73	2	3,71 %
74	2	3,84 %
75	3	0,69 %
76	3	0,72 %
77	3	0,76 %
~	~	~
98	3	1,72 %
99	3	1,78 %
100	4	0,34 %
101	4	0,36 %
102	4	0,37 %
~	~	~
123	4	0,82 %
124	4	0,84 %
125	5	0,17 %
126	5	0,18 %
127	5	0,18 %

When an investment of 4.000 euros, that equals four times the expected loss, 1.000 euros, is added to the portfolio, one might expect the risk-bearing capacity of the portfolio to strengthen quickly. The table illustrates, however, that the strengthening does not begin to occur until 100 investment objects are included in the portfolio.

Adding investments does not help risk-bearing because funds accumulated from 24 or fewer investments cannot cover even a single loss. Because a loss in more likely to occur when additional companies are entered in the portfolio, the probability of failure increases. Not until the portfolio consists of 25 investments of equal size will the probability decrease.

The argument above is well-understood by Hansmann and Kraakman. However, they do miss the fact that the probability of failure with several, in our example 25, investments is still larger than with only a single one. Not until the number of companies exceeds 99 does the probability of (joint) failure diminish below 1 per cent that is the failure rate of a single investment in our example.

If more new investments beyond 100 are added, the probability of failure continues to follow the pattern just described above. The probability increases except at points of discontinuity where the assets in the portfolio reach the level where they can absorb another loss. For every 25th investment, the capacity to absorb a loss increases by one unit; and the probability of failure reaches a new low at the very same point.

The marginal effect of adding an extra investment is to weaken the portfolio

except where that investment contributed resources allow the portfolio to absorb an extra loss. In other words, local and ultimate effects of adding new firms to a portfolio can be in opposite directions. However, the additional capacity gradually overcomes any tendency of extra investments to weaken the portfolio. With 1.000 companies, for instance, the probability of (joint) failure is not detectable at the sixth decimal place.

To summarise, funds required to maintain the probability of failure at a given level depend on the probability of loss and the number of companies in the portfolio. An increase in the number allows a smaller per-investment contribution to risk-bearing capacity, but the absolute level of this capacity still increases with the number of investments. Although risk-bearing resources are employed more efficiently in a large portfolio, a higher absolute level of these resources is required as the number increases.

On the other hand, it is utmost crucial to notice that the assessment made in the example presented above was made possible in the first place by the fact that the maximum (potential) liability was known *ex ante* by setting the numerator at 25. As already said, Hansmann and Kraakman have offered multiples of five and ten only as examples that will "likely" be enough to cover even the highest monetary value of any tort judgement. By this indeterminacy, however, an investor is denied the certainty of her possible maximum liability. Therefore, in order to minimise her risk she has to employ a multiple as high or higher as used in our example. The transactions costs of providing diversification with shares in some 100 companies will be prohibitive for investors with modest means.

3.2. Extended Liability in Economic History

The predetermined multiple for liability resembles the system of uncalled capital that dominated the early stock markets: part of the share capital was kept uncalled in order to secure the goodwill of creditors. In 1850s the unpaid portion of shares was considered in England as a security of highest order in favour of creditors because it constitutes a continuous guarantee fund which is effectively beyond the control of management.[41]

Some jurisdictions even provided for mandatory double liability. Such a system existed in the American banking sector prior to Great Depression. The National Banking Act of 1863 stated that each shareholder shall be liable to the amount of the par value of the shares held by her in addition to the amount

[41] Jeffreys 1946, p. 348.

invested in such shares. Thus, shareholders were liable for assessment for the benefit of creditors if the bank failed; the liability was, however, limited to the par value of the shareholder's stock. The system lasted over 70 years until it was repealed in early 1930s.[42]

American professors *Jonathan Macey* and *Geoffrey Miller* have studied thoroughly the effects of the double liability. They found that the system did not exist only on paper. On the contrary, it was effectively enforced: thousands of cases were argued before lower courts and even the Supreme Court of the United States made over 100 decisions on this topic. Moreover, about half the amount assessed on shareholders were actually collected from them. Macey and Miller find this to be a good recovery rate given that the double liability had a drastic effect on shareholders: many of them were insolvent when their banks failed.[43]

To be sure, some jurisdictions have experienced even with the unlimited version of pro rata liability. Most notable of these is the state of *California*. Before year 1931 pro rata liability was provided by California law to local companies. At that time, however, large tort actions against enterprises did not exist. Moreover, regarding also voluntary creditors, shareholders were liable for the firm's liabilities only for three years after the credit was taken. Thus, one cannot draw straightforward inference from that experiment regarding the potential effects of pro rata liability in today's environment.[44]

One could also refer to the example of *American Express Corporation*. When this company was founded 1850, the paragraph 5 of its charter gave the board of directors the right to assess for loss and damages on pro rata basis. This paragraph was, however, abolished in 1965, when American Express became a limited liability company.[45] Until that year the firm provided a real world example to examine the effects of the Hansmann and Kraakman proposal.

A professor of economics, *Peter Grossman* has examined with statistical means the liquidity of shares issued by American Express in 1950s. In his article published in 1995 Grossman finds that there existed regular market for American Express shares that were actively traded. The number of stockholders was also high, averaging about 25.000.[46] The wealth of owners did not appear to

---

[42] General economic analysis of the system are provided by Esty 1998, Wilson – Kane 1996 and Yan 1999.

[43] See Macey – Miller 1992 and Macey – Miller 1993. *Cf.* Jackson 1993.

[44] See Weinstein 2001, p. 4, fn. 3 and 4, and p. 17.

[45] Grossman 1995, p. 75.

[46] One particular shareholder, however, controlled a position of 10 per cent at that time, *ibid*, p. 77.

have been a factor in the share price at any time. Moreover, the spread between bid and asked prices were comparable to other shares in the same price range.[47] On this evidence Grossman concludes that the case of American Express gives support to the notion that limited liability is not a necessary condition for the liquidity of shares.[48]

Grossman, however, misses a fundamental point. The pro rata liability did not exist *de facto*. The paragraph referred above states that "[The] Trustees are hereby further authorised and empowered in the extraordinary loss or damage – – to assess the whole or any portion of the amount of such loss or damage on each and every of the members – – of [the] Company in proportion to the number of shares – – owned and held by each."[49] This is clearly to be read that the pro rata liability was not unconditional. It depended on the Trustees, *i.e*. the board of directors, which in turn consisted of major shareholders and their representatives. Thus, it is highly unlikely that they would have drawn a decision to allow the liability due to a judgement of amount exceeding the company's assets. And no tort victim or any other person could activate the pro rata liability against the board's will.

4. OTHER ALTERNATIVES TO ENSURE SATISFACTION OF TORT CLAIMS

Proponents of the unlimited pro rata liability could counter the arguments presented above by stating that those are of a secondary importance only; the coverage of tort victims should be the main concern, not the possible effects on shareholders. In order to overcome this line of argumentation one has to provide alternatives that satisfy tort victims at least as well as the proposed unlimited pro rata liability of shareholders. After all, even the proponents of pro rata liability cannot immediately exclude the possibility that an alternative legal vehicle could be more effective in providing coverage for tort victims. Therefore, in the following we concentrate on coverage-oriented reform proposals which seek to guarantee that the company or its owners have adequate funds to bear tort claims.

[47] *Ibid*, p. 76.
[48] *Ibid*, p. 84.
[49] *Ibid*, p. 73, fn. 73.

4.1. Requirement of Mandatory Insurance

The most standard off-the-rack proposal *de lege ferenda* to satisfy the claims of tort victims is to require companies to carry insurance for that purpose.[50] The benefits of insurance, however, are easily misunderstood. A representative example is offered by a British professor of company and securities law, *Ben Pettet*:

> "A company hit by huge mass tort claims will probably be insolvent whether it was adequately capitalised or not. [– –] What is needed is a law requiring companies to purchase liability insurance against tort claims to the extent that the claims overtop their assets. [– –] – – only if the assets were exhausted and the claim remained partially unsatisfied would the overtop insurance cut in and provide funds."[51]

This statement by Pettet is based on a non-explicit presumption of insurance coverage being available; if this option exists it would mean that a insurance firm would provide effective monitoring. However, this is not true: the insurance market does not offer non-limited cover because that is not required by the law. If it were required, the mandatory coverage requirement would in essence substitute the judgement of the insurance market for that of the legislator or regulator about the acceptable level of risk. By a law imposed duty to provide coverage does not make the unlimited risks more insurable than they are in a setting prevailing today where such a duty is non-existent. Insurers simply do not offer those types of coverage that they cannot provide on a cost-effective basis. If they are required, they tend to offer the minimum coverage with maximum exclusions and exceptions permitted by law.[52]

Insurers are just as capable as investors in diversifying risks.[53] Due to specialisation efficiencies, however, insurance market is the best available institution to monitor and quantify tort risks; the business of insurers is just that of monitoring and assessing tort risks. This applies if, and only if, insurers are able to link premiums, *i.e*. their fee, and other conditions of an insurance policy

---

[50] See *e.g*. Shavell 1986, p. 54.

[51] Pettet 1995, p. 157.

[52] LoPucki 1996, p. 81.

[53] Arrow 1965, p. 47: "– – there are no other major institutions in which the shifting of risks through the market appears in such an explicit form as in insurance and common stocks." Franke 1996, p. 117: "We regard the shareholders as financiers and insurers of exogenous and endogenous risks of corporations. They diversify their portfolios and so get rid of unsystematic risks – –." See also Skogh 1991, p. 1.

to precautions of a particular insured enterprise. If insurers cannot asses the company's level of care and derive terms of insurance policy to it, then a classical dilemma of "moral hazard"[54] arises and enterprises are likely to take less care than if they did not have to buy coverage.[55] The dilemma of moral hazard is that it provides an enterprise the incentive to try transfer its risk for payment below the expected cost, to obtain a free gift.[56]

In an environment proposed by Pettet the moral hazard problem is escalated because a company would be required to take the policy on behalf of not itself or shareholders but possible tort victims. The moral hazard problem can be certainly be overcome by adjusting the insurance premium to reflect the increase in the expected loss resulting from the lesser care taking. The problem, however, is with this option that the premium requirement in an unlimited liability environment would likely to be set at a level so high that it would not be feasible for firms at all.

We are not claiming that in the prevailing regime of limited liability the companies are monitored perfectly by insurers. The point is that there are alternatives in practice to monitoring the behaviour and adjusting the premium accordingly. These take the form of partial insurance coverage, as in deductible or coinsurance. In both cases the resulting coverage is not complete; it leaves some risk on a risk averse enterprise and it does not completely solve the moral hazard problem.

If companies were required to have coverage to an unlimited amount they would have the hardest time finding such an insurance;[57] it would be outside the boundaries of insurability.[58] Insurers cannot control the actions of a company that does not have a true interest to limit accidents because the ultimate beneficiaries of the coverage would not be the company itself or its investors but outsiders, the tort creditors.

---

[54] Culp 2002, p. 316 provides a general description of the moral hazard problem: "When the purchaser of insurance can take actions that impact either the probability of incurring an insurable loss or the size of the loss and asymmetric information prevents the insurer from perfectly observing those actions of the insured, the problem of moral hazard may arise." Of optimal insurance contracts under moral hazard see Winter 2000, p. 155–183.

[55] See *e.g*. Shavell 1986, p. 54, where it is observed that if insurers cannot determine the quality of a utility's training program for a nuclear facility, the utility's incentives to adequately train a worker will be dulled by a liability insurance.

[56] Mackaay 1982, p. 179.

[57] Viscusi (1990) found in his statistical study of insurance markets in different US jurisdictions that the availability of insurance varies under different statutory regimes: the more the provisions capped the potential liability, the more insurance coverage was being available.

[58] Berliner (1982) reviews the general conditions of insurability.

Legislators in Finland and elsewhere have surely laboured numerous requirements for citizens to purchase liability coverage. The most notable example is the compulsory insurance for automobile owners that is common in most developed economies. But it is based on actuarial data of accident frequencies for different driver categories and as well for amounts of coverage actually paid; established insurers have collected such data during several decades. Similar information, however, is impossible to have of unforeseeable accidents that companies might cause in the future; experience based premiums can be determined *ex post* and so they will lag behind the observations of risky behaviour.[59] Thus, insurers would not simply offer unlimited coverage for such accidents.

To counter the argument presented above one could refer to the example of *Lloyds of London* which is world-famous for providing insurance even for the most extraordinary and bizarre accidents.[60] The sample size of similar events may be very small or even non-existent. Thus, there is no actuarial data available of such accidents to base a premium required meaning that the risk exposure from providing insurance may be considerable.[61]

Nevertheless, such contracts do exist and premiums for them are set in practice. It could be well argued that this kind of an insurance offered without actuarial basis is really equivalent to a lottery. Wouldn't Lloyds or similar organisations be then ready to offer insurance as well to cover the upper unlimited liability that Pettet refers to? The answer is no. Even the society of Lloyds is no place to find unlimited coverage: members have to name the maximum liability they can carry per year.[62] This in turn means that contracts written always provide the maximum amount to be paid. Thus, by contradicting the very basic principles of actuarial practice the proposal of Pettet is non-feasible in the real world of insurance.

Hansmann and Kraakman are by no means in favour of a mandatory insurance requirement described above.[63] However, in essence, they are proposing a similar system; they are only approaching the matter from a different angle than Pettet.

---

[59] Carney 2000, p. 686.

[60] Lloyd's is an insurance provider *sui generis*: it is not a company but a brokered market in which underwriting syndicates both compete and co-operate. The extraordinary policies issued by Lloyd's include a concert pianist's hands and the legs of a racehorse. Arshadi – Karels 1997, p. See also www.lloydsoflondon.com.

[61] Allsopp 1995, p. 354.

[62] Gastel 1995, p. 57: "Once elected into the Society, members select a membership category, based on their wealth. This dictates the maximum amount of risk they can underwrite for that year."

[63] Hansmann – Kraakman 1991, p. 1927.

In order to ease the worried mind of a small risk averse shareholder facing the prospect of unlimited liability they introduce a new concept: "portfolio insurance" which would cover the investor's stock holdings in a case of a tort claim. Hansmann and Kraakman, according to their own words, "– – do not see no reason why unlimited coverage ought not be available to small shareholders for a price that is not prohibitive."[64] What distinguishes this kind of insurance, however, of more common liability contracts written today, is exactly the open-ended nature of a possible loss that has to be covered. Therefore, this type on coverage does not exist in the current insurance markets. And just due to this feature of limitless liability, it is also unlikely that insurers would ever be willing to write such policies in the future. Hansmann and Kraakman do not seem to recognise the importance of this difference even though they state that the proposed concept of portfolio insurance is "uncoventional." On the contrary, they are ready to equalise portfolio insurance with more typical policies such as life insurance: "– – insurers – – might be willing to supply such coverage because, like life insurance sold to airline passengers, it would be profitable."[65]

To repeat shortly the argument we have already presented above, there is clearly no actuarial data available of corporate mass torts as is of motoring accidents. Therefore, it is highly unlikely that the insurers could assess the risks to set a premium for a portfolio insurance. This is also demonstrated in telephone interviews carried out by Hansmann and Kraakman where "– – writers of liability insurance for business claim to be able to control moral hazard by inspecting their insureds and employing experience ratings."[66] This is certainly so, but these interviewed insurance specialists have most likely considered in their comments only coverage of well-known risks and limited, not unlimited coverage.[67]

---

[64] *Ibid*, p. 1901.

[65] Hansmann and Kraakman also refer (*ibid*, fn. 62) to the British experience with mandatory auto liability insurance that does not carry upper cap, at least for personal injuries. However, maximum potential liability can be estimated quite accurately even regarding the British automobile insurance. Pursuant to Section 145(4) of the Road Traffic Act provides that the minimum insurance cover against property damage must be at least £250.000. Moreover, a person is exempted from the requirement to have an automobile insurance – against liability for death and injury to any person as well damage to property – altogether if she deposits with a certain authority a sum of £500.000. See Evans 2000, p. 326–327. This amount, covering all liability, represents reliable estimate of the maximum insurance coverage to be upheld by a court.

[66] Hansmann – Kraakman 1991, p. 1890.

[67] Halpern 1998, p. 590. Also Faure 1995, p. 459: "– – an insurer in essence will never provide unlimited coverage." For similar comments made by a representative of the insurance industry see *e.g.* Aickin 1986: "No risk is insurable without cover limitations to define the risk which is transferred." See also Culp 2002, p. 319: "It is rare to find an insurance contract without a policy limit some kind."

Moreover, in theoretical studies of insurance, it has been concluded that upper limits are optimal because beyond some point the expected benefit of additional coverage is smaller than its costs, given that the price of insurance must reflect the cost of paying losses that otherwise would fall on the counter-party of the contract.[68] To summarise, the theory of unlimited pro rata liability asks for more than the insurance market can ever bear.[69]

> At least in theory, insurance does not have to be bought from a third party; there is the possibility of "home-made" insurance. Already in 1976 *Richard Posner* proposed an in-house alternative to a mandatory insurance. According to him, a company involved in a dangerous activity should "– – post a bond equal to the highest reasonable estimate of the probable extent of its tort liability."[70] A requirement of posting such a bond would reserve funds available to meet possible tort liabilities of the company. This proposal, however, does not lend itself to be easily implemented in practice. For one thing, the "reasonable estimate" of maximum liability is hard to assess, even if one would be able to agree who – Posner does not provide guidance on this matter – is to made such an estimate. Difficulties in assessment are at least as severe as in the alternative of mandatory insurance.

4.2. Superpriority of Tort Claims

Still another option in providing more coverage to accident victims is to raise their status in a bankruptcy estate. A tort creditor's claim is unsecured by its nature. Thus she is – among the other unsecured creditors – the last one to collect from a bankruptcy estate. And most likely the estate's funds are already exhausted before her.

A security interest in property is a lien acquired by contract to assure performance of a debt of other obligation. Under the insolvency legislation, a secured creditor with a validly obtained lien has absolute priority – up to value of her security – over tort claims and other unsecured liabilities. Shortly, she can collect ahead of others, *inter alia* tort victims; they recover from the collateral only to the extent of the value, if any, in excess of the amount owed to the secured creditor. Only after her claim is satisfied, the other creditors may share remaining value of that asset in proportion to the proved amount of their claims.

The pros and cons of secured debt are heavily debated today among

---

[68] For a review, see Harrington – Danzon 2000, p. 287–288. Huberman *et al*. 1983, p. 416–426, provide a mathematical exposure of this.

[69] Bratton – McCahery 1997, p. 655.

[70] Posner 1976, p. 520.

American scholars.[71] Professor *Mark Roe* summarises possible benefits from an economic point of view:

> "First, the secured creditor can monitor the security offered and thereby sometimes stop the debtor from substituting riskier projects than it anticipated at the time it lends to the debtor. Second, the creditor may cut down on its own information gathering: it understands one part of the debtor's business and lends on the assets in the business it understands – –. Third, the first creditor is worried about the debtor borrowing and dissipating the proceeds of future loans, leaving the first creditor with a diluted claim it must share with other creditors; grabbing priority and a key asset reduces the debtor's and the new lender's incentives to borrow and take on risky projects in which the proceeds of the loan could be dissipated."[72]

Despite of these benefits some American professors, nevertheless, have been eager to propose a change in the law.[73] They would like to provide the tort victims priority over the secured creditors. According to this proposal the claims of tort victims can be elevated over those of secured creditors. By this the risk of damages would be internalised more than today by all investors that provide capital: only the harm in excess of the company's whole capital could be externalised. In other words, not just the stockowners but also the providers of the enterprise's debt capital would shoulder the risk to the amount of their investments.

On the other hand, there are several academics who disagree with the proposed elevation of tort claims. They suggest that without priority secured lending would not exist because the mere entry of judgements would virtually extinguish their interests.[74] Considered from the opposite view, however it can be claimed that tort creditors are better off with the current regime of secured lending: without the value furnished by the secured creditor the debtor would not be able to own the property in the first place.[75]

A somewhat milder version of superpriority has been offered in the literature: involuntary creditors should be allowed to have priority over not

---

[71] For economic analysis of law, the secured debt represents an unresolved puzzle. Already in late 1970s *Thomas H. Jackson* and *Anthony T. Kronman* raised the question: Why does the law allow a debtor prefer some creditors over others by securing their claims, instead of requiring equal footing to all creditors by a rule of sharing ratably in the debtors estate? (Jackson – Kronman 1979, p. 1146). Both Adler 1998 and Bowers 2000 review debates of this puzzle.

[72] Roe 2000, p. 217.

[73] See *e.g.* Clark 1976, p. 551, fn. 123; Leebron 1991, p. 1643–1649; and LoPucki 1994, p. 1907–1916.

[74] See *e.g.* Kripke 1985, p. 941–946.

[75] This summary draws on LoPucki 1996, p. 11.

secured creditors but unsecured voluntary creditors. This alternative does not alter the bargain of secured creditors but it comes with a price tag: besides introducing difficulty of determining which creditors are voluntary the coverage for tort victims would less than with strict superpriority. Another alternative is to reserve a part of secured debtor's collateral for unsecured tort victims.[76] Still another one is to allow only a partial priority of secured creditors.[77] When these options are considered, however, one needs to take into account the efficiency of secured debt: the higher the cost of financing the lesser funds are available for distribution to all creditors of the particular company.[78]

Surprisingly, the law and economics scholars seem to have missed another but quite obvious alternative:[79] In a case where a company is unable to cover the amount of tort judgement, the current holders of ordinary shares could be replaced by tort claimants. Then existing shares are nullified and new shares issued to accident victims, actually to a public governmental authority that holds them in a trust for the benefit of tort creditors. This would also mean that the bankruptcy is not an allowed option.

In due time the public authority would arrange an auction or otherwise resell the shares back to market and the collected monies would be allocated to tort victims. These funds would amount (almost) to the market value of the company's share capital and not just residual of the assets that are to be shared with other unsecured creditors. Considering the market value of major listed companies in Finland and elsewhere, it is likely that the collected amount of funds would be considerable. However, it remains as an empirical question whether this alternative is more effective in recovering than the pro rata -rule.[80]

> The proposed arrangement is not a novelty. It resembles the solution tested in the Norwegian banking crisis.[81] In late 1980s the state of Norway took the control of several banks that were about to collapse. The existing shares were

---

[76] Schwarcz 1997, p. 427, fn. 3, referring to a proposal made by professor *Elizabeth Warren* in 1996.

[77] Bebchuck – Fried 1997, p. 1328. See also Bebchuck – Fried 1996.

[78] See Mokal (2002) for a demonstration that secured credit, by inducing creditors to lend when they would not do so without being offered priority, is mutually advantageous for all kinds of creditor, even the unsecured ones.

[79] This alternative is not mentioned in the bibliographical surveys of limited liability debate by *e.g*. Carney 2000, Halpern 1998 and Kraakman 1998.

[80] See section 1.1.2 (*in fine*) above. Moreover, this proposal has similar flavour of fairness as the pro rata –rule because tort victims replace the owners of the company that has caused the accident.

[81] For a general description of the crisis, see *e.g*. Ongena *et al*. 2000, p. 4–9.

nullified by writing down the value of equity capital to zero and the state emerged as the sole owner of new equity capital. Some of these new shares were later sold to the market participants.[82]

This alternative does not affect the price of debt financing; the efficiency of secured credit would be preserved because the position of it is left intact. Moreover, the transformation of tort creditors to beneficial owners of equity capital would in principle be without an impact on the value of shares because the transaction affects only the ownership of the company but not the cash flows between it and outsiders.

To be sure, the prospect of possible major tort claim may depress the share price because the current owners try to rush and sell their stocks before they are nullified. But when the authority later resells the new shares back to the market, their valuation would derive from the business prospects and assets of the company.

5. SUMMARY

Investors may easily divide their holdings between several listed companies. By diversifying the portfolio funds most of the specific risk deriving from each company in the portfolio is eliminated; however, the market risk is always to be shouldered if an investor participates in the stock market. But this is the burden that an investor takes on to carry knowingly.

Tort victims do not enjoy similar luxury of choices regarding risk-control as investors. They cannot *ex ante*, before the accident materialises, decide the maximum loss they are ready to carry. To be sure, a potential victim may take out an insurance. But it cannot be known with certainty whether the insurance will cover that particular accident which she is to encounter later; the policy may well exclude that particular type of accident *e.g.* as a *force majeure*. Moreover, the insurance policy has an upper cap in almost every case: a provision sets the maximum that can be paid out to the victim. Liability in excess of this threshold is not covered by the insurance.

Shareholders are efficient risk-bearers. Therefore, one is tempted to conclude that they are better suited to bear the costs of accident than tort victims. Within this framework American legal scholars *Henry Hansmann* and *Reinier Kraakman* have proposed in early 1990s that each shareholder of a listed company should have a secondarily liability to bear the tort judgements of the firm on a pro rata basis.

[82] Mayes – Halme – Liuksila 2001, p. 38–39.

In this article, however, I have pointed out to the crucial condition for risk-bearing based on diversifying the stock portfolio: the maximum liability in each company has to be known *ex ante*. This compels the authority to state explicitly the upper limit for liability. The current system where the excess liability is set at zero is also a choice made by the legislator. No matter the actual choice, a system where each and every shareholder takes on a pro rata liability for assessment when she purchases her shares is viable as long as the maximum liability is specified *ex ante*.

There exists, however, an alternative to extended liability to stockholders. If the legislator or regulator does not want to choose the numerator for liability, an option is to nullify the current share capital of a company unable to meet the mass tort claim and grant the same amount of new equity in favour of the accident victims. These shares in turn can be resold at the stock market and the proceedings allocated to the victims.

BIBLIOGRAPHY

ADLER, Barry E. (1998). Secured Credit Contracts. In: NEWMAN, Peter (Ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. 3 (P–Z)*. Great Britain. ISBN 0333-67667-X.

AICKIN, Malcolm (1986). Legal and Cover Restrictions. *The Geneva Papers on Risk and Insurance*. Pgs. 157–167.

ALLSOPP, Vicky (1995). *Understanding Economics*. Great Britain. ISBN 0-415-09132-2.

ARROW, Kenneth J. (1965). Insurance, Risk, and Resource Allocation. In: ARROW, Kenneth J., *Aspects of The Theory of Risk Bearing*. Helsinki.

ARSHADI, Nasser – KARELS, Gordon V. (1997). *Modern Financial Intermediaries and Markets*. USA. ISBN 0-13-277410-0.

ASHENFELTER, Orley – LEVINE, Philip B. – ZIMMERMAN, David J. (2003). *Statistics and Econometrics: Methods and Applications*. USA. ISBN 0-471-10787-5.

BEBCHUCK, Lucien Arye – FRIED, Jesse M. (1996). The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy. *Yale Law Journal*. Pgs. 857–934.

BEBCHUCK, Lucien Arye – FRIED, Jesse M. (1997). The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and Reply to Critics. *Cornell Law Review*. Pgs. 1279–1348.

BERLINER, Baruch (1982). *Limits of Insurability of Risks*. USA. ISBN 0-13-536789-1.

BOVERS, James W. (2000). Security Interests, Creditors' Priorities and Bankruptcy. In: BOUCKAERT, Boudewijn – De GEEST, Gerrit (Eds.). *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II – Civil Law and Economics*. Great Britain. ISBN 1-85898-985-X.

BRATTON, William W. – McCAHERY, Joseph A. (1997). An Inquiry into the Efficiency of the Limited Liability Company: Of Theory of Firm and Regulatory Competition. *Washington & Lee Law Review*. Pgs. 629–686.

BREALEY, Richard A. – MYERS, Stewart C. (2000). *Principles of Corporate Finance* (6th Ed.). United Kingdom. ISBN 0-07-290999-4.

BRIYS, Eric – de VARANNE, Francois (2000). 1.000 Years of Risk Management. *Risk* (January). Pgs. 47–48.

BROOKS, Richard R. (2002). Liability and Organizational Choice. *Journal of Law and Economics*. Pgs. 91–125.

CARNEY, William J. (2000). Limited Liability. In: BOUCKAERT, Boudewijn – De GEEST, Gerrit (Eds.). *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III – The Regulation of Contracts*. Great Britain. ISBN 1-85898-986-6.

CLARK, Robert C. (1976). The Duties of the Corporate Debtor to Its Creditors. *Harvard Law Review*. Pgs. 505–562.

CULP, Christopher L. (2002). *The Art of Risk Management – Alternative Risk Transfer, Capital Structure, and the Convergence of Insurance and Capital Markets*. USA. ISBN 0-471-12495-8.

DAMODARAN, Aswath (2001). *Corporate Finance – Theory and Practice (Second Ed.)*. USA. ISBN 0-471-28332-0.

DEMBO, Ron S. – FREEMAN, Andrew (1998). *The Rules of Risk*. USA. ISBN 0-471-24736-7.

EASTERBROOK, Frank H. – FISCHEL, Daniel R. (1991). *The Economic Structure of Corporate Law*. USA. ISBN 0-674-23538-X.

EVANS, Andrew (2000). *Liability, Risk and the Law*. London. ISBN 1-85609-190-2.

ESTY, Benjamin (1998). The Impact of Contingent Liability on Commercial Bank Risk Taking. *Journal of Financial Economics*. Pgs. 189–218.

FABOZZI, Frank J. – GUPTA, Francis – MARKOWITZ, Harry M. (2002). The Legacy of Modern Portfolio Theory. *Institutional Investor*, Fall. Pgs. 7–22.

FAURE, Michael G. (1995). The Limits to Insurability from a Law and Economics Perspective. *The Geneve Papers on Risk and Insurance*. Pgs. 454–462.

FRANKE, Günther (1996). Shareholders as Insurers of the Firm. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, s. 113–122.

GASTEL, Ruth (1995). The Lloyd's of London Marketplace. In: GASTEL, Ruth (Ed.), *Reinsurance: Fundamentals and New Challenges* (3rd Ed.) USA. ISBN 0-932387-43-8.

GILSON, Ronald J. – BLACK, Bernard S. (1995). *The Law and Finance of Corporate Acquisitions* (2nd Ed.). USA. ISBN 1-56662-067-8.

GREENWALD, B. – STIGLITZ, J.E. (1992). Information, Finance, and Markets. *Industrial and Corporate Change*. Pgs. 37–63.

GROSSMAN, Peter Z. (1995). The Market for Shares of Companies with Unlimited Liability: The Case of American Express. *Journal of Legal Studies*. Pgs. 63–85.

HALPERN, Paul (1998). Limited and Extended Liability Regimes. In: NEWMAN, Peter (Ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. 2 (E – O)*. Great Britain. ISBN 0333-67667-X.

HAMILTON, Robert W. (1997). Limited Liability in Historical Perspective. *Washington & Lee Law Review*. Pgs. 615–627.

HANSMANN, Henry – KRAAKMAN, Reinier (1991). Toward Unlimited Liability for Corporate Torts. *Yale Law Journal*. Pgs. 1879–1934.

HARRINGTON, Scott E. – DANZON, Patricia M. (2000). The Economics of Liability Insurance. In: DIONNE, Georges (Ed.), *Handbook of Insurance*. USA. ISBN 0-7923-7870-9.

HILL, Claire A. (2002). Is Secured Debt Efficient? *University of Texas Law Review*. Pgs. 1117–1177.

HUBERMAN, Gur – MAYERS, David – SMITH, Clifford W. Jr. (1983). Optimal Insurance Policy Indemnity Schedules. *Bell Journal of Economics*. Pgs. 415–426.

JACKSON, Howell E. (1993). Losses from National Bank Failures During the Great Depression: a Response to Professors Macey and Miller. *Wake Forest Law Review*. Pgs. 919–932.

JACKSON, Thomas H. – KRONMAN, Anthony T. (1979). Secured Financing and Priorities Among Creditors. *Yale Law Journal*. Pgs. 1143–1182.

JEFFERYS, J.B. (1946). The Denomination and Character of Shares, 1855–1885. In: CARUS-WILSON (Ed., 1954), *Essays in Economic History*. Vol. 1. London.

KILPI, Jukka (1998). *The Ethics of Bankruptcy*. Great Britain. ISBN 0-415-17174-1.

KLEIN, William A. – COFFEE, John C. Jr. (1996). *Business Organization and Finance – Legal and Economic Principles* (6th Ed.). USA. ISBN 1-56662-329-4.

KOHN, Meir (1999). *The Capital Market Before 1600*. (Dartmouth College, Department of Economics, Working Paper 99–06.). USA.

KRAAKMAN, Reinier (1998). Unlimited Shareholder Liability. In: NEWMAN, Peter (Ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. 3 (P – Z)*. Great Britain. ISBN 0333-67667-X.

KRIPKE, Homer (1985). Law and Economics: Measuring the Economic Efficiency of Commercial Law in a Vacuum of Fact. *University of Pennsylvania Law Review*. Pgs. 929.

LEEBRON, David W. (1991). Limited Liability, Tort Victims, and Creditors. *Columbia Law Review*. Pgs. 1565–1650.

LoPUCKI, Lynn M. (1994). The Unsecured Creditor's Bargain. *Virginia Law Review*. Pgs. 1887–1865.

LoPUCKI, Lynn M. (1996). The Death of Liability. *Yale Law Journal*. Pgs. 1–92.

LoPUCKI, Lynn M. (1998). Virtual Judgment Proofing: A Rejoinder. *Yale Law Journal*. Pgs.1413–1434.

LoPUCKI, Lynn M. (1998a). The Essential Structure of Judgment Proofing. *Stanford Law Review*. Pgs. 147–160.

LoPUCKI, Lynn M. (1999). The Irrefutable Logic of Judgment Proofing: A Reply to Professor Schwarcz. *Stanford Law Review*. Pgs. 55–71.

MACEY, Jonathan R. – MILLER, Geoffrey P. (1992). Double Liability of Bank Shareholders: History and Implications. *Wake Forest Law Review*. Pgs. 31–62.

MACEY, Jonathan R. – MILLER, Geoffrey P. (1993). Double Liability of Bank Shareholders: A Look at New Data. *Wake Forest Law Review*. Pgs. 933–941.

MACKAAY, Eljan (1982). *Economics of Information and Law*. USA. ISBN 0-89838-100-2.

MARKOWITZ, Harry (1952). Portfolio Selection. *Journal of Finance*. Pgs. 77–91.

MASON, Scott P. (1995). The Allocation of Risk. In: CRANE, Dwight B. (et al.), *The Global Financial System – A Functional Perspective*. USA. ISBN 0-87584-622-X.

MAYES, David G. – HALME, Liisa – LIUKSILA, Aarno (2001). *Improving Banking Supervision*. Great Britain. ISBN 0-333-94896-3.

MENDELSON, Nina A. (2002). A Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts. *Columbia Law Review*. Pgs. 1203–1303.

MITCHELL, Lawrence E. (2001). *Corporate Irresponsibility*. USA. ISBN 0-3000-090223-4.

MOKAL, Riz (2002). *The Search for Someone to Save: A Defensive Case for the Priority of Secured Credit* (Manuscript, Forthcoming in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, Issue 4 (December 2002)). England.

MOONEY, Charles W. Jr. (1999). Judgement Proofing, Bankruptcy Policy, and the Dark Side of Tort Liability. *Stanford Law Review*. Pgs. 73–76.

ONGENA, Steven – SMITH, David C. – MICHALSEN, Dag (2000). *Firms*

and Their Distressed Banks: Lessons from the Norwegian Banking Crisis 1988–1991 (Board of Governors of the Federal Reserve System, International Finance Discussion Papers, No. 686). USA.

PETTET, Ben (1995). Limited Liability – A Principle for the 21st Century? In: FREEMAN, M.D.A. – HALSON, R. (Eds.). *Current Legal Problems – Part 2: Collected Papers*. Oxford.

POSNER, Richard A. (1976). The Rights of Creditors of Affiliated Corporations. *The University of Chicago Law Review*. Pgs. 499–526.

RIBSTEIN, Larry E. – KOBAYASHI, Bruce H. (1998). Partnership. In: NEWMAN, Peter (Ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol. 2 (E – O)*. United Kingdom. ISBN 0333-67667-X.

RINGLEB, Al H. – WIGGINS, Steven N. (1990). Liability and Large-Scale, Long-Term Hazards. *Journal of Political Economy*. Pgs. 574–595.

ROE, Mark A. (2000). *Corporate Reorganization and Bankruptcy*. USA. ISBN 1-56662-966-7.

ROSS, Sheldon M. (1999). *An Introduction to Mathematical Finance – Options and Other Topics*. USA. ISBN 0-521-77043-2.

ROY, A.D. (1952). Safety First and the Holding of Assets. In: ARCHER, Stephen H. – D'AMBROSIO, Charles A. (Eds.; 1976), *The Theory of Business Finance – A Book of Readings*. USA. ISBN 0-02-303820-9.

SHAVELL, Steven (1986). The Judgement Proof Problem. *International Review of Law and Economics*. Pgs. 45–58.

SHAVELL, Steven (2000). *On the Social Function and the Regulation on Liability Insurance.* (Harvard Law School, Law and Economics Discussion Paper No. 278.) USA.

SMITH, Michael L. – KANE, Stephen A. (1994). The Law of Large Numbers and the Strength of Insurance. In: GUSTAVSON, Sandra G. – HARRINGTON, Scott E. (Eds.), *Insurance, Risk Management, and Public Policy – Essays in Memory of Robert I. Mehr*. USA.

SCHWARCZ, Steven L. (1997). The Easy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy. *Duke Law Journal*. Pgs. 425–489.

SCHWARCZ, Steven L. (1999). The Inherent Irrationality of Judgment Proofing. *Stanford Law Review*. Pgs. 1–53.

SCHWARCZ, Steven L. (1999a). Judgment Proofing: A Rejoinder. *Stanford Law Review*. Pgs. 77–85.

SKOGH, Göran (1991). *Vad skiljer försäkring från annan finansiell verksamhet?* (SNS – Occasional Paper, Nr. 32). Sverige.

STATMAN, M. (1987). How Many Stocks Make a Diversified Portfolio? *Journal of Financial and Quantitative Analysis*. Pgs. 353–364.

STIGLITZ, Joseph E. (1994). *Whither Socialism*. USA. ISBN 0-262-9182-5.

SUVAS, Arto (1994). Importance of the Risky Debt and Limited Liability Assumptions: A Note. In: SUVAS, Arto, *Essays on Valuation of the Firm*. Vaasa. ISBN 951-683-523-6.

TURNER, John D. (2001). *The Trading of Unlimited Liability Shares: The Bagehot Problem* (Draft prepared for the Canadian Law and Economics Association conference, 4th September 2001).

VISCUSI, W.K. (1990). The Performance of Liability Insurance in States with Different Products-Liability Statutes. *Journal of Legal Studies*. Pgs. 809–836.

WATSHAM, Terry J. – PARRAMORE, Keith (1997). *Quantitative Methods in Finance*. Great Britain. ISBN 0-412-60820-0.

WEINSTEIN, Mark I. (2001). *Share Price Changes and the Arrival of Limited Liability in California* (Preliminary Study, Dated September 24, 2001). USA.

WESTON, Fred J. – COPELAND, Thomas E. (1992). *Managerial Finance* (9th Ed.). USA. ISBN 0-03-055883-2.

WHITE, James J. (1998). Corporate Judgement Proofing: A Response to Lynn LoPucki's The Death of Liability. *Yale Law Journal*. Pgs. 1363–1412.

WILSON, Barry – KANE, Edward (1996). *The Demise of Double Liability as an Optimal Contract for Large-Bank Shareholders* (National Bureau of Economic Research – NBER, Working Paper 5848). USA.

WINTER, Ralph A. (2000). Optimal Insurance under Moral Hazard. In: DIONNE, Georges (Ed.), *Handbook of Insurance*. USA. ISBN 0-7923-7870-9.

WYLIE, Veronica (1999). *Challenging the Corporate Law Tradition: A Socialist Feminist Critique* (Manuscript, December 1999).

YAN, Yuxing (1999). *Double Liability, Moral Hazard and Deposit Insurance Schemes* (Manuscript, August 20, 1999). USA.

Kaisa Korpijaakko-Labba

VALTIONMAAT SUOMEN KIINTEISTÖJÄRJESTELMÄSSÄ – ERITYISESTI SILMÄLLÄ PITÄEN SAAMELAISTEN MAAOIKEUSASIAA

Sisällys

I KUINKA SUOMEN LAPISTA TULI OSA SUOMEN VALTAKUNTAA 299
1. Johdanto 299
2. Suomen virkamiehet alkavat hallinnoida Suomen Lappia 300
3. Kuinka valtio on pyrkinyt perustelemaan oikeuttaan pohjoisiin maihin ja vesiin 303
3.1. Maa- ja metsätalousministeriön vastaus Eduskunnassa esitettyyn kirjalliseen kysymykseen n:o 994/1997 304
3.2. Maanmittauslaitoksen lausunto selvitysmies Pekka Vihervuoren selvityksen johdosta 2000-03-31 305
3.3. Maanmittauslaitoksen lausunto saamelaistoimikunnan mietinnön johdosta 2002-02-12 307

II SUOMALAISEN KIINTEISTÖJÄRJESTELMÄN VAATIMUKSET LAILLISEN SAANNON SYNTYMISELLE MAAHAN JA VETEEN 310
1. Suomalaisen kiinteistöjärjestelmän perusjaotus: kiinteistöt ja muut alueet, sekä kuinka valtionmetsämaista muodostettiin lainmuutoksin kiinteistö 311
1.1. Maakirja 312
1.2. Maarekisteri 313
1.3. Jakolain muutos 1976 314
1.4. Kiinteistörekisterilaki 1985, kiinteistön-muodostamislaki 1995 315
2. Kiinteistön muodollisista ja aineellisista tunnusmerkeistä suhteessa valtion metsämaa -kiinteistöön 318
3. Valtionmaiden kirjaamiskäytäntö osana metsähallinnon toimintaa 320
4. Metsälainsäädäntö 1683–1886 323
5. Ns. väliaikaiset liikamaiden erottamiset 329
6. Pohjoisten kuntien isojaot 331
7. Pohjoiset vesipiirirajankäyntitoimitukset 334

III YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSET 340
1. Valtionmaakiinteistön syntyminen pähkinänkuoressa 340
2. Vuoden 1976 jakolain muutoksen ajoitus 342
3. Valtion oikeusaseman tutkimisesta 344

KIRJALLISUUS- JA LÄHDELUETTELO 346

STATE FORESTS WITHIN THE FINNISH LEGAL SYSTEM –
ESPECIALLY RELATED TO SÁMI LAND RIGHTS 349

Valtionmaat Suomen kiinteistöjärjestelmässä – erityisesti silmällä pitäen saamelaisten maaoikeusasiaa*

I. KUINKA SUOMEN LAPISTA TULI OSA SUOMEN VALTAKUNTAA

1. Johdanto

Ruotsin valtakunnasta alkoi tunnetulla tavalla syntyä todellinen yhtenäisvaltio 1500-luvulla Kustaa Vaasan noustua valtaan. Vaikka varsinaisen Suomenkin liittäminen Ruotsiin tapahtui sotien ja jopa sisällissotien kautta, pohjoiset äärialueet, Lapinmaa, olivat säilyneet pitkään ikään kuin ei-kenenkään maana: valtataisteluun sen hallinnasta olivat vuosisatoja osallistuneet Ruotsin ohella Tanska-Norja sekä Novgorod-Venäjä. Eräänlaiseksi voittajaksi, jos niin voidaan sanoa, päätyi Ruotsi, joka vakiinnutti valta-asemansa laajimpaan osaan kiistanalaisia alueita.

Ruotsin Lapinmaa, nykyinen Suomen Lappi mukaan lukien, ei siis ennen vuotta 1809 kuulunut varsinaiseen Suomeen. Ruotsin vuoden 1634 hallitusmuodon mukaan Länsipohja kaikkine lappeineen määrättiin kuuluviksi Norrlannin lääniin; lappeja olivat Uumajan, Piitimen, Luulajan, Tornion ja Kemin lapit. Vuonna 1638 Länsipohjasta muodostettiin oma lääninsä (Västerbottens län), ja kaikki lapit, nykyinen Suomen lappi mukaan lukien, seurasivat sen kohtaloita aina vuoteen 1809 eli Haminan rauhaan asti. Läänissä toimi luonnollisesti oma virkakuntansa ja hallintonsa, ja läänin pääkaupunkina toimi yleensä Uumaja, läänin maaherran toimipaikka. Kartalla tarkastellen sellaiset alueet kuten Kittilä, Sodankylä, Sompio ja Kuusamonkin seutu kuuluivat Länsipohjan lääniin, eivät varsinaiseen Suomeen – sellaisista alueista kuin Inari, Utsjoki tai Enontekiö puhumattakaan.

---

*Tämän artikkelin kiinteistöoikeudelliset tarkastelut sisältyvät myös osittain Saamelaiskäräjille osoitettuun Maanomistustyöryhmän selvitykseen saamelaisten kotiseutualueen maakysymyksessä, sen I osamietintöön. Tämän kirjoittaja toimi työryhmässä tieteellisenä asiantuntijana. [Enontekiö 2002.]

Ratkaiseva muutos valtasuhteissa tapahtui vuonna 1809 Ruotsin hävittyä sodan Venäjää vastaan. Rauhanehdot olivat kovat: uusi valtakunnanraja määrättiin kulkemaan Tornion- ja Muonionjoen (ja pohjoisimmassa Enontekiössä Könkämäenoa) myötäillen. Varsinkin Enontekiöllä muutos oli dramaattinen: uusi raja halkaisi ikivanhat Rounalan ja Suonttavaaran kylien alueet jokseenkin tasan kahtia. Väestö joutui varmaankin sen ajan oloissa käsittämättömän valinnan eteen – varsinkin ne alueen paimentolaissaamelaiset, joiden vanhat veromaat olivat sijainneet kummallakin puolella uutta rajaa: pysyäkö ruotsalaisena vain ryhtyäkö Suuriruhtinaskunnan alamaiseksi ja veronmaksajaksi. Suomen alueen puoleinen väestömäärä pysyi varsin vähäisenä siitä eteenpäinkin, kun taas Ruotsille jääneisiin kylien puoliskoihin syntyi suoranainen liikakansoitus, porotungoksesta puhumattakaan.[1]

Haminan rauhan seurauksena syntyi kuitenkin Suomen lappi, joka näin oli erotettu vanhasta emämaastaan vieläkin rajummalla otteella kuin vanha Suomi. Ruotsin vallan aikana alueella olivat toimineet pääosin ruotsalaiset virkamiehet, ja ennen eroa syntynyttä valtaisaa ja sisällöltään rikasta asiakirja-aineistoa säilytetään vieläkin pääosin Ruotsissa – Suomessa ainoastaan mikrofilmikopiota.

2. Suomen virkamiehet alkavat hallinnoida Suomen Lappia

Ei liene väärin todeta, että uudet suomalaiset virkamiehet olivat jokseenkin ymmällään, mitä tälle Suomelle yllättäen langenneelle karulle alueelle oikein olisi tehtävä ja kuinka siellä olisi toimittava. Useiden muiden kirjallisten mainintojen ja muistiinpanojen ohella väite on helppo todentaa niistä lukuisista komiteatöistä, joiden tehtävänä oli laatia suunnitelmat alueen olojen järjestämiseksi. Jo autonomian ajalla asetettiin toimeensa Lapinmaan taloudellisten alueiden tutkimista varten asetettu komitea (KM 1905:3). Paitsi että komitea piti uusien uudisasukkaiden asettumista pohjoiseen välttämättömänä, se piti myös alueen saamelaisen väestön asettumista uudisasukkaiksi tärkeänä sekä siveellisessä että kansantaloudellisessa mielessä (s. 225). Työtä leimasi siis muun ohella mitä voimakkain sulauttamisen päämäärä.

Suomen autonomian ajalle lukeutuvassa Senaatin talousosaston päätöksenteossa ”valtionmaakysymys” alkaa jo irrota ilmiöksi, joka ei valtion oman päätöksenteon taholla kaivannut enempiä perusteluja vaan alkoi elää omilla ehdoil-

[1] Toisin kuin lukuisissa viimeaikaisissa lehtikirjoituksissa on yritetty väittää, kyseinen valinta ei tietenkään ollut mitään ”muuttamista” valtakunnan alueelta toiseen ja siten, että Suuriruhtinaskunnan alamaisuuden valinneet olisivat ”ulkomailta Suomeen muuttaneita porolappalaisia”. Tällaiset väitteet sisältävät jo lähtökohdissaan karkean historiallisen virheen.

laan. Se tosiasia, ettei Lapinmaassa ollut suoritettu vielä lainkaan isojakoja (joissa yksityisten tilukset vahvistettiin lopullisesti ja erotettiin valtiolle mahdollisesti jäävistä alueista), unohdetaan yleensä kokonaan. Koko alueen mittasuhteita ajatellen alueellisesti varsin pienen osan muodostaneiden uudistilojen ulkopuolelle jääneitä alueita alettiin ilman tarkempia tutkimuksia pitää ”kruunumaana” (Suomen itsenäistymisen jälkeen valtion metsämaana), jonka käytöstä valtiolla katsottiin olevan oikeus määrätä kaikissa suhteissa.

Uudisasutukseen nähden kokonaan toisenlaisen ratkaisun esitti pian vuoden 1905 komitean jälkeen vuonna 1910 työnsä jättänyt Suojelusalueitten erottamista varten asetettu komitea (KM 1910:7). Tämän komitean ratkaisuehdotus oli aivan päinvastainen kuin edellä. Komitea perustelee esityksiään esimerkiksi seuraavasti: ”Läpikäyvänä perusajatuksena suojametsäalueiksi julistettujen seutujen omistukseen nähden on aina ollut se, että tällaisista yleisen hyödyn kannalta turvattavista alueista on koetettava säilyttää valtion hallussa niin suuri osa kuin mahdollista” (s. 163).

Perustelut jatkuvat seuraavasti: ”Edellä on jo huomautettu, että se (s.o.) komissio on *katsonut* kaikki varsinaisen havumetsäalueen pohjois- ja yläpuolella olevat tunturiseudut jätettäväksi kaikenlaiseen pysyväiseen asutukseen kelpaamattomina *valtion haltuun*” (kurs. tässä).

Inariin ja Enontekiölle komissio ei edelliseen liittyen halunnut lainkaan uutta asutusta (s. 183).

Olennaista ”valtion oikeuden syntymisen” osalta on tietenkin se, että kumpikin komitea on katsonut valtion oikeuden syntyneen pohjoisiin alueisiin jo ennen niiden työskentelyä, tässä tapauksessa siis Ruotsin vallan aikana. Valtionmaakysymyksen ratkaisun avaimia on tältä pohjalta etsittävä ensin puhtaasti ruotsalaisesta käytännöstä ja Ruotsin oikeusjärjestyksestä käsin.

Vuoden 1910 komitean jälkeen Lapin olojen tutkimista varten asetettiin toimeensa lukuisia uusia komiteoita ja toimikuntia, joiden työt eivät tunnetulla tavalla ole tähän päivään mennessä tuottaneet itse maakysymyksen kohdalla tuloksia – eivät ainakaan saamelaisten oikeuksien parantamiseksi – vaikka komiteoiden töiden viralliseksi päämääräksi onkin monesti asetettu saamelaisten olojen kohentaminen. Tällaisia ovat olleet muun muassa Lapin komitea (KM 1938:8), Saamelaisasiain komitea (1952:12), Saamelaiskomitea (KM 1973:46), Saamelaisasiain neuvottelukunnan ehdotus saamelaislaiksi (1990) ja vielä viimeksi Saamelaistoimikunta (2001). Tämän lisäksi valtio on selvityttänyt maakysymystä kahden eri selvitysmies-asiantuntijan voimin (OTT Vihervuori 1999, OTT Wirilander 2001).

Viimeisimpiä komiteoita asettaessaan oikeusministeriö on selvästi lausunut lähtökohtana olevan, että nykyiset valtionmaat pysyvät edelleen valtion omistuksessa ja metsähallituksen hallinnassa (oikeusministeriön tiedotteet

25.5.1999 ja 22.11.2000). Tarkoituksena on ainoastaan ollut luoda ”vähimmäisratkaisu” sille, että Suomi voisi ratifioida kansainvälisen työjärjestön alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen n:o 169.

Viimevaiheissaan pohjoisen maakysymyksen selvittelytyöt ovat siis ratkaisevasti olleet sidoksissa hallituksen omaan kannanottoon vuodelta 1990 (HE n:o 306 1990 vp.), jolloin Suomen hallitus katsoi, ettei edellä viitatun sopimuksen ratifiointi ole mahdollista ennen kuin Suomen sisäinen lainsäädäntö saamelaisten maaoikeusasiassa korotetaan ILO-sopimuksen edellyttämälle tasolle. Asiassa todetaan yksiselitteisesti: ”ILO-neuvottelukunta on käsitellyt yleissopimuksen ja katsoo, ettei sen ratifioinnille ole riittäviä edellytyksiä. Neuvottelukunta pitää kuitenkin tärkeänä Suomen lainsäädännön kehittämistä siten, että yleissopimuksen ratifiointiesteet pyritään pikaisesti poistamaan” (s. 2).

> **Yleissopimuksen sanamuoto ei tässä pääasiassa ole edes tulkinnanvarainen. Sen 14. artiklan mukaan kyseisille kansoille on tunnustettava omistus- ja hallintaoikeus niihin maihin, joilla ne perinteisesti asuvat. Artiklan 2. kohdan mukaan hallitusten on tarpeellisin toimenpitein määriteltävä kysymyksessä olevien kansojen perinteisesti asuttamat maat ja taattava tehokas suoja niiden omistus- ja hallintaoikeudelle. – Se, tulisiko kysymykseen omistus- vaiko hallintaoikeus, on tässä tavallaan toisarvoinen kysymys. Selvää on, ettei jonkinlainen jokamiehenoikeus kaikkien muiden paikkakuntalaisten kanssa riitä täyttämään sopimuksen vaatimuksia.**[2]

Vuoden 2001 saamelaistoimikunnan työn valmistuttua ja käytyä läpi lausuntokierroksen oikeusministeriö on kuitenkin ilmoittanut julkisuudessa, ettei Suomi tässä vaiheessa aio pyrkiäkään ratifioimaan sopimusta, syynä Saamelaiskäräjien taktikointi asiassa (Helsingin Sanomat 7.10.2003).

Useiden vuosien ajan kestänyt ja epäilyttämättä kallis työ on siis valunut hukkaan, ja syyllisiksi on leimattu juuri saamelaisosapuoli, joka Suomen uudessa perustuslaissa (1999/731) on vahvistettu Suomen alkuperäiskansaksi, ja jolle perustuslain voimalla on vahvistettu oma kulttuuriautonomia, maan ja veden käyttöoikeus mukaan lukien (17.3 § ja 121.4 §). Juuri tämän kulttuuriautonomian ylimpänä toteuttajana toimii saamelaisten keskuudestaan parlamentaarisesti valitsema Saamelaiskäräjät siten kuin saamelaiskäräjälaissa tarkemmin säädetään (1995/974)

---

[2] Tällä et tietenkään tarkoiteta sitä, että alkuperäiskansojen saati sitten pohjoiset maat pirskottaisiin ja palautettaisiin yksityisille saamelaisille tyypilliseksi, jopa myyntikelpoiseksi omaisuudeksi. Valitettavasti eräät poliitikot ja ns. harrastelijatutkijat ovat lausunnoissaan tulkinneet asiaa juuri tähän suuntaan, tuskin aina vilpittömässä mielessä.

3. Kuinka valtio on pyrkinyt perustelemaan oikeuttaan pohjoisiin maihin ja vesiin

Oman mielenkiintoisen lukunsa problematiikassa muodostaa se, kuinka Suomen valtio itse aivan viime aikoina on perustellut omistusoikeuttaan niihin maihin ja vesiin, jotka muun muassa vuoden 1905 komitea ”katsoi” kuuluviksi valtion hallintaan. Nämä perustelut liittyvät kiinteästi siihen keskusteluun, joka nousi voimallisena esille hallituksen vuoden 1990 esityksen jälkeen, ja siihen, kuinka asiaa sittemmin on pyritty hoitamaan juuri valtion itsensä taholta.

Käsitykset pohjoisten maiden ja vesien kuulumisesta valtiolle eivät ole uusia; onhan Kustaa Vaasa kuuluisassa kirjeessään vuodelta 1542 julistanut jopa kaiken asumattoman valtakunnassa sijaitsevan maan kuuluvan Ruotsin kruunulle eikä yksityisille. Aiheeseen liittyvä kirjoittelu on siis ikivanhaa perua, mutta todellisen oikeushistoriallisen tutkimuksen kohteenakin problematiikka on ollut jo useamman tutkijasukupolven voimin. Asiaa ovat lisäksi selkiyttäneet lukuisat, osin laajatkin oikeudenkäynnit, joissa annetut korkeimpien oikeusasteiden ratkaisut ovat entisestään varmentaneet oikeusjärjestyksen ja historiallisen kehityksen todellista sisältöä ruotsalais-suomalaisessa maanomistusoikeudessa. Valtakunnassa tapahtuneen kiinteistöoikeudellisen kehityksen historiallisia vaiheita ja aiheeseen liittyvää käsitteistöä voidaan siis tänä päivänä pitää selkiytyneenä ja pääkohdiltaan riidattomana.

Valtakunnan pohjoisimmissa osissa tapahtunut vastaava kehitys on ollut tutkimuksellisesti laiminlyötyä aluetta huomattavasti pitemmän ajan. Kuitenkin myös tämä asia on korjautunut viimeisten kolmen vuosikymmenen aikana. Aiheesta on julkaistu useita vahvasti dokumentoituja tutkimuksia, joissa saavutettuja tuloksia ei ole tieteellisessä tarkastelussa asetettu kysymyksenalaisiksi. Saamelaisten aikaisempaa maanomistusoikeutta maahan – joka vanhastaan oli yleisesti kiistetty – pidetään nyt lopullisesti toteennäytettynä asiana. Aiheen tiimoilla ajoittain kiivaana vellonut väittely ei ole ollutkaan luonteeltaan tieteellistä, vaan se on selkeästi liittynyt yleisempiin poliittisiin päämääriin ja tarkoitusperiin niin yleisvaltakunnallisella kuin paikallisellakin tasolla.

Tässä yhteydessä on vielä erityisesti viitattava Ruotsissa 1970-luvulla vireillä olleeseen laajaan ns. verotunturioikeudenkäyntiin, joka päätyi Ruotsin korkeimman oikeuden antamaan tuomioon 1981 DT 2.[3] Tuomion huomattavan laajoissa perusteluissa käsitellään kohta kohdalta keskeisimpiä Lapinmaan maankäyttöä koskevien lakien ja asetusten sisältöä sekä selkiytetään niiden sisältö ja merkitys käytännössä. Kuten edellä jo viitattiin, Suomen ja Lapin-

[3] Julkaistu alun perin julkaisussa *Nytt juridiskt arkiv* 1981:1, sisältäen kaiken kaikkiaan 253 painettua sivua.

maan oltua osa Ruotsin valtakuntaa aina vuoteen 1809 asti Ruotsin korkeimman oikeuden kanta näissä asioissa pätee luonnollisesti myös Suomessa vuotta 1809 edeltäneen ajanjakson osalta.

Juuri tältä pohjalta onkin siis erityisen mielenkiintoista tarkastella niitä kannanottoja ja perusteluja, joita valtiovallan taholta on viime aikoina – nimenomaan koko kysymyksen jouduttua tieteellisen uudelleenarvioinnin kohteeksi – esitetty perustaksi pohjoisiin maihin ja vesiin kohdistuvaksi väitetylle omistusoikeudelle. Vaikka tällaisia perusteluja hajanaisemmassa otannassa löytyy useimpien suomalaisten viranomaisten lausunnoissa, seuraavassa otetaan tarkastelun kohteeksi kannanotoista tuoreimmat ja keskeisimmät. Näitä ovat:

– Maa- ja metsätalousministeriön vastaus Eduskunnassa esitettyyn kysymykseen valtionmaiden omistuksesta (MMM 4050/031/97)
– Maanmittauslaitoksen lausunto selvitysmies Vihervuoren ehdotuksen johdosta (maanmittauslaitos 243/08/1999, annettu 2000-03-31)
– Maanmittaushallituksen lausunto saamelaistoimikunnan (Pokan toimikunnan) mietinnön johdosta (maanmittauslaitos, annettu 2002-02-12)

3.1. Maa- ja metsätalousministeriön vastaus Eduskunnassa esitettyyn kirjalliseen kysymykseen n:o 994/1997

Vuoden 1990 loppupuolella valtion maapolitiikka saamelaisten kotiseutualueella oli muuttunut eräässä suhteessa ja aikaisempaan verrattuna merkittävästi. Kun aikaisemmassa toiminnassa etusijalla olivat olleet metsätalous ja alueiden virkistyskäyttö, valtio ryhtyi nyt paikoin laajassakin määrin myymään maata tonttimaiksi yksityisille virkistyskäyttöön.[4] Vastauksessaan kansanedustaja Erkki Pulliaisen eduskunnassa esittämään valtiopäiväjärjestyksen 37 §:n 1 momentin mukaiseen kirjalliseen kysymykseen, joka koski juuri tällaista tonttimaiden myyntiä saamelaisten kotiseutualueella, maa- ja metsätalousministeriö silloisen ministeri Kalevi Hemilän allekirjoittamalla vastauksella ilmoitti valtion maanomistuksen perustuvan ennen kaikkea seuraaviin seikkoihin:

Vastauksessa vedotaan ensinnäkin *Kustaa Vaasan kirjeeseen* vuodelta 1542 ns. asuttamattomista erämaista, joiden hallitsija kirjeessään ilmoittaa kuuluvan ”Jumalalle, kuninkaalle ja Ruotsin kruunulle” eikä kenellekään muulle.

Toiseksi vastauksessa vedotaan *vuoden 1683 metsäasetukseen*, jossa kuvernöörien, maaherrojen ja muiden virkamiesten edellytettiin tarkoin tutkivan ja

[4] Tässä ei siis tarkoiteta maan luovutusta vanhoiksi asutustiloiksi, poro- ja luontaistiloiksi eikä muita vastaavia luovutuksia.

selvittävän kyläkuntien ja talojen rajat. Rajojen ulkopuolelle jäävät alueet edellytettiin erikseen erotettivaksi kruunulle.

Jos varsinaisia rajoja ei lainkaan ollut, kullekin talolle tuli erottaa niin suuri alue ja niin paljon metsää kuin oli kohtuullista ja täydelle (itsekannattavalle) talolle tarpeellista. Tätä seikkaa, samoin kuin sitäkään, että erottamisten tuli tapahtua virallisten maanmittaustoimitusten (r. avvittring[5]) perusteella, ministeriön vastauksessa *ei* kuitenkaan mainita.

Edelliseen vuoden 1683 kirjeeseen liittyen vastauksessa vedotaan samaten jokseenkin ylimalkaisesti ja lain sanamuotoa täsmällisemmin tulkitsematta *vuoden 1886 metsälakiin*, jonka mukaan ”yleismaat, kyläkuntain piirien ulkopuolella olevat ja ns. liikamaat kuuluvat valtiolle”.

Lopulta vastauksessa viitataan jälleen varsin ylimalkaisesti pohjoisten kuntien *isojakoihin* sekä niihin liittyviin *vesipiirirajankäynteihin*, päätyen toteamaan, että ”isojakolainsäädäntö ei ole antanut mahdollisuutta maan antamiseen lapinkylille”.

Maa- ja metsätalousministeriön vastauksessa samoin kuin seuraavissa maanmittauslaitoksen lausunnoissa esitettyihin tulkintoihin ja väitteisiin paneudutaan tarkemmin tämän selvityksen seuraavassa osassa, jossa käsitellään juridisen ja oikeushistoriallisen tutkimuksen nykyisiä käsityksiä näistä samoista asioista.

3.2. Maanmittauslaitoksen lausunto selvitysmies Pekka Vihervuoren selvityksen johdosta 2000-03-31

Pohjoisen maanomistuskysymysten muodostuttua aikaisempaakin kiperämmäksi ongelmaksi muun muassa pohjoisimmissa kunnissa aloitettujen, välillä keskeytettyjen ja taas uudelleen jatkettujen vesipiirirajankäyntien johdosta ja virittäminä oikeusministeriö päätti vuonna 1999 asettaa erityisen selvitysmiehen ”tutkimaan valtion maina hallinnoitujen alueiden käyttöoikeutta saamelaisten kotiseutualueella” (tiedote 25.5.1999). Painetta asian ”viralliselle” selvittämiselle olivat lisäksi aiheuttaneet vuonna 1995 hyväksytty saamelaisten kulttuuri-itsehallintolaki, jossa maanomistuskysymys oli jätetty kokonaan lain ulkopuolelle, sekä ennen kaikkea vuoden 1989 alkuperäiskansojen oikeuksia koskeva ILO-sopimus n:o 169, jota valtio ei katsonut voivansa ratifioida juuri pohjoisiin maanomistuskysymyksiin liittyvien epäselvyyksien johdosta.

Sisäasiainministeriö oli tosin jo tiedotteessaan 13.5.1993 ilmoittanut tiedo-

[5] Termin kääntäminen ”liikamaan erottamiseksi” olisi tässä yhteydessä siinä suhteessa epätarkkaa, että ko erottamistoimitukset eivät muodostaneet osaa isojakotoimituksesta kuten myöhemmin oli asianlaita.

tusvälineille, että saamelaisalueen maanomistuskysymyksen selvittelyä kehityksen tuossa vaiheessa tultaisiin jatkamaan saamelaisvaltuuskunnan itsensä taholta tehtävän oikeushistoriallisen selvitystyön pohjalta, tavoitteena myös ILO-sopimuksen ratifiointi jatkossa. Jatkovalmistelua varten koottiin laajahko työryhmä, joka ei kuitenkaan milloinkaan päässyt työssään alkua pitemmälle: valtion taholta tähän tehtävään ei löytynyt pyynnöistä ja kehotuksista huolimatta määrärahaa.

Kaikkein painavimmin – joskin ministeriöiden kannalta vähintäänkin nolona pidettävällä perusteella – ensimmäisen selvitysmiehen asettamiseen vaikutti *valtioneuvoston apulaisoikeuskanslerin kirje oikeusministeriölle 10.12.1998 Dnro 1029.* Kirjeen antamisen perustana oli jo aiemmin mainittu kansanedustaja Erkki Pulliaisen kirjallinen kysymys eduskunnassa nro 997/1997 vp. sekä saamelaiskäräjien kannanotto valtioneuvostolle samaan asiaan liittyen 15.12.1997. Asiaa seurasi laajahko kirjeenvaihto ja ”tietojen antaminen” asiassa apulaisoikeuskanslerille, jossa oikeusministeriö jokseenkin selväsanaisesti pyrki vierittämään syyn kysymyksen viivästymiseen saamelaiskäräjien harteille: tämän mukaan saamelaiskäräjät eivät olleet ryhtyneet tekemään sille alkujaan tehtäväksi jätettyä maanomistusselvitystä asiassa. Kuten jo edellä todettiin, minkäänlaista määrärahaa ei saamelaiskäräjille lukuisista esityksistä huolimatta ollut ennen tammikuuta 2002 ollut osoitettu.

Apulaisoikeuskanslerin kirjeen lopussa todetaan johtopäätöksenä, joka siis on osoitettu nimenomaan oikeusministeriölle, seuraavaa:

> *Edellä lausutun johdosta ja viitaten myös Suomen hallitusmuodon 46 §:n 1 momentin säännöksen mukaan oikeuskanslerille kuuluvaan velvollisuuteen valvoa perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumista esitän kunnioittavasti Ministeriön harkittavaksi, että eikö nyt – kun vuoden 1999 saamelaiskäräjävaalien toimittamiseen liittyvät oikeudelliset kiistakysymykset lienevät jo tällä erää ratkaistu – olisi aika ryhtyä asianmukaisiksi ja riittäviksi katsottaviin toimenpiteisiin puheena olevan selvitystyön järjestämiseksi” (s. 6, kurs. ja alleviivaus tässä).*

Oikeusministeriö ei tässäkään vaiheessa löytänyt tarpeellista rahaa työhön alun perin valitulle saamelaiskäräjille vaan tehtävään eli selvitysmieheksi kutsuttiin oikeustieteen tohtori Pekka Vihervuori (*Vihervuori* 1999).

Selvitysmies Vihervuoren käytyä tarkoin läpi saamelaisalueen maankäyttöä koskevan monitahoisen lainsäädännön ja tehtyä omat ehdotuksensa lakien korjaamiseksi ja saattamiseksi ILO-sopimuksen edellyttämälle tasolle *maanmittauslaitoksen antamassa lausunnossa* keskitytään lähinnä kannan ottamiseen näihin muutosehdotuksiin.

Varsinaista maanomistuskysymystä käsitellään kuitenkin lausunnon johdan-

to-osassa luvussa 2 otsakkeella ”Maanomistusolot saamelaisten kotiseutualueella”. Kyseinen osuus on varsin lyhyt mutta ajatukseltaan selvä, keskittyen yksinomaan ja vain *vuoden 1925 isojakolainsäädännön* nojalla maan pohjoisimmissa kunnissa suoritettuihin isojakoihin.

Tässä osuudessa käydään läpi isojakolainsäädännön yleinen lähtökohta sekä isojakotoimitusten käytännöllinen lopputulos eli ennen kaikkea muodostettujen tilojen lukumäärä eri alueilla. Valtion oikeusasemaa koskeva isojakolainsäädännöstä johdettu tulkinta on lyhykäisyydessään seuraava:

> *”Muut alueet, joita ei isojaolla jaettu tiloille, eivätkä kuuluneet yhdyskunnille, **jäivät liikamaana** valtion omistukseen” (lih. ja kurs. tässä).*

Lausunnossa viitataan myös siihen, että isojaot koskivat samalla tavalla kaikkia paikallisia asukkaita, mistä johtuen minkäänlaisista ILO-sopimuksen tarkoittamista rikkomuksista alueen alkuperäiskansaa kohtaan ei jakojen yhteydessä ole voinut olla kyse.

3.3. Maanmittauslaitoksen lausunto saamelaistoimikunnan mietinnön johdosta 2002-02-12

Selvitysmies Vihervuoren esityksen jälkeen ja sen tultua ”hyllytetyksi” oikeusministeriö asetti päätöksellään 22.11.2000 uuden toimikunnan (ns. Pokan toimikunnan) selvittämään uudestaan samaa asiaa kuin selvitysmies Vihervuori oli tehnyt. Toimikunnan asettamista koskevan tiedotteen (22.11.2000) otsikkona on ”Saamelaisten maaoikeuksien selvitys käynnistyy”, mutta toimeksiannon tarkemman sisällön mukaan saamelaisten maanomistuskysymyksen selvittäminen ei kuitenkaan kuulunut toimikunnalle. Tässä mielessä toimikunnan työn perustana tuli olla, että maat ovat ja pysyvät valtion omistuksessa.

Toimikunnan kokoonpanossa päädyttiin siihen, että kolmannes jäsenistä edusti saamelaisia, kaksi kolmannesta viranomaistahoja ja pohjoisia kuntia. Tämä kokoonpano toimi takeena sille, että toimikunnan työstä tulisi pääväestön kannalta tyydyttävä.

Samanaikaisesti Pokan toimikunnan asettamisen kanssa oikeusministeriö asetti myös toisen selvitysmiehen laatimaan arviota itse maanomistuskysymyksestä. Toisin kuin julkisuudessa on annettu ymmärtää, kyse ei kuitenkaan ollut varsinaisen tieteellisen tutkimustehtävän suorittamisesta, vaan ”arviossa” oli keskityttävä yksinomaan siihen, mikä oli ”tähän asti tehtyjen selvitysten kiinteistöoikeudellinen merkitys saamelaisten kotiseutualueella”. Asiantuntijaksi kutsuttiin oikeustieteen tohtori Juhani Wirilander (*Wirilander* 2001).

Pokan toimikunnan ehdotuksen johdosta annetussa maanmittauslaitoksen

lausunnossa toistetaan alkajaisiksi ja pääasiassa ensin samoja pohjoisten kuntien isojakoja koskevia seikkoja kuin samaisen viranomaisen pari vuotta tätä ennen antamassa lausunnossa. Tarkemmalla lukemisella perusteluista löytyy edelliseen verrattuna kuitenkin myös eroja, jotka ovat juridisessa katsannossa erittäin yllättäviä ja aikaisempaan lausuntoon verrattuna jokseenkin käsittämättömiä. Tältä osin lausuntoa on erityisen aiheellista siteerata sanasta sanaan.

> *”Pohjoisen **isojaossa ei erotettu valtiolle liikamaata** kuten eräissä osissa Suomea, eli sellaista maata, joka ennen isojakoa oli jonkin talon tai kylän yksityisessä pysyvässä nautinnassa, vaan talot saivat vähintäänkin kaiken nautinnassaan olleen maan… Ne alueet, jotka eivät olleet minkään yhteisön (kylän) tai yksityisen pysyvässä nautinnassa tai joita ei annettu lisäalueina muodostettaviin taloihin tai joista ei vuokra-alueiden lunastamista koskevien säännösten perusteella muodostettu itsenäisiä tiloja, jäivät isojaon jälkeen valtion omistukseen **erämaina**, jotka maanomistuksen kehityksen, erityisesti metsälainsäädännön nojalla katsottiin kuuluvan valtiolle” (lih. ja kurs. tässä).*

Yhteenvetona kaikista kolmesta viitatusta lausunnosta voidaan ensinnäkin todeta, että ne on kaikki annettu *sen jälkeen* kun saamelaisten maanomistusoikeus maahan on kiistattomasti kyetty todistamaan oikeushistoriallisen tutkimuksen piirissä ainakin 1700-luvun loppupuolelle ulottuvan ajanjakson puitteissa. Lausuntojen perimmäisen tarkoituksen kannalta kysymys on siis siitä, että valtiovallan taholta olisi lähtökohtaisesti pitänyt osoittaa, kuinka saamelaisten aikaisempi omistusoikeus sittemmin on ”kadonnut” ja siirtynyt valtiolle. Näin ei pelkästään jo toimeksiantojen sanamuotojen vuoksi ole tapahtunut, ja tohtori Wirilanderinkin lausunnossa asia kuitataan toteamuksin: valtion oikeus on jo 1600-luvulla vahvistunut, vahvistunut edelleen 1700-luvulla ja sitten vahvistunut vielä lisää 1800-luvulla. – Selvää pitäisi tietenkin olla, ettei ”vahvistuminen” ole sama asia kuin lainsäädännön perinteisesti edellyttämä laillinen saanto maahan.

Tarkemmassa katsannossa lausunnot (erityisesti maanmittauslaitoksen vuoden 2002 lausunnon loppuosa) osoittavat kuitenkin ensinnäkin sen, että perinteisestä näkemyksestä – jonka mukaan saamelaiset eivät alun perin ole omistaneet maata – ei ole välttämättä edes pyritty saati haluttu luopua. Lausunnoissa toistetaan ikivanhoja, erityisesti Venäjän vallan aikana vahvistuneita ja vakiintuneita käsityksiä, joiden mukaan saamelaisille metsästäjinä, kalastajina tai nomadeina ei milloinkaan ole syntynyt eikä edes voinut syntyä omistusoikeutta käyttämiinsä maihin ja vesiin.

Mielenkiintoisimpana yksityiskohtana on kuitenkin pidettävä sitä erikoislaatuista terminologista mutta samalla juridisesti hyvinkin merkittävää eroa, joka erottaa viimeistä mainituista lausunnoista kahdesta edellisestä. Varhaisempien

lausuntojen mukaan – jotka tässä suhteessa ovat sisältäneet tyypillisiä ja tavan takaa esiintyviä ”perusteluja” valtion määräysvallan vahvistamiselle pohjoisimmassa Suomessa[6] – ratkaisevin kehitysvaihe valtion omistusoikeuden syntymiselle ovat olleet *isojaot*, joissa tilojen ulkopuoliset maat erotettiin *liikamaina* valtion omistukseen.

Maanmittauslaitoksen myöhemmässä lausunnossa vuodelta 2002 perustelut ovat kuitenkin muuttuneet, tässä tapauksessa tulkinnaksi, joka on *yleisesti hylätty* kiinteistöoikeudellisessa kirjallisuudessa jo useamman tutkijapolven takaa. Kun pohjoisen isojakoihin liittyvä asiakirja-aineisto uudemman tutkimuksen esiintuomana selkeästi osoittaa, ettei mitään liikamaita pohjoisten kuntien isojaoissa todellisuudessa lainkaan erotettu, maanmittauslaitoksen uudessa lausunnossa on palattu ikivanhaan Kustaa Vaasan vuoden 1542 kirjeen pohjalta kehiteltyyn *erämaateoriaan*. Maanmittauslaitoksen asema ja tehtävät viranomaisena huomioon ottaen seikka on hämmästyttävä, puhumattakaan siitä, ettei maanmittauslaitos voi olla epätietoinen Ruotsin korkeimman oikeuden tuomiossa esitettyihin lopullisiin tulkintoihin asiassa: korkeimman oikeuden perustulkinnan mukaan Kustaa Vaasan kirjeellä ei missään tapauksessa luotu eikä edes voitu luoda mitään omistusoikeuksia valtiolle.

Eräänlaisena takaporttina maanmittauslaitoksen lausunnossa tosin annetaan ymmärtää lopuksi, ettei pohjoisten kuntien alueille lopulta jäänyt ainuttakaan asukasta, joka ei isojaossa olisi saanut omistukseensa maata. Tässä mielessä minkäänlaista ”oikeudenriistoa” ei siis teoriassakaan olisi isojakojen yhteydessä voinut tapahtua. Tällainen väite on kuitenkin erittäin kaukana totuudesta.[7]

Viimeisenä seikkana on vielä viitattava siihen epäjohdonmukaisuuteen, jolla tarkasteltujen lausuntojen edellä käsitellyt perustelut suhtautuvat oikeusministeriön tiedotteissa korostettuihin selvitysmiesten ja toimikuntien töiden keskeisiin lopputuloksiin. Tässä tarkoitetaan erityisesti tiedotteessa 8.8.2001 johdantona mainittua johtopäätöstä, joka on seuraava:

> *”Lapinkylien saamelaisperheillä voidaan katsoa olleen nykyiseen **omistajanhallintaan rinnastuva ja myös valtiovallan tunnustama oikeus** erityiseen käyttöön otettuihin alueisiin kuten asumusten pihapiireihin, kalavesiin ja pyyntipaikkoihin vielä 1700-luvulla”(lih. ja kurs. tässä).*

---

[6] Erityisen vahvasti asiaa on painotettu *Valtionmaankomitean mietinnössä* (KM 1974:100), ja näyttääkin siltä, että juuri tämä lausunto on käytännössä toiminut valtiovallan ”virallisen näkemyksen” perustana myös pohjoisen maanomistuskysymyksen perustelujen muotoilussa.

[7] Vielä vuoden 1950 henkikirjassa luetellaan pelkästään Enontekiöllä yksitellen nimeltä noin 120 tilatonta paimentolaislappalaista, eikä tilanne muutu ratkaisevasti siirryttäessä viimeiseen ennen tietokoneaikaa laadittuun henkikirjaan vuodelta 1968. Oulun maakunta-arkisto, Kittilän kihlakunnan henkikirjoittajan arkisto.

Kysymysmerkiksi jää, minkä vuoksi tällainen lauseke ylipäätänsä on kirjattu oikeusministeriön tiedotteeseen, vieläpä sen johdantoon, kun komiteatöiden lopputulos on ollut se mikä se on ollut – erityisesti ILO-sopimuksen ratifiointikysymystä tässä ajatellen.

Edellä todetut lausunnot kokonaisuutena, vaikka ne edustavat vain esimerkinomaista joskin tyypillistä tapaa lähestyä saamelaisten ja valtiovallan välisiä oikeussuhteita pohjoisten alueiden maankäytössä, ovat nähdäkseni konkreettinen osoitus siitä, että suomalainen virkamieskäytäntö suhtautuu koko maanomistuskysymykseen paitsi epäjohdonmukaisesti, usein myös välinpitämättömästi. Jopa keskeisimpiin aiheeseen liittyviin asetuksiin, lakeihin, toimituksiin tai kiinteistöoikeuden sisältöön ja terminologiaan yleensä on perehdytty heikosti tai ei lainkaan. Selvääkin selvempää on myös, ettei Suomen eri hallinnonaloilla ole minkäänlaista yhtenäistä kantaa koko saamelaiskysymykseen, eivätkä eri viranomaiset puhu asiassa likimainkaan samaa kieltä. Tässä mielessä uuteen perustuslakiimme otetut saamelaisten asemaa ja kulttuuri-itsehallintoa koskevat säännökset näyttävät jääneen jotakuinkin kuolleiksi kirjaimiksi.

II. SUOMALAISEN KIINTEISTÖJÄRJESTELMÄN VAATIMUKSET LAILLISEN SAANNON SYNTYMISELLE MAAHAN JA VETEEN

Oheisen selvityksen pääasiallinen sisältö koskee pääasiassa itse *valtionmaakäsitettä* sekä sen juridisia perusteita ja tätä kautta sitä, ovatko viimeaikaisessa lainsäädännössä tehdyt muutokset – joiden kautta valtion metsämaista on muodostettu oikeusjärjestyksen perinteisesti tarkoittamia *kiinteistöjä* – oikeudellisesti perusteltuja ja hyväksyttäviä. Näin sen vuoksi, että asialla on mitä suurin merkitys nyt jo monen vuoden ajan ja monien eri toimikuntien ja selvitysmiesten työn ja töiden lopputulosten arviointiin, ja lopulta jopa sille, on koko tämä pitkä prosessi ollut yleisesti ja varsinkaan valtiontaloutemme kannalta järkevä. Selvityksen tämä osa on mahdollisimman tiivistetty ja suppea, eikä siinä enää tässä vaiheessa pyritä perustelemaan seikkoja, joita voidaan jo pitää tieteellisesti toteennäytettyinä. Tällä tarkoitetaan varsinkin sitä seikkaa, että saamelaiset ovat Ruotsin vallan aikana omistaneet käyttämiensä lapinkylien ja lapinveromaiden alueet valtiovallan itsensä vahvistamalla tavalla. Tätä seikkaa ei siis ole tässä yhteydessä tarpeen enää sen enempää toistaa eikä todistella, vaan tarkastelu kiinnittyy yksinomaan toisen osapuolen eli valtion juridiseen oikeusasemaan.

1. Suomalaisen kiinteistöjärjestelmän perusjaotus: kiinteistöt ja muut alueet, sekä kuinka valtion metsämaista muodostettiin lainmuutoksin kiinteistö

Ruotsalais-suomalaisen kiinteistöjärjestelmän ja kiinteistöjaotuksen perusta luotiin jo varhain, ja kirjattiin ensimmäisen kerran lakien muotoon jo maakuntalakien aikana 1200–1300-luvuilla. Merkillepantava seikka järjestelmässämme on ollut sen pysyvyys: kiinteistöjärjestelmän perusrakenteeseen ei ole kajottu sen olemassaolon aikana itse perusjaotusta muuttamalla. Kiinteistöjaotuksen perusyksiköt ovat säilyneet samoina vuosisatoja. Tämän jaotuksen perusrungon ovat muodostaneet kylät, talot ja tilat, joita ovat täydentäneet maakuntien, pitäjien ja kylien yhteismaat. Viimeksi mainittuja on tosin sittemmin vähä vähältä purettu yksityisten talojen yhteyteen, mutta ei vieläkään lopullisesti. Tästä parhaimpana esimerkkinä ovat kylien yhteiset kalavedet, joita talot käyttävät jakamattomina osuutensa mukaisesti.

Tässä todettu oikeusjärjestelmämme kannalta olennainen seikka on itsessään täysin kiistaton. Asiaa on korostettu myös aikaisemman jakolainsäädännön uudistamista varten toimineen kiinteistönmuodostamistyöryhmän laajassa mietinnössä (KM 1990:22) kohta kohdalta erikseen. Kuten jäljempänä voidaan havaita, myös uuden kiinteistönmuodostamislain on senkin katsottava rakentuvan vanhojen kiinteistöoikeudellisten traditioidemme varaan.

Valtionmaakaan ei ole ollut tässä kehityksessä minkäänlaisessa poikkeusasemassa, vaan senkin perusta on luotu jo vuosisatoja sitten. Jo maanlaeissa 1300- ja 1400-luvuilta on tähdennetty, että valtiolla täytyy olla valtionmaahan vastaavanlainen laillinen saanto kuin yksityisillä ja edellä mainituilla yhteisöillä on. Ajatus, että valtiolle olisi voinut syntyä omistusoikeus maahan jollakin laista riippumattomalla perusteella vaikkapa pelkän ajan kulumisen perusteella on meidän järjestelmässämme täysin kestämätön, minkä seikan myös Ruotsin korkein oikeus on verotunturioikeudenkäynnin yhteydessä kerta toisensa jälkeen toistanut ja jota se on erityisesti painottanut: *mikään maa ei tule valtiolle ”eo ipso” vaan vasta kun lain saannolta edellyttämät edellytykset ovat täyttyneet.* [8]

Tässä korostettu seikka on erityisen selvä osoitus aikaisemmin todetusta erosta ruotsalaisen ja suomalaisen viranomaiskäytännön suhtautumisessa koko pohjoisen maakysymyksen ratkaisuun tai ratkaisun malliin: Ruotsissa kehityk-

[8] Ks. erit. NJA 1981:1 s. 147: ***”Men ingenting blir kronans ”eo ipso”, utan det blir kronans först när avvittringen är klar.*** – Tässä nimenomaisessa kohdassa oli kysymyksessä valtion väite, jonka mukaan verotunturit olivat tulleet valtion omaisuudeksi suoraan vuoden 1683 metsäasetuksen säännösten perusteella. Asetus, kuten jo aikaisemmin on todettu, edellytti kuitenkin tässä suhteessa erityistä erottamistoimitusta (r. avvittring) yksityisten ja valtion kesken. Verr. myös esim. s. 137, 227 jne.

sen edellytetään aina ja joka alueella tapahtuneen lain mukaan, Suomessa asiat ovat vain ”kehittyneet” tiettyyn suuntaan ilman erityisempiä lain edellyttämiä muotoja. Tässä asiassa suomalaisen oikeuskäsityksen juuret näyttävät vahvasti johtavan *Kyösti Haatajaan*, jonka kirjoituksissa asia toistuu usein. Niinpä esimerkiksi aikanaan maa- ja vesioikeuden oppikirjana palvelleessa teoksessa Maaoikeus I (1936) Haataja vuoden 1683 asetuksen sisällön käsiteltyään toteaa yksikantaan: ”Tämän asetuksen antamisen jälkeen siis valtakunnassa ei enää ollut mitään kenellekään kuulumattomia alueita” (s. 28).

Tämän lyhyen johdannon jälkeen pyritään tiivistetysti tarkastelemaan erityisesti sitä, millä tavalla suomalainen kiinteistöjärjestelmä ja varsinkin kiinteistöjen kirjaamisjärjestelmä on suhtautunut ns. valtion metsämaihin toisaalta perinteisessä käytännössään, toisaalta vuonna 1976 suoritetun jakolain muutoksen jälkeen.

1.1. Maakirja

Maarekisterin historiallinen edeltäjä oli maakirja, jonka laatimisesta on annettu säännöksiä jo 1500-luvulla ensimmäisten maakirjojen perustamisesta lähtien.

Viimeinen yhtenäinen säännöstö maakirjojen laatimista varten *oli vuoden 1897 johtosääntö maakirjoista*.[9] Johtosäännön 5 §:n mukaan maakirjaan merkittiin kokonaistilat, joita olivat:

Talot
Verollepannut torpat
Ulkopalstat, siirtotalot, niityt, saaret
Omaperäismyllyt
Kruununkalastukset
Tehtaille määrätyt kruununmetsät
Kaupungeille lahjoitetut tilat

Kyösti Haatajan luonnehdinnan mukaan ”maakirjaan on merkittävä kaikki ne maakirjayksiköt, jotka muodostavat määrätyn maanpinnan osan, joka on erityinen esine” (*Haataja* 1949 s. 810).

Myös maakirjan pitoa tarkoittavat säännökset lähtivät siitä, ettei kruunun yleismaita tai liikamaita merkitä lainkaan maakirjoihin eli ne eivät ole rekisterijärjestelmän mukaisia rekisteriyksikköjä. Ne eivät siis olleet sellaisia maanpin-

[9] Keisarillisen Majesteetin Armollinen Johtosääntö maakirjain laatimisesta ja maakirjatutkimusten toimittamisesta 18.1.1897 (1897:3).

nan määrättyjä osia, jotka olisivat muodostaneet erityisen esineen.

Suomen itsenäistymisen jälkeen kruunun yleismaita ja liikamaita ryhdyttiin vähitellen nimittämään ”valtion metsämaiksi”, mutta nimitys ”kruununmetsämaa” on ollut käytössä jo vanhastaan eräänlaisena yleis- ja liikamaiden yhteisnimenä. Kehitystä tarkastellaan vielä tarkemmin jäljempänä valtion metsämaiden kirjaamiskäytännön ja metsälainsäädännön kehityksen yhteydessä.

1.2. Maarekisteri

Ennen kiinteistörekisterilain säätämistä vuonna 1985 kiinteistö määriteltiin yleisimmin rajoilla varustetuksi maanpinnan osaksi, joka on merkitty yksikkönä joko maarekisteriin tai tonttikirjaan. Maarekisterin historiallinen edeltäjä oli maakirja, jonka pitämisestä annettiin siis viimeinen johtosääntö vuonna 1897. Maakirjat ja maarekisteri säilyivät pitkään rinnakkaisina maanomistussuhteita kartoittavina luetteloina, sillä maakirjojen pitäminen lakkautettiin lopullisesti vasta vuoden 1951 jakolain säätämisen yhteydessä lain 290 §:n määräyksen mukaan.

Merkillepantava seikka on, ettei maakirjoja itsessään ole tähän päivään mennessä lakkautettu kiinteistöluetteloina. Vuoden 1951 jakolakia valmistelleen *jakolakikomitean* perustelujen mukaan ”maakirjalla tulisi edelleenkin olemaan merkityksensä maarekisterin pidossa, jossa monia kysymyksiä olisi selvitettävä sen tietojen perusteella” (KM 1933:8 s. 77–78).

Varsinaisen maarekisterin syntyminen oli näin ollen vähitellen etenevä prosessi, jonka lähtökohtana oli vuonna 1895 annettu maanosittamisasetus sekä ennen kaikkea *maarekisterin pitämisestä annettu armollinen julistus 2.12.1895.*

Vuoden 1895 julistuksen määräykset maarekisteriin merkittävistä yksiköistä vastasivat sisällöltään täysin maakirjoihin tehtäviä merkintöjä koskevia määräyksiä.

Lain tasolla maarekisterin pitämisestä ja sisällöstä säädettiin ensimmäisen kerran *vuoden 1951 jakolaissa*. Maarekisteriin merkittiin jakolain (1951/604) mukaan, ennen siihen vuonna 1976 tehtyä muutosta, *tiloina* kiinteistöjen tärkeimmät yksiköt eli talot sekä erinäiset muut tiloina pidettävät alueet (verollepannut torpat, niityt, saaret ym). Lisäksi rekisteriin merkittiin *muina rekisteriyksikköinä*, joita ei pidetty tiloina, kuten pakkolunastuksen kautta syntyneet alueet. Lopulta maarekisteriin merkittiin vielä omaksi *erilliseksi ryhmäkseen* muun muassa vesijätöt ja yleiset tiet.

Vuoden 1951 jakolaki pohjautui perusteelliseen valmisteluun. Lähtökohtana oli jo vuonna 1933 julkaistu *jakolakikomitean mietintö* (KM 1933:8), jonka työskentely oli kestänyt yli neljä vuotta. Mietinnön johdosta hankittiin muiden

lausuntojen ohella valtioneuvoston pyynnöstä myös korkeimman oikeuden lausunto, pituudeltaan peräti 181 sivua.

Jakolakikomitean mietinnössä tarkasteltiin erikseen ja seikkaperäisesti myös maarekisteriin merkittäviä yksikköjä ja tässä yhteydessä *”valtion metsämaan” asemaa maarekisterin pitämisen kannalta*. Koska asia on keskeinen, komitean perusteluja on paikallaan siteerata tältä osin sanatarkasti. Komitea toteaa:

> ”Kun tarkastellaan kysymystä, mitä maaomaisuuksia maarekisterissä on otettava huomioon, joudutaan kiinnittämään huomio siihen, että meillä paitsi varsinaisia maatiloja, jotka nykyisten säännöksien mukaan on otettava maarekisteriin eri yksikköinä, on joukko sellaisia alueita, jotka ***eivät ole tiloja eivätkä siis ole merkityt maarekisteriin eikä mihinkään muuhunkaan luetteloon.*** Tällaisia alueita ovat ensinnäkin ***valtion metsämaat***. Ne ovat metsähallinnon hoidossa ja sillä on niistä luettelonsa ja kirjanpitonsa. ***Niin ollen niiden jatkuvasti pitäminen tilajaoituksen ulkopuolella ja erillään maarekisteristä luonnollista”*** (s. 71, lih. ja kurs. tässä).

Vuoden jakolain maarekisterin pitämistä ja sisältöä koskevat määräykset rakentuivat johdonmukaisesti näiden perustelujen mukaisiksi. Jakolain 284 §:n mukaan valtion metsämaita ei merkitty maarekisteriin lainkaan.

Kiinteistöoikeuden kokonaiskehityksen kannalta valtion metsämaiden puuttuminen maarekisteristä perustui näin ollen siihen, että ne säännösten mukaan puuttuivat myös maakirjasta ja edelleen, juridisesti siihen, etteivät ne ole olleet erityisiä esineitä.

1.3. Jakolain muutos 1976

Vuoden 1951 jakolakiin tehtiin vuonna 1976 erinäisiä muutoksia, joista osa koski maarekisterin sisältöä. Muutoksen yhteydessä jakolain vanha ryhmittely kumottiin ja korvattiin kokonaan uudella perusryhmityksellä.

Maarekisterin kaksi uutta pääryhmää tulivat tämän jälkeen olemaan:

kiinteistöt
muut rekisteriyksiköt

Suurin muutos tapahtui kuitenkin kiinteistöinä rekisteriin merkittävien alueiden luettelossa. Lain 284 §:n 1 momentin 2-kohdan mukaan *kiinteistöinä* tuli merkitä maarekisteriin myös *valtion metsämaa* sekä tällaiselle maalle perustetut yleiset ja erityiset suojelualueet (kansallis- ja luonnonpuistot).

Muutoksen perustelut ovat sitä koskevassa hallituksen esityksessä (HE 1975 II vp. 10) liki olemattomat:

> ”Valtion metsämaat niille perustettuine luonnonsuojelualueineen sekä yleiset vedet puuttuvat nykyään maanrekisteristä. ***On katsottu***, että kaikki tässä kappaleessa mainitut ryhmät voitaisiin, ***koska ne muodostavat omistusoikeusyksikköjä***, merkitä kiinteistöinä kiinteistörekisteriin” (s. 120, lih. ja kurs. tässä).

Hallituksen esityksen otsikkokin näyttäytyy tässä yhteydessä varsin oudoksuttavana, kun kysymyksessä on olennainen muutos koko perinteisen kiinteistöjärjestelmän perusrakenteisiin. Esityksen nimi on ”Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi tilojen yhteisten teiden ja valtaojien sekä niihin verrattavien alueiden lakkaamisesta yhteisinä alueina sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.”

Huomattavan erikoislaatuisena on pidettävä sitä menettelyä, jonka mukaisesti valtionmetsämaat käytännössä sittemmin vietiin kiinteistörekisteriin itsenäisiksi kiinteistöiksi – niin, suorastaan taloiksi luonnehdittuina. Menettelyn perustana oli *maanmittaushallituksen kiertokirje 1/1988*, jossa määräys rekisteriin merkitsemisestä annettiin ja johon sisältyi myös malli, jonka mukaan valtionmaa-kiinteistö on rekisterissä kuvailtava.[10] Tämän kiertokirjeen pohjalta rekisteriviranomaiset laativat asiasta muistiot, joiden varassa lopullinen vienti rekisteriin suoritettiin.[11]

Edellä mainittu menettely on siis edustanut uusien kiinteistöyksiköiden muodostamista rekisteristä aikaisemmin puuttuneen valtion metsämaan kohdalla. Minkäänlaista kiinteistönmuodostamistoimitusta prosessiin ei liity, ei myöskään rajankäyntejä tai edes tiedottamista asiasta muille maanomistajille. Maaomaisuuden luonteen muutos on suoritettu puhtaana virkamies- ja toimistotyönä.

1.4. Kiinteistörekisterilaki 1985, kiinteistönmuodostamislaki 1995

Vuoden 1976 jakolain muutoksella omaksuttu muutos perinteiseen kiinteistöoikeuden oikeusjärjestelmäämme sai vielä jatkoa ja lopullisen kruunauksen vuoden 1985 kiinteistörekisterilain (1985/392) ja vuoden 1995 kiinteistönmuodostamislain (1995:554) säätämisen yhteydessä.

Vuoden 1985 kiinteistörekisterilain 2 §:ssä säädetään:

---

[10] Maanmittaushallituksen kiertokirje nro 1/1988. Määräykset valtion metsämaiden ja suojelualueiden merkitsemisestä maarekisteriin tai kiinteistörekisteriin sekä ilmoituksista valtion kiinteistöjen keskusrekisteriin.

[11] Utsjoki: muistio 19.8.19991, rekisteröinti 23.8.1991; Inari: muistio 17.9.1991, rekisteröinti 17.9.1991: Enontekiö: muistio 26.9.1991, rekisteröinti 28.9.1991.

Kiinteistörekisteriin merkitään kiinteistöinä
tilat
–
valtion metsämaat

Lainsäädännön kehitysprosessia pohdittaessa voidaan tietenkin ajatella, että kiinteistörekisterilaki on vain johdonmukaisesti seurannut ja toteuttanut jakolain muutoksella vuonna 1976 suoritettua, vanhastaan voimassa ollutta kiinteistön käsitettä radikaalilla tavalla muuttanutta linjaa. On kuitenkin hämmästeltävä sitä, ettei tähän seikkaan ole lakia valmisteltaessa kiinnitetty sen enempää huomiota. Vieläkin oudompana koko kehitysprosessi näyttäytyy siirryttäessä prosessin viimeiseen vaiheeseen, *vuoden 1995 kiinteistönmuodostamislakiin.*

Uutta kiinteistönmuodostamislakia valmisteltiin monen vuoden uurastuksena: lakia valmistellut *kiinteistönmuodostamistyöryhmä* asetettiin toimeensa vuonna 1983 ja sen mietintö julkaistiin vuonna 1990 (KM 1990:22). Mietintö käsittää peräti 591 painettua sivua.

Lakiehdotuksen perusteluissa on ensimmäisenä kohtana selvitetty esitetyn lain soveltamisalaa ja määritelmiä. Komitean ehdotuksen mukaisen lain alussa, heti 2 §:ssä, tarkastellaan *kiinteistörekisteriyksikön määritelmää*. Merkille pantava seikka on se, että perustelut rekisteriyksikön määritelmän kohdalla noudattavat aikaisemmin tarkasteltua täysin perinteistä kiinteistön ja rekisteriyksikön määritelmää. Perusteluissa todetaan:

> *”Yksiköt jaetaan kahteen pääryhmään, kiinteistöihin ja muihin rekisteriyksiköihin. Perusteena tälle jaottelulle on se, että kiinteistöt ovat itsenäisiä, rajoiltaan määrättyjä yksikköjä, jotka ovat välittömän maanomistuksen kohteena. Muut rekisteriyksiköt eivät sen sijaan ole välittömän maanomistuksen kohteena. Omistus niihin saadaan kiinteistön kautta siten, että kiinteistöllä on tietty osuus tällaiseen yksikköön” (s. 29).*

Ehdotetun lain 3 §:n perustelujen kohdalla keskitytään puolestaan kyläkäsitteeseen. Perustelujen mukaan koko kiinteistöjärjestelmän lähtökohtana on asutushistorialliselta pohjalta syntynyt kylä- ja talojaotus. Jatkona todetaan:

> *”Nykyinen kiinteistöjaotus on pääsääntöisesti muodostunut siten, että kylään kuulunut maa-alue jaettiin isojaolla kylän talojen kesken ja myöhemmin talot ovat jakautuneet eri osittamistoimitusten kautta tiloiksi” (s. 31).*

Mitään eroja perinteisen kiinteistön määritelmän ja näiden perustelujen välillä ei etsimälläkään voida havaita. Melkoisen kysymysmerkin herättää sen sijaan se, ettei kiinteistönmuodostamistyöryhmä ole sanallakaan viitannut valtionmetsämaan kohdalla jo ennen sen työskentelyä ja osittain työskentelyn aikana

toteutettua muutosta: valtion metsämaista ei ylipäätänsä mainita mitään. Tosiasia tietenkin on, ettei vuonna 1976 ”synnytetty” valtionmaa-kiinteistö ole syntynyt asutushistoriallisen kylä- ja talojaotuksen pohjalta, eikä valtionmaa-kiinteistön olemassaolo missään tapauksessa perustu ”käytännössä ja tieteisopissa vakiintuneisiin käsityksiin”. Kiinteistönmuodostamistyöryhmän itsessään perusteelliseen työhön jää valtionmaa-kiinteistön määrittelemisen ja perustelemisen kohdalle suuri ja avoin aukko.

Tässä yhteydessä ei tietenkään ole mahdollista eikä sen enempää syytä ryhtyä arvioimaan syitä kyseisen aukon syntymiseen. Olennaista on johtopäätös, eli kiinteistönmuodostamistyöryhmän työn pohjalta säädetty *vuoden 1995 kiinteistönmuodostamislaki*, joka edellä todetun mukaisesti on vastoin koko oikeusjärjestelmämme perusteita muodollisesti sinetöinyt sekä valtionmaa-kiinteistön olemassaolon että valtion ”omistusoikeuden” tähän kiinteistöön. Tämä sinetöiminen on tapahtunut kiinteistönmuodostamislain 2 §:ssä, jossa säädetään:

”Tässä laissa tarkoitetaan
kiinteistöllä sellaista itsenäistä maanomistuksen yksikköä, joka kiinteistörekisterilain () nojalla on merkittävä kiinteistönä kiinteistörekisteriin”

Kaikkien nyt tarkasteltujen lainmuutosten ja lakiuudistuksen yhteisvaikutukset valtion metsämaiden luonteeseen maa-alueina ovat yhteen koottuina seuraavat:

– kun valtion metsämaat aikaisemmin eivät muodostaneet erityisiä esineitä eikä niitä merkitty maakirjaan ja maarekisteriin, ne jakolain muutoksella 1976 julistettiin kiinteistöiksi
– kun valtion metsämaat perinteisesti ovat olleet kokonaan kiinteistörekistereihin kuulumattomia alueita, ne kiinteistörekisterilailla määrättiin merkittäväksi kiinteistörekisteriin kiinteistöiksi
– kun valtion metsämaat eivät olleet erityisiä esineitä, eivätkä ne myöskään voineet olla itsenäisen omistusoikeuden kohteita, niin kiinteistönmuodostamislain 2 §:ssä laissa oleva kauneusvirhe on tullut korjatuksi säätämällä, että kiinteistörekisteriin merkittävät kiinteistöt ovat itsenäisen omistusoikeuden yksikköjä.

Näiden lainmuutosten yhteisvaikutuksena valtion metsämaasta on muodollisesti tullut sekä itsenäinen omistusoikeuden yksikkö että kiinteistö vastoin koko aikaisemman kiinteistöjärjestelmämme perusteita ja sen vaatimuksia.

2. Kiinteistön muodollisista ja aineellisista tunnusmerkeistä suhteessa valtion metsämaa -kiinteistöön

Kiinteistön tunnusmerkit ovat perinteisesti koskeneet sen *laillisia rajoja* ja *rekisterimerkintää*. Kiinteistöön liittyviä omistussuhteita tarkasteltaessa kiinteistön olemassaoloon on kuitenkin tapana liittää lisätunnusmerkkejä, ennen kaikkea *lailliseen saantoon* perustuvan omistajanhallinnan vaatimus. Eräillä vanhempaan kiinteistöoikeuteen liittyvillä tunnusmerkeillä kuten verollepanolla on kuitenkin vielä merkitystä puuttuvia yksikköjä rekistereihin merkittäessä.

Edellä mainittujen kiinteistöoikeudelliseen lainsäädäntöön tehtyjen muutosten jälkeen valtion metsämaa täyttää kiinteistön aineellisista ja muodollisista tunnusmerkeistä yhden: se on merkitty kiinteistönä kiinteistörekisteriin.

Tämän lisäksi kiinteistöyksiköllä tulisi olla lailliset rajat. Perehtyminen kiinteistörekisteriin ja sen valtionmaakiinteistöihin osoittaa kuitenkin, ettei rajoja koskevan vaatimuksen täyttyminen ole selvä, ei ainakaan siinä merkityksessä, kuin laillisista rajoista puhuttaessa yleensä edellytetään.

Esimerkkinä voidaan tarkastelun kohteeksi ottaa kiinteistörekisterissä olevan Enontekiön valtionmaa I.

Rajoista todetaan kiinteistörekisterissä seuraavaa:

> ”Talo (!) käsittää kaava-alueiden ulkopuoliset valtion maat, jotka rajoittuvat kunnanrajaan, toimituksissa n:ot 20308, 21113, 100256, 107254 ja 109072 erotettuun Palojärvi – Hetta – Norjan raja -maantiehen n:o 958, toimituksessa n:o 10574 erotettuun Muonio – Kilpisjärvi -valtatiehen n:o 21 sekä Palojoen vasemmanpuoleiseen rantaan virtaussuuntaan mentäessä Enontekiön kunnassa.”

Valtionmaa I:n rajat muodostuvat Enontekiöllä siis kunnan rajoista, valtateiden rajoista sekä vesistön rajasta Ruotsin valtakuntaa vastaan. Tällaiset ”rajat” eivät luonnollisestikaan ole sellaisia kiinteistön laillisia rajoja, joista lainsäädännössä perinteisesti on määrätty. Uusien kiinteistöjen rajat määritellään lain tarkoittamassa rajankäyntitoimituksessa, jossa myös määrätään epäselvän rajan sijainti.

Rajojen luetteloimisen siten kuin kiinteistörekisterissä on valtionmaan kohdalla tehty voidaan tuskin katsoa täyttävän kiinteistöyksikön laillisia rajoja koskevaa edellytystä.

Rekisterin ilmaisu Enontekiön valtionmaasta ”talona” lienee koko merkinnän käsittämättömin yksityiskohta. Edellä on täysin selvästi käynyt ilmi, ettei valtionmaita ole pidetty vanhastaan edes kiinteistörekisteriin merkittävinä yksikköinä, ja vielä vähemmän ”taloina”: taloja ovat olleet ainoastaan ja vain yksityisille kuuluneet maaomaisuuden yksiköt.

Laillista saantoa ja siihen perustuvaa omistajanhallintaa koskeva edellytys

on kaiken maa- ja kiinteistöoikeudellisen järjestelmän peruskivi tänäkin päivänä. Pohjoismaisen oikeusjärjestyksen mukaan omistusoikeus kiinteistöön on syvimmältä olemukseltaan juuri lailliseen saantoon perustuvaa omistajanhallintaa. Tämä oikeusjärjestykseemme satoja vuosia kuulunut periaate on otettu myös *uuden maakaaren* (1995/540) kiinteistön saantoa koskevaan määritelmään (I:1):

> ”Omistusoikeus kiinteistöön saadaan kaupalla, vaihdolla, lahjalla tai muulla luovutuksella niin kuin tässä laissa säädetään. Perintöön, testamenttiin, osituksen, lunastukseen sekä muutoin muuhun kuin luovutukseen perustuvasta kiinteistön saannosta säädetään erikseen.”

Laillisia saantoja nyt kuten jo maakuntalakien aikana ovat siis kauppa, vaihto ja lahja, joista säädetään tarkemmin maakaaressa, minkä lisäksi omistusoikeus kiinteistöön voidaan muualla lainsäädännössä määritellyllä tavoin saada perinnön, testamentin, osituksen, lunastuksen tai muun luovutuksen kautta.

Myös ylimuistoisen nautinnan kautta on vanhastaan voitu saada omistusoikeus kiinteistöön. Tämä oikeus on säilytetty myös uudessa maakaaressa, joskin ajallisesti rajattuna: ennen uuden maakaaren voimaantuloa saatu oikeus vedota ylimuistoiseen nautintaan pysyy voimassa myös lain voimaantulon jälkeen (18 §).

Laillista saantoa koskevan edellytyksen on luonnollisesti katsottava koskevan *myös valtiota* aivan samalla tavalla kuin yksityisiä ja yhteisöjä, vaikka asiaa ei sen itsestäänselvyyden vuoksi enää nykyään erikseen mainita laissa. Periaate on samalla jo vanhastaan ollut koko perustuslailla turvatun omaisuudensuojasäännöstömme kulmakivi.[12]

Kuten esityksen alkupuolella on todettu, tätä seikkaa on erityisen voimakkaasti painotettu *Ruotsin korkeimman oikeuden tuomiossa* verotunturioikeudenkäynnin johdosta (1981 DT 2). Tämän mukaan valtiolle ei ole voinut muodostua omistusoikeutta maahan sen enempää aikaisemmin kuin myöhemminkään *”eo ipso*”, vaan saannon on täytynyt perustua lain edellyttämään saantoon tai toimitukseen. Toisesta näkökulmasta on todettava, ettei Ruotsin valtio itse asiassa ole edes pyrkinyt väittämään omitusoikeuden siirtyneen valtiolle jonkinlaisen vähittäisen kehityksen seurauksena, vaan tiettyjen lain edellyttämien toimitusten johdosta. Kysymystä onkin tästä johtuen punnittu itse tuomiossa

---

[12] Ajatus on lausuttu selkeästi julki jo maanlakien kuninkaankaarissa, niiden valojen yhteydessä, jotka kuninkaan oli vannottava (ja jotka siis olivat eräänlaisia perustuslaintasoisten säännösten edeltäjiä). Kuningas Kristoferin maanlaissa vuodelta 1442, kuninkaankaaren 4. luvun 3 §:ssä todetaan asiasta seuraavasti: …”älköönkä hän (s.o. kuningas) millään tavalla keneltäkään ottako tai otattako kiinteää eikä irtainta omaisuutta, muuten kuin lain tai laillisen tuomion mukaan.” Ks. *Ulkuniemi* 1978 s. 28.

normaalina siviilioikeudellisena riitana ja siviilioikeudellisten perusteiden mukaan. Tämä seikka on merkillepantava siitäkin syystä, että saamelaisten oikeuksia koskeva oikeushistoriallinen ja kiinteistöoikeudellinen tutkimus olivat oikeudenkäynnin aikana vasta alkuvaiheissaan.

Omistajanhallinnalla tarkoitetaan hallintaa, joka vastaa kiinteistön normaalia käyttöä tarkoitukseensa. Omistajanhallinnan yleisiin edellytyksiin kuuluu olennaisena osana *vilpittömän mielen vaatimus*: vilpillisessä mielessä tapahtunut hallinta ei ole omistajanhallintaa lainkaan.

Vaikka valtion metsämaa onkin uusissa kiinteistöoikeuden uudistuksissa määritelty kiinteistöksi, ja kiinteistö toisaalta itsenäisen omistusoikeuden kohteeksi, ei valtiolle missään tapauksessa voitane näiden uudistusten seurauksena katsoa syntyneen omistusoikeutta valtion metsämaa-kiinteistöön. Koko laajan problematiikan ydinkysymykseksi nouseekin tämän jälkeen uudemman kerran se, *millä nimenomaisilla perusteilla valtio itse katsoo saaneensa omistusoikeuden saamelaisten kotiseutualueen valtionmaihin*.[13]

Kokonaan toinen asia, onko jollakin muulla ja jos niin kenellä ollut laillinen saanto tai joka tapauksessa parempi oikeus valtion metsämaa-kiinteistöjen alueeseen saamelaisten kotiseutualueella. Koska tämä kysymys itsessään on irrallinen valtion metsämaa-kiinteistön olemassaoloa koskevaan kysymykseen nähden, kysymys muiden intressitahojen kuin valtion oikeusasemasta jätetään kuitenkin tässä yhteydessä enemmän tarkastelun ulkopuolelle.

3. Valtionmaiden kirjaamiskäytäntö osana metsähallinnon toimintaa

Valtion metsämaita ei edellisen mukaisesti siis milloinkaan ennen vuoden 1976 jakolain muutosta ole ollut merkittynä sellaisiin kiinteistörekistereihin, jotka liittyvät perinteiseen kiinteistöjärjestelmäämme ja ovat yksi – joskaan eivät ainoa – osoitus kiinteistöön kohdistuvasta omistusoikeudesta. Tässä yhteydessä on näin ollen paikallaan lyhyesti tarkastella sitä, millaisista ”rekistereistä” tiedot valtion metsämaiden sijainnista ja ulottuvuudesta ovat ennen jakolain muutosta ilmenneet, sekä millainen oikeudellinen luonne tällaisilla ”rekistereillä” on.

---

[13] Muodollista ”juristeriaa” soveltaen voidaan tietenkin väittää, että lailla voidaan asioista säätää aivan kuten halutaan. Paitsi että tällainen väite on oikeusvaltio-ajattelun kannalta täysin sopimaton, se on toisaalta myös paikkansa pitämätön: mielivaltaisen lainsäätelyn esteenä ja yksityisen omitusoikeuden suojana on meillä jo viimeistään 1700-luvulta lähtien toiminut perusoikeusjärjestelmä erityisine suojasäännöksineen.

Valtion metsähallinnon tultua perustetuksi väliaikaisella kuulutuksella vuonna 1851[14] ja pysyvästi vuosien 1859 ja 1863 määräyksin Suomessa ryhdyttiin ensimmäisen kerran kartoittamaan niitä alueita, jotka säännösten tarkemmin ilmoittamalla tavalla oli hyväkasvuisina metsämaina nimenomaisesti erotettava kruunun puistoiksi. Kruununpuistojen hallinnosta määrättiin tarkemmin vuoden 1859 ”Keisarillisen majesteetin ohjesäännössä, koskewa kruununmetsäin hallitusta Suomen Suuriruhtinaanmaassa”, tarkemmin ohjesäännön 1. luvun 2 §:ssä: ”Kruunun puistot jaetaan mukavasti awaroihin tarkastuspiireihin ja jokaiseen semmoiseen piiriin määrätään yksi Ylimetsänhoitaja. Tarkastuspiirit jaetaan sitten hoito-aluuksiin, joihinka otetaan yksi Metsänhoitaja kuhunkin, sekä wartio-osuuksiin, jokaisessa asuwalla yhdellä metsänwahdilla.”[15]

Kruununpuistoja koskevat määräykset eivät sinällään koskeneet millään tavalla muuta kuin juuri hyväkasvuisia metsämaita. Jako tarkastuspiireihin toteutettiin kuitenkin kattamaan koko silloisen Suomen alue. Nykyinen saamelaisten kotiseutualue kuului kokonaisuudessaan Kemin tarkastuspiiriin ja sen sisällä tarkemmin Inarin, Muonion, Ounasjoen sekä Sodankylän hoitoalueisiin. Myös näihin hoitoalueisiin, vaikka yhteenkään niistä ei kruununpuistoja milloinkaan erotettu, määrättiin virkaan ohjesäännön edellyttämä metsänhoitaja sekä metsänvartija.

Metsänhoitovirkakunnan tehtävänä ei millään muotoa ollut tehdä päätöksiä maanomistussuhteista toimialueellaan. Kun isojaotkin olivat pohjoisimmassa Suomessa suorittamatta ja muu virkakuntakin alueella oli vähäistä, pohjoisimpien hoitoalueiden ”metsät”, niiden olemassaolo sekä sijainti jäivät käytännön tasolla ratkaisevasti metsänhoitajien niistä luomien käsitysten ja mielikuvien varaan. Hyvänä esimerkkinä voidaan mainita Enontekiöllä metsähoitajana toimineen *Justus Montellin* toiminta, jonka yhtenä seurauksena Käsivarren pohjoisimpaan kärkeen perustettiin 1900-luvun alussa Mallan luonnonpuiston alue. Montellin puiston perustamista koskevan ja nähtävästi täysin hänen omaan inspiraatioonsa perustuneen ehdotuksen lopussa viitataan myös maanomistussuhteisiin alueella: Montellin mukaan koko alue kuului kiistatta kauttaaltaan kruunulle. Tosin lappalaisilla oli oikeus laiduntaa alueen tuntureilla porojaan, mutta Montellin mukaan puiston perustaminen varmaankin onnistuisi ongelmitta, ”kunhan vain lappalaisia ei asiassa kukaan pääsisi agiteeraamaan”. Missään tapauksessa lappalaisten mahdollinen vastustus ei Montellin käsityksen

[14] Till samtlige Gouverneurer utom i Wiborgs län, angående inrättande af en provisionell Forstmästeristat för Finland m. m., 14.1.1851.

[15] Keisarillisen Majesteetin Armollinen Ohje-Sääntö, koskewa kruununmetsäin hallitusta Suomen Suuriruhtinasmaassa, 13.5.1859.

mukaan saanut estää alueen rauhoittamista kasvitieteelliseksi suojelualueeksi.[16]

Tätä kautta ja mainitun esimerkin tavoin metsänhoitovirkakunnan toiminta alueella siis käytännössä loi omalla tasollaan pohjaa käsitykselle alueista kruunumaana.

Koska kruunupuistoja pohjoisessa ei ollut, metsänhoitovirkakunnan toiminnan oikeudellinen peruste jäi lopulta riippumaan pelkästään *vuoden 1851 metsäasetuksen 1 §:n säännöksestä:*

> ”Kaikki kyläkuntain piirien ulkopuolella olevat metsät ja erämaat, kuin myöskin piirien sisäpuolella yksityisten tiloista pyykeillä erotetut metsämaat ja saaret sekä jakotoimitusten kautta syntyneet tahi vastedes syntyvät liikamaat, joihin yksityinen mies tahi yhdyskunta ei voi parempaa oikeutta näyttää, ovat kruunun omat.”[17]

Toisin kuin yleensä esitetään, valtion metsähallinnon toiminta Ylä-Lapissa on alusta pitäen perustunut vuoden 1851 *asetuksentasoiseen* säännökseen, ei vuoden 1886 metsälakiin. Ylin valvontavastuu kuului metsäasioissa aina vuoteen 1886 kunkin läänin maaherralle, jolta vastuu vasta vuoden 1886 metsälailla siirrettiin metsähallitukselle.

Metsänhoitovirkakunnan toiminnasta nykyisen saamelaisten kotiseutualueen hoitoalueilla on hyvin vähän ja ainoastaan satunnaisia tietoja. *Metsähallituksen vuosikertomuksessa vuodelta 1865* esitetään ensimmäisen kerran pinta-alatietoja ”valtionmetsistä”, mutta luvuista puuttuu kokonaan pohjoisin Lappi.

Metsänhoitajien suorittamat kartoitukset ja pinta-alojen laskut aloitettiinkin toden teolla vasta 1890-luvulla. Tuloksena syntyi koko maan kattava luettelo, (Register öfver kronojordarna) vuodelta 1893. Tässä luettelossa annetaan tiedot myös pohjoisimman Suomen kruunumaista.

Luetteloiden sisällöstä voidaan todeta, että ne laadittiin kunkin reviirin osalta erikseen asianomaisen ylimetsänhoitajan allekirjoituksin. Kunkin reviirin osalta ilmoitetaan luettelon alussa reviirin kruunumaiden kokonaismäärä. Inarin osalta todetaan esimerkiksi, että *Inarin kruunumaa* käsittää toimeenpannun arvion mukaan 1,850,600 hehtaaria maata. Kunkin luettelon osalta luettelon tiedot ilmoitetaan taulukon muodossa, jossa ilmoitetaan erikseen valvonta-alueen nimi, metsänvartijain puustellien nimi ja suuruus sekä kolmantena asianomaisella alueella sijaitsevat kruunumetsätorpat ja mäkituvat nimiltään ja laajuudeltaan.[18]

---

[16] Meddelanden af Societas pro Fauna et Flora fennica 40 s. 175–181**; Forstmästare Justus Montell**, Förslag till naturskyddsområde vid Kilpisjaur.

[17] Kejserl. Förordning, angående skogarne i Storfurstendömet Finland 9.9.1851.

[18] Inarin osalta luettelo alkaa seuraavasti: ENARE KRONOJORD; Enare socken, Uleåborgs län, Enare forstrevier, Kemi inspektionsdistrikt…innehåller enligt år – verkställd beräkning 1,850,600 hektarer. Kansallisarkisto. Käyttöfilmi 50, f, 174.

Kaikkein vaatimattomimmat ovat tiedot *Enontekiön kruununmaan* kohdalla. Alueella ei ilmoiteta yhtään ainoaa metsänvartijan puustellia, kruununmetsätorppaa eikä mäkitupaa, vaan Enontekiön osalta todetaan yhdellä ainoalla lauseella: *”Enontekiön kruununmaa, arviolta 368,969 hehtaaria”.*[19]

Joissakin yhteyksissä näiden kruununmaaluetteloiden on esitetty liittyvän ja niitä säilytettävän maakirjojen yhteydessä, mutta kysymyksessä täytyy olla väärinkäsitys. Luetteloilla ei ole mitään tekemistä todellisten maakirjojen kanssa, vaan ne liittyvät yksinomaan metsänhoitovirkakunnan omiin tarpeisiin. Tätä erityisempää juridista statusta luetteloilla ei ole, ja kuten edellä mainitut esimerkit osoittavat, ne ovat kaiken lisäksi pelkkiä arvioita valvonta-alueiden laajuudesta.

Valtionmaiden rekisteröinnissä ei myöskään vuoden 1893 jälkeen tapahtunut muunlaista kehitystä kuin se, että itse mittaustekniikka kehittyi uusien menetelmien käyttöönoton myötä. Vuoteen 1976 asti tiedot valtionmetsien laajuudesta ovat jatkuvasti luonteeltaan *”tilastoja”, jotka on tarkoitettu palvelemaan metsähallinnon omia sisäisiä päämääriä.*[20] *Tilastoina näillä tiedoilla ei ole minkäänlaista kiinteistöoikeudellista tai yleensä omistusoikeuteen liittyvää yhteyttä, eivätkä ne siis myöskään ole osoituksia maan kameraalioikeudellisesta luonteesta suuntaan tai toiseen.*

4. Metsälainsäädäntö 1683–1886

Eri yhteyksissä on aikaisemmin todettu, että eräänä valtion taholta vahvana esiintuotuna perusteena valtion omistusoikeudelle on korostettu metsälainsäädäntöä, lähtien vuoden 1683 metsäasetuksesta ja päätyen vuoden 1886 metsälakiin. Valtion taholta on siis pyritty esittämään, että valtiolle juuri tämän lainsäädännön seurauksena olisi syntynyt lailliseen saantoon perustuva omistajan oikeusasema pohjoisiin valtionmaihin. Vaikka asiaa on käsitelty jo aikaisemmin, tässä on paikallaan vielä lyhyesti ottaa tarkastelun kohteeksi tämä lainsäädäntö sanamuodoltaan ja tarkoituksiltaan.

Vuoden 1683 metsäasetuksen säätäminen liittyi tuossa vaiheessa – Ruotsin vallan aikana – suoraan niihin tarpeisiin, jotka olivat tulleet ajankohtaisiksi *vuorityön* (eli kaivostoiminnan) ja siihen liittyvän puuntarpeen täyttämiseen. Vuorityö oli taas varsinkin 1600-luvulla vallalla olleen merkantilistisen talouspoliittisen ajattelun yksi kulmakivi. Valtiontalous perustui ennen kaikkea vientiin, ja

[19] Enontekis kronojord, approximitielt 368,960 hektarer.Kansallisarkisto. Käyttöfilmi 50, f. 164. – Enontekiö kuului kokonaisuudessaan Ounasjoen metsäreviiriin.

[20] Ks. esim. **Laitakari** 1960 s. 33–37.

erilaiset maaperän rikkaudet olivat vientitalouden kenties keskeisin tuote.

Vuoden 1683 metsäasetuksen säätämisellä oli selvä yhteys juuri Lapinmaassa tehtyihin löytöihin ja niissä toimineisiin kaivoksiin: Piitimen lapin Nasatunturin hopeamalmilöytö oli tehty jo vuonna 1634, mitä seurasi välittömästi itse kaivoksen perustaminen.[21] Toinen, vieläkin merkittävämpi löytö tehtiin 1660-luvulla Luulajan lapin Kvikkjoen lapinkylässä, jossa käynnistettiin kaksikin kaivosta, ensin Kedkevaaraan, myöhemmin Alkavaaraan.[22]

Paras osoitus siitä, millaisia valtavia odotuksia kaivostyö oli herättänyt valtakunnan hallituksessa ja siitä, että mineraaleja oletettiin löytyvän juuri pohjoisesta Lapinmaasta on se, että vain kymmenen vuotta ennen vuoden 1683 metsäasetuksen säätämistä julkaistu vuoden 1673 vuorityöasetus tai paremminkin sen uusittu versio vuodelta 1723 julkaistiin painosta myös *saamenkielisenä versiona*.[23] Merkillepantava seikka on tässä yhteydessä sekä vain hieman myöhemmin annetun vuoden 1683 metsälain tulkinnan kannalta se, että vuorityöasetusta ei voida missään tapauksessa katsoa rakennetun kruununmaa-ajattelun varaan: tällöinhän kaivosten perustamisen edellytykset olisivat olleet kiinteistöoikeudelliselta kannalta vapaat. Sen sijaan vuorityölainsäädäntö, erityisen selvästi juuri vuoden 1723 uusittu asetus pitivät lähtökohtana sitä, että mineraaleja mitä ilmeisimmin löytyisi *lappalaisten omistuksessa olleilta lapinveromailta*. Tämän vuoksi asetus sisälsi tarkat säännökset erityisestä lunastusmenettelystä, korvauksista maan menetysten johdosta ja muista vastaavista seikoista.[24]

Olennaisin tässä yhteydessä on siis kuitenkin *vuoden 1683 metsäasetus*, sen sisältö, sanamuoto ja asetuksen tulkinta sekä omana aikanaan että myöhemmin.

Asetuksen alussa mainittujen epäkohtien jälkeen – joiden mukaan kyläkunnat olivat omineet haltuunsa suuria ja laajoja metsiä yli oman tarpeensa – asetuksessa määritellään aikaisemmin todetulla tavalla erityisestä *erottamismenettelystä*, joka tuli suorittaa kyläkuntien ja valtion välillä tulevien omistus-

---

[21] Asiaan eli vuoritöiden tarpeeseen viitataan suoraan vuoden 1683 asetuksen johdannossakin.

[22] Ks. esim. **Awebro** 1983 s. 16–18.

[23] Kongan Maijstäten Armox Placat ja Bejethes daj Freiheti jah auki bijr, juko … jne. Stockholm 1734.

[24] Tämä ei ole pelkkä väite, sillä asiasta on säilynyt aiheen kannalta merkittävää oikeuskäytäntöä sekä muuta asiakirja-aineistoa siitä, että asetusta todella käytännössäkin sovellettiin tässä tarkoitetulla tavalla. Niinpä Ruotsin kruunu aikanaan vuoden 1737 käräjäpöytäkirjojen **mukaan lunasti Anund Anundinpoika Mangilta tänäkin päivänä käytössä olevan Kirunan kaivoksen maa-alueen**, sillä mineraalilöydöt, tässä tapauksessa rautamalmi, oli tehty juuri Mangin lapinveromaalla. Lunastuksen seurauksena Mangi luonnollisestikin vapautettiin maahan kohdistuvasta maaverosta, minkä lisäksi Mangille luvattiin erityinen palkkio ja hyvitys. (Jukkasjärven käräjät 13.–15 ja 17.–21.1.1737, SVA FR 670 f. 638–638v. Ks. myös **Korpijaakko-Labba** Diedut 1999/1 s. 87–88).

osuuksien perustaksi. Viranomaisten oli ensin tutkittava kunkin kylän ja talon luonteen mukaan sen *rajat*: tässä tapauksessa erottamisen tuli perustua todettuihin rajoihin. Missä rajoja ei ollut, kullekin talolle oli erotettava niin suuri alue ja niin paljon metsää, kuin oli kohtuullista ja täydelle *(itsekannattavalle) talolle tarpeellista*. Muu osa tuli erottaa kruunulle. Näistä riippumatta oli kuitenkin myös *pitäjien ja kihlakuntien yhteismaita kunnioitettava* eikä metsiä saanut riistää niiltä pois. – Vain se, mikä tällaisista suurista metsistä oli kokonaan käyttämättömänä ja jonka ei erottamistoimituksessa hyvällä syyllä voitu osoittaa kuuluvan jollekin talolle, kylälle, pitäjälle tai kihlakunnalle, oli *erottamisen jälkeen* oleva kruunun omaisuutta.[25]

Ottaen huomioon asetukselle myöhemmin annettu ratkaiseva merkitys kruunun omistuksen kannalta on ensinnäkin todettava, että kruununmaat eivät todellakaan voineet syntyä asetuksen nojalla ”eo ipso”, sellaisenaan ja pelkän toteamisen nojalla. Tämän on Ruotsin korkein oikeus aikaisemmin mainitulla tavalla lopullisesti vahvistanut tuomiossaan 1981 DT 2. Kruununmaiden syntyminen tämän asetuksen johdosta saattoi tapahtua vain laillisten erottamistoimitusten seurauksena.

Suomen nykyisessä Lapissa saamelaisten kotiseutualueella erottamistoimituksia ei tämän asetuksen nojalla kuitenkaan milloinkaan ole suoritettu.[26]

Toisaalta on tässä yhteydessä tärkeä kiinnittää huomiota eräisiin suomalaisiin tulkintoihin, jotka koskevat asetuksen tarkempaa sanamuotoa. Tässä tarkoitetaan erityisesti oikeusministeriön maaoikeusasiantuntijan *Juhani Wirilanderin* lausunnossa esitettyjä mainintoja vuoden 1683 asetuksesta, jotka kyseisessä lausunnossa on sisällytetty yläotsikon ”Kruunun otteen vahvistuminen Lapissa” alla.[27]

Tohtori Wirilanderin selvitystä vuoden 1683 asetuksesta on pidettävä selvästi harhaanjohtavana. Erityisesti sanottu koskee sitä tosiasiaa, ettei Wirilander lainkaan itse asetuksen sisältöä tarkastellessaan mainitse laillisten rajojen merkitystä omistussuhteiden erottelussa eli sitä, että kruununmaita ei asetuksen mukaan saanut erottaa kyläkuntien tai talojen – eikä edes pitäjien – laillisten rajojen sisältä.

Toinen merkittävä seikka koskee asetuksen tulkintaa tapauksissa, joissa rajat puuttuivat, eli kuinka asetusta tällaisissa tilanteissa oli sovellettava käytäntöön. Tällaisissa tilanteissa asetus edellytti kullekin talolle annettavan metsää niin paljon kuin täystalollisuus eli itsekannattavuus edellytti. Vaikka talon aikaisem-

---

[25] Kongl. May:tz Nådigste Förordnnig och Påbud Angående Skogarne och hwad därwid i acht tagas bör 19.12.1673.

[26] Tämänkin seikan Ruotsin korkein oikeus on todennut tuomiossaan 1981 DT 2, s. 147.

[27] *Wirilander* 2001 erit. s. 46–53.

min käyttämän metsämaan alue siis tällöin saattoi pienentyä, *ei se missään tapauksessa voinut ”kadota” kokonaan ja siirtyä kruunulle.* Myös tämä seikka on selvästi tuotu esiin Ruotsin korkeimman oikeuden tuomiossa 1981 DT 2 (erit. s. 199), mutta tätäkään seikkaa selvitysmies Wirilander ei varsinaisesti tuo esityksessään esiin.

Lopulta on vielä kerran viitattava siihen, että asetus todellakin edellytti laillisen erottamistoimituksen suorittamista, jossa kaikkien asianosaisten luonnollisesti olisi tullut olla edustettuina. Jos ja kun tätä seikkaa ei painoteta tarpeeksi – kuten Wirilanderin lausunnossa on tapahtunut – myös kaiken myöhemmin annetun metsälainsäädännön tulkinta vääristyy ja siitä voidaan haluttaessa antaa virheellinen kuva. Näin asiassa on Suomen kohdalla juuri käynytkin, sillä myöhempää metsälainsäädäntöä, erityisesti vuoden 1851 metsäasetusta ja vuoden 1886 metsälakia on suoraan ja ratkaisevasti tulkittu niistä lähtökohdista, jotka on ensin (virheellisesti) luotu vuoden 1683 metsäasetuksen tulkinnoilla.

Vuoden 1851 metsäasetuksen antamista edelsivät erinäiset uusitut metsäasetukset Ruotsin vallan ajan loppupuolelle asti. Asiantuntija Wirilander on käynyt lausunnossaan nämäkin asetukset läpi, joskin hyvin epäselvää on ja epävarmaksi jää, missä määrin näitä ”kruunun otetta vahvistavia” ainakaan mitenkään erityisemmin on tarkoitettu sovellettaviksi juuri Lapinmaassa, jolloin niillä olisi Wirilanderin tarkoittama tehtävä kruunun aseman vahvistamiseksi juuri tällä alueella. Nämä asetukset, ennenkaikkea vuosilta 1734 ja 1793, mainitsevat soveltamisalueinaan erityisesti Suomen, Norlannin, Taalainmaan ja Wärmlannin sekä Länsi-Norlannin, eivät lainkaan Lapinmaata. Kuten jo tämän esityksen johdannossa on mainittu, Ruotsin valtakunnan hallinnossa Länsipohjan lapinmaa oli kuitenkin oma selkeä hallintoalueensa, ja Lapinmaaksi aluetta asiakirjoissa myös aina kutsutaan, vielä autonomian ajallakin. Joka tapauksessa tätä seikkaa on syytä painottaa sen vuoksi, että asiaan liittyvissä kannanotoissa annetaan säännönmukaisesti ymmärtää metsälainsäädännön kohdistuneen nimenomaan juuri Lapinmaahan. Tämä ei tietenkään pidä paikkaansa, sillä ”suuria, käyttämättömiä metsiä” oli sekä Ruotsin vallan aikana että vielä 1800-luvullakin kaikkialla Ruotsin ja Suomen alueella eteläisimpiä maakuntia ehkä lukuun ottamatta.

Pohjoisessa Lapinmaassa sellaisia hyväkasvuisia metsiä, joiden hyödyntämiseen valtio metsälainsäädännöllään eri aikoina nimenomaan pyrki, oli asetusten antamisen aikoihin lopultakin kaikkein vähiten. Metsälainsäädännön yleiset tarkoitusperät huomioon ottaen on siis jo loogisestikin hämmästyttävää, että vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa ja erityisesti valtion kannanotoissa toistellaan juuri metsälainsäädännön olleen eräs vahvimmista kruunun otetta tiukentavista toimenpiteistä määräysvallan vakiinnuttamiseksi Lapinmaan maihin ja

vesiin – siitä puhumattakaan, että metsälainsäädännöllä olisi suoraan luotu perusta valtion omistusoikeudelle itsessään joko täysin metsättömiin tai vajaakasvuisiin metsämaihin.

Ennen vuoden 1851 metsäasetuksen antamista Suomessa oli ollut voimassa Ruotsin vallan ajalta periytyvä vuoden 1805 metsäasetus. Vuoden 1851 metsäasetusta oli valmisteltu komiteassa, jonka mietintö on julkaistu vuonna 1842 *(Komitébetänkande 1842, skogsordning).*

Esipuheessaan komitea selvittää tarkoin työnsä ja koko metsälainsäädännön yleiset lähtökohdat ja tarkoitusperät. Kysymys oli komitean mukaan *taloudellisesta lainsäädännöstä, joka liittyi metsätalouden tarpeisiin*: siihen, ettei metsää haaskattu ja että metsävaroja yleensä riitti ja oli käytettävissä valtiontalouden kannalta edullisella tavalla. 1800-luvun puolivälissä vanhaa merkantilistista talouspolitiikkaa oli alettu purkaa kohta kohdalta, ja valtiontalouden kulmakiveksi olivat yhä kasvavassa määrin nousemassa juuri metsät. Puutavaran kysyntä oli yleisen teollistumiskehityksen mukana noussut huimasti Euroopassa, jonka omat metsävarat oli jo kulutettu loppuun. Suomessa metsiä vielä riitti, aivan eteläisintä Suomea lukuun ottamatta.

Vuoden 1851 metsäasetuksen 1. artiklassa on sen lopullisessa muodossa säädetty juuri siitä valtiovallan taholta näinä aikoina niin usein ja voimallisesti korostetusta periaatteesta, jonka mukaan ”kyläkuntain rajojen ulkopuolella sijaitsevat metsät ja erämaat, kuten myös liikamaiden erottamisten kautta syntyneet ja tulevaisuudessa syntyvät liikamaat, joihin yksityinen mies tai yhdyskunta ei voi näyttää parempaa oikeutta, ovat kruunun omat” (suom. tässä).

Komiteanmietinnön perusteluissa, juuri kyseisen 1. artiklan kohdalla korostetaan sääntelyn luonnetta taloudellisena lainsäädäntönä. Yleisesti perustelut ovat melko niukat, sillä niissä todetaan tässä asiassa noudatettavan siihen asti voimassa ollutta Ruotsin vallan aikaista vuoden 1805 metsäasetuksen mukaista sääntelyä. Ainoa mainittavampi kohta, jossa komitea ilmoittaa ehdotuksensa eroavan Ruotsin vuoden 1805 asetuksesta, koskee *maakuntien ja kihlakuntien yhteismaita*: yhteiskunnallisesta kehityksestä, Ruotsin jo varhaisessa vaiheessa vallattua Suomen, tällaisia yhteismaita ei Suomen oloissa ollut varsinaisesti ehtinyt syntyä, eikä niitä koskevalla säätelyllä ollut siis varsinaista käytännöllistä merkitystä.

Aivan toinen oli komitean mukaan tilanne *pitäjien yhteismaiden kohdalla*. Koko pitäjäjaotus oli kirkollista perua ja ikivanha. Vaikka pitäjien yhteismaat komitean käsityksen mukaan enimmäkseen oli jo ehditty jakaa pitäjäläisten kesken, jakamattomiakin yhteismaita vielä oli olemassa. Koska sitä paitsi vanhempi lainsäädäntö katkeamattomasti oli tunnustanut pitäjänmiesten omistusoikeuden pitäjien yhteismaihin, katsoi komitea asianmukaiseksi säilyttää näitä yhteismaita ja niiden käyttöä koskevat periaatteet lainsäädännössä (KM 1842 s. 5).

Näin myös käytännössä tapahtui, ja pitäjien yhteismaiden käyttämisestä säädetään vuoden 1851 asetuksen 4. artiklassa, joka koskee *yksityisten omistamien* metsien käyttöä.

Asia on maininnan arvoinen, sillä kiinteistöoikeudellisessa kirjallisuudessamme on *Kyösti Haatajan* kertaalleen luoman tiukan kannan mukaan yleisesti lähdetty siitä, ettei Suomen alueella ole pitäjien yhteismaita ollut.[28]

> *Aivan erityinen merkityksensä tässä esiintuoduilla seikoilla on juuri Lapinmaan oikeuskehitystä tarkasteltaessa. Varsinkin vuoden 1809 rauhansopimuksen edellyttämän, Ruotsin ja Venäjän välisen rajankäynnin yhteydessä ja myöhemmissäkin sotia seuranneissa alueellisissa järjestelyissä vanhojen lapinkylien – lapinveromaista puhumattakaan – alueita pirstottiin karkeasti, mutta ikivanha pitäjäjaotus on säilynyt näihin päiviin asti. Siinä määrin kuin pitäjittäin maksetuista maaveroista on säilynyt todisteita – kuten ns. lapinveron kohdalla on asianlaita – näillä merkinnöillä on näin ollen aivan sama merkitys maanomistussuhteita arvioitaessa kuin muilla vastaavilla maakirjamerkinnöillä.*

Vuoden 1886 metsälakia on valtiovallan taholta annetuissa, aivan tuoreissakin kannanotoissa toisteltu eräänä merkittävimmistä perusteluista sille, kuinka omistusoikeus valtionmaihin pohjoisessa viimeistään siirtyi valtiolle.

Päinvastoin kuin yleensä on annettu ymmärtää, vuoden 1886 metsälaki on kuitenkin itse asiassa vain suora toisinto edellä tarkastellusta vuoden 1851 metsäasetuksesta, ja sisältää valtionmaiden olemassaolon tai paremminkin erottamisen suhteen samat säännöt kuin vuoden 1851 asetuskin. Varsinainen ero on se, että säännökset nyt korotettiin lain tasolle, mikä vuoden 1851 tilanteessa – jolloin valtiopäiviä ei vuoden 1809 jälkeen ollut vielä kertaakaan kutsuttu koolle – oli luonnollisestikin ollut mahdotonta.

Samalla tavalla kuin vuoden 1683 metsäasetuksen kohdalla on asianlaita, oikeusministeriön maaoikeusasiantuntijan, tohtori *Wirilanderin* lausunnosta saa tässäkin yhteydessä puutteellisen ja väärän kuvan. Wirilander selittää vuoden 1886 lain sisältävän samat periaatteet kuin kaikki edeltäjänsä (metsäsäännökset vuosilta 1647, 1664, 1683, 1734, 1793, 1805 sekä 1851). Pitemmälle menevää ja tarkempaa selvitystä metsälain säännösten sisällöstä tai sen yleisestä tarkoituksesta lainsäädännössä Wirilander ei tee lainkaan, vaan koko asia ”selitetään” eräänä aikaisemmin viitatun lausunnon kappaleen osana, jolla pyritään esittämään perusteita valtion oikeudelle Lapinmaan maiden määräysvaltaan: ”Kruunun otteen vahvistuminen Lapissa” (*Wirilander* 2001 erit. s. 51).

---

[28] Ks. erityisesti **Haatajan** artikkeli ”Erämaa ja liikamaa” (1929) s. 21–22.

Wirilander jättää siis tässäkin yhteydessä kokonaan tarkastelematta sen, ettei kruununmaita lainkaan saanut erottaa kylien, talojen *tai edes pitäjien* laillisten rajojen sisältä, samoin kuin sen, että talolle joka tapauksessa oli annettava niin paljon metsää kuin itsekannattavuus edellytti.

Kun tulkinta, jonka mukaan vuoden 1683 metsäasetus olisi sellaisenaan synnyttänyt kruunun omistusoikeuden ns. käyttämättömään maahan on paikkansa pitämätön, sama pätee luonnollisesti kaikkeen myöhempäänkin vastaavat periaatteet sisältävään lainsäädäntöön: myös vuoden 1886 metsälakiin.

Tämän on selvitysmies Wirilander tietyllä tavalla itsekin, tosin tätä tarkoittamatta, todistanut, selostaessaan vuoden 1886 metsälain valmistelua eduskunnan laki- ja talousvaliokunnassa: valiokuntahan totesi vuoden lain 1886 metsälain nimenomaan perustuvan edeltäjiinsä (*Wirilander* 2001 s. 51).

Olennaisin on tässä yhteydessä kuitenkin itse lopputulos eli se aikaisemminkin mainittu tosiasia, että ”kruunun otteen vahvistuminen” ei asian juridisessa katsannossa missään tapauksessa tarkoita eikä voi tarkoittaa itse omaisuussuhteiden muuttumista suuntaan tai toiseen: muutos on voinut tapahtua vain lain mukaisen toimituksen tai muun laillisen saannon pohjalta.

Lopulta on vielä paikallaan viitata siihen varsin erikoiseen havaintoon, että Ruotsissa, johon Suomenkin Lappi alkujaan kuului, ja jossa annettuun vuoden 1805 metsäasetukseen sekä Suomen 1851 metsäasetus että vuoden 1886 metsälaki laki- ja talousvaliokunnan mietinnön mukaan suoraan perustuivat, ei Ruotsin valtion taholta ole valtion omistusoikeutta tiettävästi missään vaiheessa ja varsinkaan verotunturioikeudenkäynnin yhteydessä pyritty perustelemaan vuoden 1805 metsäasetuksen nojalla. Ilmiö on siis puhtaasti ”suomalainen keksintö”.

5. Ns. väliaikaiset liikamaiden erottamiset

Oma lukunsa Lapinmaan maankäyttöolojen historiassa ovat *ns. väliaikaiset lohkojaot*, joita toisissa yhteyksissä on kutsuttu myös väliaikaisiksi liikamaiden erottamisiksi. Saamelaisten kotiseutualueen puitteissa näitä väliaikaisia toimituksia suoritettiin Enontekiöllä, Inarissa ja eri yhteydessä Sodankylässä, Utsjoella sen sijaan ei milloinkaan.

Tässä on syytä lyhyesti tarkastella myös näiden toimitusten tarkoitusta ja juridista luonnetta siitä huolimatta, ettei edes valtio itse ole varsinaisesti perustellut omistusoikeusvaatimuksiaan näihin väliaikaisiin toimiin.

Kun isojaot maan pohjoisimmissa osissa olivat vielä 1800-luvun lopussa kokonaan suorittamatta, väliaikaisiin erottamisiin ryhdyttiin valtion intressien vuoksi ja erityisesti juuri sen vuoksi, että valtio pääsisi hyödyntämään pohjoistenkin alueiden metsää siinä määrin kuin se yleensä oli mahdollista ja tarpeen.

Väliaikaisten lohkojen erottaminen ei perustunut mihinkään varsinaiseen lakiin tai edes asetukseen. Toimituksiin ryhtymistä on usein, myös asiantuntija Wirilanderin lausunnossa (s. 54) perusteltu sillä, että väliaikaisten lohkojen määräämisellä haluttiin estää yksityisten taholta suoritettu metsien haaskaus ja ”järjetön” hakkuu.

Oulun maakunta-arkistossa säilytettävän, väliaikaisia lohkoja koskevan asiakirja-aineiston kokonaistarkastelun mukaan väliaikaisiin lohkojakoihin ryhtymisellä on kuitenkin toiset, *aivan päinvastaiset syyt.* Asiasta todistaa esimerkiksi pöytäkirja, joka koskee ”selvityksen hankkimista kruununmaitten mahdollisesti toimitettavaa väliaikaista rajoittamista varten”; tämä selvitys ja sitä varten pidetty kokous pidettiin Inarissa vuonna 1900.

Heti alussa, pöytäkirjan 1 §:ssä, ilmoitetaan selkeästi koko toimitusten tarve ja tarkoitus yleensä valtion kannalta. Pöytäkirjan 1 §:n mukaan varsinaisen aloitteen asiassa oli tehnyt metsänhoitohallitus 6.7.1898, ja Senaatin kamaritoimituskunta oli määrännyt kirjeessään 17.6.1899 Oulun läänin kuvernöörin puolestaan määräämään maanmittarin tekemään ensin alustavan selvityksen mahdollisuuksista tällaisten toimitusten suorittamiseen. Inarissa tällainen kokous pidettiin vuonna 1900 maanmittari A. Gustafssonin johdolla, ja pöytäkirjan 1 §:stä ilmenee sanatarkasti suunniteltujen toimitusten tarkoitusperä: pöytäkirjan mukaan metsänhoitohallitus oli esittänyt Senaatin kamaritoimituskunnalle, ”*eikö tilojen näissä seurakunnissa väliaikaista erottamista voitaisi aikaansaada*”, *koska* ”*valtion ja yksityisten tiluksia Utsjoen ja Inarin pitäjässä ynnä Enontekiöisten kappelissa ei ole toisistaan erotettu*, *ja siis vapaa myynti kruunun sikäläisistä metsistä on estetty”*.[29]

Metsänhoitohallituksen piirissä huoli valtion oikeudesta päästä hakkaamaan pohjoisen metsiä oli ylipäätänsä juuri tuolloin suuri ja asian hoitamiseksi ehdotettiin muitakin toimenpiteitä. Pelon aiheena oli 12.10.1892 annettu armollinen asetus väliaikaisten uudistalojen perustamisesta, jonka seurauksena erityisesti juuri Inariin pian olikin perustettu kaksi kappaletta väliaikaista uudistaloa; nyt pelättiin, että kruunu menettäisi hakkuuoikeutensa uudistalojen enimmäkseen hyviin tukkimetsiin. Niinpä metsänhoitohallitus oli yhtenä toimenpiteenä esittänyt, että vuoden 1892 asetus kumottaisiin tästä syystä kokonaan.[30]

Selvityskokousten lopputuloksena Senaatti määräsi väliaikaiset lohkojaot suoritettavaksi Enontekiöllä ja Inarissa. Senaatin kamaritoimituskunnan kirje Enontekiöllä suoritettavista väliaikaisista jaoista on annettu 22.5.1900, ja Inarin vastaava kirje 20.5.1901.

---

[29] Oulun maakunta-arkisto, toimitus n:o 4563.

[30] Ks. edellinen viite.

Väliaikaisiin lohkojakoihin liittyvä asiakirja-aineisto ja koko tapahtumasarja on itsessään mielenkiintoinen oikeushistoriallinen erityisongelma. Sen laajempi selvittely tässä yhteydessä ei kuitenkaan ole tarpeen siitä syystä, ettei väliaikaisten toimitusten luonteesta edes niiden suorittamisen aikaan eikä sen jälkeisessä juridisessa tarkastelussa ole vallinnut epäselvyyttä. Tulkinta on kautta linjan ollut se, että näillä jaoilla tai erottamisilla ei ollut mitään tekemistä omistusoikeusjärjestelyjen kanssa. Ne eivät vahvistaneet yksityisten oikeutta talojensa tiluksiin, mikä tapahtui vasta todellisten isojakojen yhteydessä, siitä puhumattakaan, että ne olisivat luoneet omistusoikeuden valtiolle ns. väliaikaisiin liikamaihin. Jopa *Kyösti Haataja*, jonka kanssa silloinen korkeimman oikeuden presidentti *F. A. Pehkonen* kävi kiivastakin sananvaihtoa monesta muusta suomalaiseen kiinteistöoikeuteen liittyvästä peruskäsitteestä, on tässä asiassa yksiselitteisen selkeä. Haataja kirjoittaa muun muassa:

> *”Kysymys on, siirtyikö niiden (s.o. mm. niittymaiden) omistusoikeus väliaikaisten lohkojen erottamisen kautta valtiolle vai ei. Tähän on ilmeisesti vastattava, ettei niin tapahtunut, sillä väliaikaisten lohkojen muodostaminen ei tiennyt omistusoikeuden järjestelyä siten, että toisella puolen rajaa olisi ollut valtion ja toisella puolen talollisen maata, vaan jäi omistusoikeudellinen tilanne väliaikaisista lohkoista huolimatta entiselleen.”*[31]

6. Pohjoisten kuntien isojaot

Edellä tarkasteltujen väliaikaisten liikamaiden erottamisten suunnittelemista koskevien asiakirjojen yhteydestä selviää, että valtio, tai paremminkin metsähallitus, tuossa vaiheessa halusi jarrutella varsinaisten isojakojen suorittamista maan kolmessa pohjoisimmassa kunnassa. Perusteluna mainitaan tuolloin toimeensa asetettu komissio, jonka tuli selvittää maan pohjoisimpiin osiin erotettavia suojelusalueita. Komission työn lopputuloksia haluttiin odottaa ennen isojakoihin ryhtymistä. Suojametsäkomission työn lopputuloshan oli esityksen alussa todetulla tavalla se, että komissio *katsoi kaikki varsinaisen havumetsärajan pohjois- ja eteläpuolella olevat tunturiseudut jätettäviksi kaikenlaiseen pysyväiseen asutukseen kelpaamattomina valtion haltuun*” (KM 1910:7 erit. s. 163). – Suurin osa Enontekiön, Inarin ja Utsjoen aluetta oli juuri tällaista aluetta (ks. komission ehdotus 1–11§, s. 222–226).

---

[31] Ks. *Haataja* 1928 erit. s. 85. Toteamukset liittyvät niihin väliaikaisiin toimituksiin, joita tehtiin muualla kuin pohjoisimmissa kunnissa eli ns. ruotusopimuspitäjissä, ja jotka, edellisistä poiketen, perustuivat nimenomaiseen asetukseen (julistukseen) vuodelta 1879. – Kuten viitattiin, tässä (liki ainoassa) asiassa Haatajan ja presidentti Pehkosen kannat olivat yhteneväiset. Ks. *F. A. Pehkonen*, Lakimies 1929 s. 56–69, erit. s. 59–60.

Mihinkään lainsäädännöllisiin toimiin komission työ ei kuitenkaan johtanut.

Isojakoihin ryhdyttiin vanhan ruotsalais-suomalaiseen kiinteistöjärjestelmään kuuluvan periaatteen mukaan yleensä jonkun yksityisen maanomistajan aloitteesta, vaikka tuolloin voimassa ollut vuoden 1848 maanmittausohjesääntö antoikin läänin maaherralle valtuuden määrätä isojakotoimitukset aloitettaviksi. Pohjoisimmissa kunnissa eräät lohkokunnat olivat tämän mukaan noihin samoihin aikoihin tehneetkin aloitteen isojakoihin ryhtymiseksi. Joitakin toimituksia ehdittiin myös käytännössä aloittaa, mutta ne kaikki keskeytettiin.[32]

Virallisena selityksenä näihin päiviin asti on ollut se, että pohjoisessa oli alkanut suurimittainen maakeinottelu; juuri tämän vuoksi aloitetut toimitukset oli keskeytettävä, ja pohjoisten kuntien isojakoja varten oli laadittava oma erillinen isojakolainsäädäntö. Näin myös käytännössä tapahtui. Lain valmistelu oli itsessään varsin sekava prosessi, mihin tässä ei kuitenkaan ole syytä sen enempää puuttua. Tärkein on lopputulos: *Laki isojaosta ja verollepanosta sekä valtion mailla olevien vuokra-alueiden lunastamisesta Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kunnissa 1925/157.*[33]

Tässä selvityksessä on aikaisemmin tuotu esiin se, että maanmittauslaitoksen vuonna 2002 antamaa lausuntoa lukuun ottamatta valtion omistusoikeuden pohjoisiin valtion metsämaihin on väitetty perustuneen *viimeistään tämän lain mukaisten isojakojen yhteydessä suoritettuihin liikamaiden erottamisiin.*

Niin sanottujen liikamaiden erottaminen valtiolle isojakojen yhteydessä ei kuulunut alkuperäisten isojakosäännösten perusajatukseen lainkaan, vaan kyseinen, juridisilta perusteiltaan jo itsessään kyseenalaisena pidetty toimenpide alettiin liittää isojakoasetuksiin vasta varsin myöhään, 1770-luvun tilanteessa. Kun isojaoissa niiden alkuperäisen tarkoituksen mukaan vain järjesteltiin uudelleen talojen maanomistus kylien rajojen sisällä ”suuriin lohkoihin”, uusi keksintö, liikamaiden erottaminen, merkitsi sitä, että kylien taloille ei annettukaan niiden aikaisempaa omistusta täysin vastaavaa määrää maata. Sen sijaan niille ryhdyttiin antamaan tietty tynnyrinala[34] manttaalia kohti. Jos talojen yh-

---

[32] Inarin kunnassa isojakoa hakivat ensin *Muddusjärven kylän* maanomistajat 3.5.1911; seuraavina vuosina toimituksia haettiin moniin muihinkin kyliin, myös Enontekiöllä. Utsjoen kuntaan isojaon toimittamista oli haettu 1912, mutta tässä vaiheessa toimitusmääräystä ei enää annettu.

[33] Lain säätämiseen liittyvässä hallituksen esityksessä tähdennetään lohkojakojen suunnittelun yhteydessä sitä, että *pohjoisten metsärajaseutujen metsiä uhkaa hävitys*, jollei käyttöä sopivalla tavalla säännöstellä (s. 1). Lain varsinaisesta valmistelusta vastasi sen viimeisenä vaiheena ”Komisioni, joka on asetettu antamaan lausuntonsa niistä asioista joilla on yhteyttä Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kuntain verollepanojen ja isojakojen kanssa, KM 1921:20.

[34] *Yksi tynnyrinala* (ta) vastasi vuodesta 1635 lähtien 140000 neliökyynärää. Yksi neliökyynärä taas vastasi suuruudeltaan 59,38 X 59,38 senttimetrin suuruista aluetta. Ks. *Maakunta-arkistojen opas* 1995 s. 23–24.

teenlasketun manttaalin mukaan määräytyvä kokonaistynnyrinala jäi tällä tavalla vaikkapa kylän rajojen sisälläkin vajaaksi, se saatiin ”liikamaana” erottaa valtiolle.

Liikamaan erottamista koskivat kuitenkin tarkat säännökset kuten isojaon kaikkia muitakin toimenpiteitä. Kun talojen tilusten sijoittaminen (maa-alueiden uudelleenjärjestely isoiksi lohkoiksi) oli toimitettu, oli tämän jälkeen yksityiskohtaisesti laskettava valtiolle tulevan liikamaan ja kylän taloille yhteisesti tulevan tilusalan raja kartalla sekä siten saatu ehdotus rajoiksi näytettävä asianosaisille. Jos asianosaiset hyväksyivät ehdotuksen, *oli raja käytävä sen mukaan*. Muussa tapauksessa asia oli alistustietä saatettava maanjako-oikeuden tutkittavaksi.[35]

Siirryttäessä tämän selvityksen kannalta keskeisimpään kysymykseen eli vuoden 1925 pohjoisten kuntien isojakolainsäädäntöön sekä sen pohjalta suoritettuihin isojakotoimituksiin on ensinnäkin todettava se, että *vuoden 1925 laista puuttuivat kokonaan liikamaiden erottamista koskevat säännökset*.

Isojakolain 2 §:n mukaan kolmen pohjoisen kunnan alueet jaettiin ensin kolmeen erilaiseen piiriin kuntien eri osien kasvullisuus- ja ilmasto-olosuhteiden perusteella. Sen jälkeen yksityisille taloille annettiin ensin jokaisessa piirissä yksityiseen käyttöön eli tonttimaaksi, pelloksi ja niityksi manttaalia kohti 1,667 hehtaarista verollista maata aina 2,667 hehtaariin verollista maata asti piirin oloja vastaavasti. Käytännössä talot saivat yleensä kaikki niiden jo ennestään nauttimat pellot ja niityt. Viljelemätöntä mutta viljelyskelpoista maata annettiin niin paljon kuin tilat todistettavasti olivat vanhastaan hallinneet, joskus enemmänkin.

Metsiä koskivat kuitenkin omat säännöksensä. Annettavan metsän määrä vaihteli, ja taloille oli annettava kutakin piiriä erikseen koskevien määräysten mukaan *yhteismetsänä* 883 hehtaarista 1333 hehtaariin verollista maata.

Mistään valtiolle erotettavasta liikamaasta laki ei puhu sanaakaan. Isojakojen toimituspöytäkirjoissakaan liikamaiden erottamisesta ei mainita mitään. Ainoaksi viitteeksi asiasta jäävät isojakojen kartat, joissa taloille yksityisesti tulevien palstojen ulkopuolella sijaitsevan maan kohdalla löytyy mainintoja ”jää valtiolle” tai ”valtionmaata”. *Tämänkaltainen käsin karttaan tehty merkintä ei tietenkään sekään riitä synnyttämään omistusoikeutta valtiolle kyseiseen alueeseen, kun tiedossa ei ole, minkä lain tai toimituksen mukaan oikeus olisi ennen jakoja tai itse jaon yhteydessä valtiolle muodostunut.*

Johtopäätökseksi kaikesta edellisestä jää jälleen kerran, että, päinvastoin kuin valtion taholta perinteisesti on haluttu väittää, pohjoisten kuntien isojaoissa ei erotettu valtiolle maata liikamaina. Tätä kautta valtion maanomistuskaan ei tie-

[35] Ks. esim. *Haataja* 1936 s. 122.

tenkään ole voinut syntyä isojakojen ja liikamaiden erottamisten seurauksena.

Kuten aikaisemmin on todettu – samalla kun kyseinen seikka on koko tämän esityksen keskeisin lopputulema – muodollinen muutos valtion oikeusasemassa valtion metsämaihin nähden on toteutettu vasta vuoden 1976 jakolain muutoksella.

> Edellä esitetyt tulkinnat pohjoisten kuntien isojakojen lopputuloksesta eivät perustu yksinomaan isojakojen asiakirjojen ja itse isojakolainsäädännön selvittelyyn, vaan tulkintojen vakuutena on myös toimitukset aikanaan pääasiassa suorittaneen *toimitusinsinööri Antti Pohjolan kirje saamelaisasiain neuvottelukunnalle*: neuvottelukunta oli tiedustellut Pohjolalta nimenomaan sitä, mitä pohjoisten kuntien isojaoissa todella tapahtui.[36]
>
> Kirjeessä Pohjola toteaa ensinnäkin itse isojakolainsäädännön sisällöstä ja tarkoituksesta seuraavaa: ”Niin myös vuoden isojakolaki säädettiin kokonaisuudessaan sille pohjalle, että *kaikki isojaossa yksityisen omistuksen ulkopuolelle jäävä maa on jo entisten säännösten perusteella valtion omaisuutta”*. – Yksityisellä omistuksella tarkoitettiin luonnollisesti yksityisten tilojen tiluksia, ja toteamus on täsmälleen isojaon karttoihin sisältyvien merkintöjen mukainen: niissähän todetaan ns. valtionmaan kohdalla paikoin, paitsi pelkän ”valtion maata” merkinnän ohella myös ”jää valtiolle”.
>
> Toisessa yhteydessä Pohjola toteaa vielä: ”Vuoden 1925 isojakolaissa *ei esiintynyt käsitettä liikamaan murtaminen*, vaan yksityiskäyttöön tulevien tilusten erottaminen ja yhteismetsän muodostaminen.”.

Nämä toimitukset käytännössä itse suorittaneen toimitusinsinöörin, sittemmin maanmittausneuvoksen toteamukset vahvistavat viimeistäänkin sen, että väite valtionmaan muodostumisesta isojakojen yhteydessä liikamaiden erottamisen muodossa on täysin kestämätön. Se, että jokin laki säädetään jonkin ”näkemyksen pohjalle”, ilman että itse laki sisältäisi selkeät säännökset asian suhteen, ei – jälleen kerran – riitä perusteeksi oikeuden todellisesta syntymisestä tai olemassaolosta.

7. Pohjoiset vesipiirirajankäyntitoimitukset

Isojakoihin liittyivät luonnollisella tavalla myös kylien välisten vesialueiden piirirajankäynnit, joissa määriteltiin kullekin kylälle tai jakokunnalle tulevan yhteisen vesialueen rajat valtiolle tulevaa vesialuetta vastaan. Suurimmassa osassa maata välirajat oli käyty loppuun 1960–1970-luvuille saavuttaessa. Piirirajankäynnit suoritettiin vuonna 23.7.1902 annetun välirajasta vedessä ja vesialueen jaosta annetun lain nojalla.

---

[36] *Antti Pohjolan* kirje saamelaisasiain neuvottelukunnan sihteerille 16.5.1987.

Maan pohjoisimmissa kunnissa vesialueiden piirirajankäynteihin ei vielä tuossa vaiheessa ollut päästy, kun isojaotkin saatiin osassa aluetta päätökseen vasta 1960-luvulla. Kylien vesialueiden määrittäminen edellytti tietenkin sitä, että oli tarkoin tiedossa niiden kiinteistöjen sijainti ja ulottuvuus, joihin vesialueet piirirajankäynneillä liitettiin.

Heti isojakotoimitusten päätyttyä vesialueiden piirirajankäynnit aloitettiinkin Inarissa vuonna 1961 vuoden 1902 lain perusteella. Kuten aikaisemmin oli ollut asianlaita itse isojakojen yhteydessä, toimitukset kuitenkin keskeytettiin alkuunsa, ja jälleen nimenomaan *valtion taholta tulleesta määräyksestä*.

Kirjeenvaihtoa asiassa oli käyty maanmittaushallituksen ja maatalousministeriön välillä vuonna 1962. Tässä kirjeenvaihdossa, siltä osin kuin siihen on viitattu asiaan liittyvissä julkaistuissa kannanotoissa, lähdettiin siitä, ettei vesipiirirajankäyntejä maan pohjoisimmissa osissa vallitsevien erikoisolosuhteiden vuoksi olisi tarkoituksenmukaista eikä ehkä edes mahdollistakaan toimittaa vuoden 1902 lain säännösten nojalla. Ehdotettiin, jälleen kerran, asetettavaksi erityinen toimikunta laatimaan ehdotusta erityislainsäädännöksi piirirajojen käymistä ja kalastamista varten maan pohjoisimmissa kunnissa. Maatalousministeriö asetti 30.1.1963 toimikunnan selvittämään asiaa ja laatimaan asiassa ehdotuksensa.

Inarin, Enontekiön ja Utsjoen vesirajatoimikunta jätti mietintönsä (KM 1966: B 109) vuoden 1966 viimeisenä päivänä. Lausuntokierroksen ja lausuntojen käsittelyn jälkeen maatalousministeriö asetti kuitenkin uuden toimikunnan laatimaan tarkistettua ehdotusta pohjoisissa kunnissa suoritettavaa vesialueiden rajankäyntiä ja kalastamista pohjoisilla vesialueilla koskevaksi lainsäädännöksi (KM 1971: B 69). Kun tämänkään mietinnön mukaiset ehdotukset eivät olleet tarpeeksi tyydyttävät, ministeriö asetti asiaa varten vielä kolmannen toimikunnan samaa asiaa tutkimaan. Tuloksena syntyi Pohjoisten kuntien vesialueiden rajankäynnin tarkistustoimikunnan mietintö (KM 1975:45).

Monen muun seikan ohella toimikunta toteaa erillisen lain säätämisen pohjoisia alueita varten olevan tarpeellista siitä syytä, että vuoden 1902 lakia sovellettaessa yksityisten talojen vesialueosuudet jäisivät, kalastuksen suuri merkitys huomioon ottaen, *liian pieniksi* (ks. erit. KM 1971: B 69 s. 1 ja 3.)

Vuoden 1902 lain mukaisia piirirajankäyntejä oli Inarissa ryhtynyt johtamaan toimitusinsinööri *Kalevi Routala*. Toimitukset olivat ennen niiden keskeyttämistä edenneet valitusvaiheeseen, ja pääasiallisena valittajana Pohjois-Suomen maaoikeuteen oli ollut *metsähallitus.* Metsähallitus oli muun ohella väittänyt valituksessaan maaoikeudelle, etteivät toimitusmiehet olleet suorittaneet toimitusta voimassa olevan oikeuden mukaan. Toimitusinsinööri Routala piti väitettä omassa kirjeessään maaoikeudelle käsittämättömänä, sillä toimitusmiehet olivat hänen mukaansa käsitelleet piirirajoihin liittyviä kysy-

myksiä ”vakavasti ja aivan erityisperusteisesti”.[37]

Toimitusmiehet olivat toimitusten yhteydessä vahvistaneet yksityisille kalastusoikeuksia vesiin myös välirajasta vedessä annetun lain 4 §:n mukaisia, *ylimuistoista nautintaa* koskevien periaatteiden mukaisesti ja asiasta esitettyjen näyttöjen pohjalta. Näiden ylimuistoisen nautinnan mukaisesti vahvistettujen kalastusoikeuksien johdosta metsähallitus oli ollut erityisen närkästynyt ja valittanut maaoikeudelle myös tästä asiasta erikseen.

Ylimuistoisten oikeuksien osalta Routala toteaa kirjeessään:

> *”Tämän johdosta lausun, että tässä toimituksessa on nimenomaan tämä seikka tutkittu perusteellisemmin kuin missään muualla Suomessa suoritetussa vesirajankäyntitoimituksessa, sillä vastaavanlaatuisia ja laajuisia oikeuksia ei näin laajassa mitassa ja elintärkeässä muodossa ole tullut muualla esille”(s. 15).*[38]

Lapinmaan kiinteistöoikeuden historia ja siitä todistava mittava asiakirja-aineisto huomioon ottaen Routalan toteamus oli mitä suurimmassa määrin oikea ja perusteltu. Tosin siinä tarkoitettiin lähinnä vain isojaossa vahvistettuihin tiloihin liittyviä ja niiden perustamisasiakirjoissa ilmoitettuja ns. erityisperusteisia kalastusoikeuksia, ei välttämättä maattoman saamelaisväestön kalastusoikeuksia. Routala viittaa kyllä myös viimeksi mainittuihin oikeuksiin siteeratessaan jäljempänä tarkasteltavaa eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausuntoa vesipiirirajankäyntejä koskevan hallituksen esityksen johdosta (Routalan kirje s. 15).

Toisaalta, juuri erilaiset ikimuistoiset kalastusoikeudet näyttävät olleen perimmäinen syy siihen, että toimitukset tämän jälkeen keskeytettiin, ja ryhdyttiin, jälleen kerran, valmistelemaan omaa erityislakia vesialueiden omistus- ja kalastusolojen järjestämiseksi pohjoisessa. Syy tällaisen erityislainsäädännön tarpeellisuuteen näyttää kuitenkin olleen aivan muu kuin muun muassa edellä mainitussa komiteamietinnössä mainittu, ja tämä syy on tuotu esiin myös toimitusinsinööri Routalan edellä viitatussa kirjeessä.

Routala toteaa ensin, että tämänkaltaisissa toimituksissa on aina kaksi varsinaista asianosaistahoa, yksityiset ja valtio, ja että molemmilla tulisi olla saman-

---

[37] Toimitusinsinööri Kalevi Routalan kirje maaoikeuden puheenjohtajalle 15.12.1981, koskien toimitusta n:o 10556.

[38] On kuitenkin huomattava, että toimitusinsinööri Routalan toteamukset kalastusoikeuksien selvittämisestä ”erityisperusteisesti” liittyivät olennaisella tavalla hänen luomaansa erityislaatuiseen *kalastusaluejakoon*, jota vuoden 1902 laki ei todellakaan tuntenut. Ko. aluejaon puitteissa ylimuistoisia oikeuksia olisi vahvistettu sekä tiloille niiden perustamisasiakirjojen mukaisesti että tiloja omistamattomille henkilöille. Aluejaosta ja kalastusoikeuksista alueilla ks. erit. toimituspöytäkirja 11.6.1963, toimitus n:o 12821, § 49.

laiset mahdollisuudet ja oikeudet esiintyä ja esittää vaatimuksia toimitusmiehille. Näin ei Inarissa Routalan mukaan kuitenkaan ollut tapahtunut, ja siitä todisteena Routala tuo kirjeessään esille kirjeenvaihdon ja siihen liittyvän muistion *metsähallituksen* ja *maanmittaushallituksen* silloisen johdon välillä.

Tästä kirjeenvaihdosta ilmeni Routalan mukaan ensinnäkin se, että, yksityisten asianosaisten tuotua toimituksissa esiin paljon erilaista kirjallista näyttöä kalastusoikeuksista valtion vesialueilla, metsähallitus ryhtyi asiassa ripeisiin toimenpiteisiin. Kysymyksessä oli juuri edellä viitattu kirjeenvaihto metsähallituksen ja maanmittaushallituksen välillä. Tässä on paikallaan tuoda esiin vain kirjeenvaihdon aiheen kannalta keskeisin kohta eli seikat, joihin nojautuen – ainakin Routalan mukaan – toimitukset lopulta keskeytettiin kokonaan ja erityislainsäädäntöä ryhdyttiin valmistelemaan.

Metsähallituksen silloisen pääjohtajan Pihan kirjeeseen maanmittaushallituksen johtajalle Niskaselle oli liitetty muistio, joka oli laadittu Inarin ylimetsähoitajan Kallion sekä metsänhoitaja Sainion muistioiden pohjalta.

Routalan mukaan muistioista selvisi kiistatta se tosiasia, että metsähallitus oli alunperinkin pyrkinyt vaikuttamaan kyseenalaisella ja viranomaiselle sopimattomalla tavalla toimitusten lopputulokseen. Näiden pyrkimysten taustalla olivat Routalan mukaan erityisesti seuraavankaltaiset muistioissa esiintuodut huolenaiheet:

> …”toimitusinsinöörille on esitetty jopa 300-vuotta vanhoja todisteita. Koska noinkin vanhoja papereita vielä löytyy, se saattaa merkitä sitä, että todisteiden määrä on varsin huomattava *ja edelleen sitä – ellei ko. oikeuksien periaatteellista oikeutusta tarkoin selvitetä – että valtiolle jää ”luu käteen sen jälkeen kun Inarin kunnan vedet on jaettu” (s. 16, alleviivaus ja kurs. tässä).*

Muistioissa todetaan myös, että asiakirjat oli mitä tarkimmin ja nopeasti tutkittava, ja mikäli osoittautuisi, että ne ovat päteviä, ja että ratkaisu niiden pohjalta muodostuisi valtion kannalta kestämättömäksi*, maanmittarille olisi annettava ohjeet*, missä laajuudessa voitaisiin ja tultaisiin käyttämään kalastuslain 9 §:n suomaa lunastusoikeutta.

Kuten edellä jo on viitattu, asia hoidettiin lopulta, kirjeiden ja muistioiden oltua maanmittaushallituksen johdon käsiteltävinä, siten, että maanmittaushallitus esitti maatalousministeriölle 22.11.1962 toimikunnan asettamista laatimaan ehdotusta erilliseksi lainsäädännöksi pohjoisten vesialueiden jakamista ja kalastamista varten.

Vesipiirirajankäyntien alkuvaiheita ja toimitusinsinööri Routalan esiintuomia asiakirjoja on tässä käsitelty näinkin laajalti sen vuoksi, että edellä viitatut komiteatyöt ja varsinkin niistä viimeiseen liittyvä hallituksen esitys eduskun-

nalle Inarin, Enontekiön ja Utsjoen kunnissa suoritettavaa vesialueiden rajankäyntiä ja kalastamista pohjoisella vesialueella koskevaksi lainsäädännöksi (HE 243 1976 vp.) joutui lopulta myös eduskunnan perustuslakivaliokunnan käsiteltäväksi. Tässä yhteydessä valiokunta totesi ensimmäisen kerran – minkä kannanoton se sittemmin toisti useaan kertaan muiden pohjoisia kuntia erityisesti koskevien lakiehdotusten käsittelyn yhteydessä – että ehdotetut lait olisi käsiteltävä *perustuslain säätämisestä määrätyssä järjestyksessä*. Syynä olivat perutuslakivaliokunnan mukaan juuri muut kuin isojaossa vahvistettuun maanomistukseen perustuvat ylimuistoiset kalastusoikeudet:

> ”…myös luontaistaloudesta huomattavan osan toimeentulostaan saavilla *maata omistamattomilla* kysymyksessä olevien kuntien asukkailla, joista valtaosa kuuluu *saamelaisväestöön*, on perinteisesti ollut ja edelleenkin on puheena olevilla, rajankäyntilain tarkoittamilla vesialueilla sellainen vähintään nautintaperusteisiin oikeuksiin rinnastettava oikeus kalastukseen, joka selvästi kaventuu nyt käsiteltävänä olevan rajankäyntilain mukaisen vesipiirirajankäynnin tultua toteutetuksi ja vesialueiden tullessa yleisen kalastuslainsäädännön piiriin. Kun sanottua maata omistamattoman väestön kalastusoikeutta sekä ammattikalastuksen että kotitarvekalastuksen luontoisena on pidettävä sellaisena varallisuusarvoisena etuutena haltijalleen, *jonka on perustuslakivaliokunnan käytännössä katsottu nauttivan hallitusmuodon 6 §:ssä tarkoitettua omaisuudensuojaa*, on vesialueiden rajankäyntilaki käsiteltävä perustuslain säätämisjärjestyksessä” (PerVL 1978 vp. n:o 7 s. 2; kurs. tässä).[39]

Perustuslakivaliokunnan kannanoton jälkeen hallitus veti esityksensä pois, ja koko kolmeen kertaan valmisteltu, aikaisemmin niin välttämättömänä pidetty erityislainsäädännön valmistelua koskeva asia raukesi vesipiirirajankäyntien kohdalta kokonaan.

Kun tilanne oli tämä, toimitukset aikanaan aloittanut toimitusinsinööri Kalevi Routala ryhtyi, tiettävästi omasta aloitteestaan, jatkamaan jo aloitettuja vesipiirirajankäyntejä aikaisemmin moneen kertaan kelvottomaksi todetun vuoden 1902 lain mukaan. Usean oikeuskäsittelyn jälkeen (valitusprosessi eteni kolmeen

[39] Sama kanta toistettiin kalastuslainsäädäntöön liittyen *perustuslakivaliokunnan lausunnoissa* 1981 vp. n:o 5 ja 1993 vp. n:o 30. – Voimassa olevaa poronhoitolakia käsiteltäessä perustuslakivaliokunta katsoi, että saamelaisten omistusoikeuden olemassaolon puolesta on esitetty uusimassa tieteellisessä tutkimustoiminnassa varteenotettavaa näyttöä, ja omistuskysymys oli lisäksi tuolloin lisäselvitysten kohteena muun muassa saamelaisasian neuvottelukunnassa. Valiokunnan mukaan poronhoitolaki voitiin kuitenkin säätää tavallisessa lainsäädäntöjärjestyksessä kuten oli säädetty edeltäjänsäkin: valiokunta kuitenkin *samalla kiirehti saamelaisten maaoikeuksia koskevan lain säätämistä* ja lähti siitä, että poronhoitolakia sen jälkeen voitaisiin muuttaa siten, että se on sopusoinnussa säädettävän lain kanssa (PerVL 1990 vp. n:o 3, erit. s. 3 ja 4).

kertaan jopa korkeimpaan oikeuteen asti) toimitukset ovat nyt lainvoimaisia.

Vesipiirirajankäyntien tultua suoritetuiksi tässä mainituin tavoin eduskunnan perustuslakivaliokunnan tarkoittamat maata omistamattoman saamelaisväestön ylimuistoiset kalastusoikeudet jäivät kiinteistörekisteriin kuulumattomina ja ”maanomistuksesta riippumattomina” oikeuksina kokonaan vahvistamatta.

Valtion vesialueiden käsittelyn osalta lopputulos oli tietenkin edullinen, sillä valtion metsämaiden tultua julistetuiksi kiinteistöiksi jakolain muutoksella vuonna 1976 ”valtion kiinteistöille” voitiin erottaa omat vesialueet ilman minkäänlaisia erityissäännöksiä tai tulkintaongelmia.

Tämän selvityksen alkupuolella esitellyssä maa- ja metsätalousministeriön vastauksessa Eduskunnassa esitettyyn kirjalliseen kysymykseen 994/1997 valtion omistusoikeutta on vielä viimeisenä kohtana perusteltu sillä, että ”asiasta on olemassa myös oikeuskäytäntöä.” Tässä viitataan juuri pohjoisten kuntien vesipiirirajankäyntitoimituksiin ja siihen että lapinkylien oikeudenomistajien vaatimukset vesialueiden saamisesta vesipiirirajankäyntitoimitusten yhteydessä oli korkeimman oikeuden ratkaisussa 27.6. 1984 no 1329 hylätty.

Tällainen tulkinta on kuitenkin täysin virheellinen, minkä myös muun muassa Pohjois-Suomen maaoikeuden tuomari Risto Orispää sekä Lapin yliopiston prosessioikeuden professori Jyrki Virolainen ovat myöhemmin selvästi todenneet (ks. esim. *Virolainen* Lapin kansa 21.1.1992). Oikea tulkinta on kaikkeen edelliseenkin viitaten luonnollisesti se, että vesialueiden antaminen lapinkylille oli vesipiirirajankäyntien yhteydessä mahdotonta siitä syystä, että lapinkylät eivät tuossa vaiheessa enää olleet merkittyinä omistusoikeusyksikköinä kiinteistörekisteriin eli eivät olleet kiinteistöjä. Omia vesialueita voitiin vesipiirirajankäynnissä antaa vain kiinteistörekisterin mukaisille kiinteistöille. Tällaisia olivat toimituksia suoritettaessa loppuun toisaalta lähinnä isojaossa vahvistetyut yksityiset tilat, toisaalta, aikaisemmin viitatun jakolain muutoksen jälkeen valtion metsämaa.

Toisaalta, jos ja kun kerran valtion oikeus maahan ei edellä todetun mukaisesti ole voinut syntyä isojakojen yhteydessä liikamaana, ei se tietenkään ole sen enempää voinut syntyä isojakojen jatkeena ja niihin suoraan liittyvissä vesipiirirajankäynneissäkään.

Viimeisenä huomautuksena tässä on vielä otettava esiin oikeusministeriön maaoikeusasiantuntijan, tohtori *Wirilanderin* lausunnossa juuri vesipiirirajankäyntien johdosta tekemä tulkinta. Wirilanderin mukaan (*Wirilander* 2001 s. 59) lapinkylien oikeudenomistajien vaatimusten hylkääminen korkeimmassa oikeudessa olisi perustunut siihen, että kysymyksessä olisivat olleet *henkilökohtaiset*, eivät kiinteistökohtaiset oikeudet. Henkilökohtaisia oikeuksia taas ei voitu toimituksissa käsitellä.

Väite oikeuksien liittymisestä pelkästään henkilöön osoittaa, että väitteen

esittäjä joko ei ole tutustunut lainkaan pohjoisimman Lapin maakirja-aineistoon tai sitten itse maakirjan käsite ja luonne on jäänyt kirjoittajalle epäselväksi. Metsästäjä-, kalastaja- ja tunturilappalaisten vero oli merkittynä kiinteistöittäin laadittuihin erityismaakirjoihin niistä viimeiseen eli vuoden 1905 maakirjaan asti. Näihin kiinteistöluettelojen kaltaisiin maakirjoihin ei milloinkaan merkitty mitään ”henkilökohtaisia maksuja” *vaan yksinomaan maasta ja maahan kohdistuvista oikeuksista maksetut verot.* Näillä maakirja- ja niitä edeltäneillä vastaavilla merkinnöillä on päinvastoin täysi todistusvoima nimenomaan kiinteistöoikeuksien olemassaolon ja ulottuvuuden kannalta. Muunlainen väite on kiinteistöjärjestelmän ja koko aikaisemman oikeusjärjestyksen periaatteiden kannalta perusteeton ja epälooginen.

III. YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSET

1. Valtionmaakiinteistön syntyminen pähkinänkuoressa

Ruotsalais-suomalaisen ja sittemmin puhtaasti suomalaisen oikeus- ja kiinteistöjärjestelmän mukaan kruunumetsät, myöhemmin ns. valtion metsämaat ovat vanhastaan olleet juridiselta statukseltaan tarkemmin määrittelemättömiä yksiköitä. Kruunulla ja valtiolla on jo ammoisista ajoista ollut kyllä omaa, yksityisluontoista maaomaisuutta, joka on tullut valtion haltuun normaalien laillista saantoa koskevien periaatteiden mukaisesti. Valtion metsämaat ovat tässä suhteessa olleet kokonaan toinen asia. Ennen isojakojen ja niihin liittyvien liikamaiden erottamisia ne olivat rajoiltaan määrittelemättömiä alueita, joista on pidetty metsänhoitoviranomaisten taholta erityisiä luetteloita ja tilastoja virkakunnan omiin tarpeisiin eli alun perin ennen kaikkea metsäntaloutta varten. Vielä nykyistä kiinteistömuodostamislakia edeltäneen jakolain valmistelutöissä (KM 1933:8 s. 71) korostetaan voimakkaasti valtion metsämaan yksityisomaisuudesta täysin poikkeavaa luonnetta. Perusteluissa korostetaan, etteivät metsämaat ole tiloja eivätkä ne ole merkittyinä maarekisteriin eivätkä mihinkään muuhunkaan luetteloon: perustelujen mukaan niiden jatkuva pitäminen tilajaotuksen ulkopuolella ja erillään maarekisteristä oli luonnollista.

Kolmessa pohjoisimmassa kunnassa valtion hallinnoimat valtion metsämaat eivät myöskään ole liikamaita. Pohjoisten kuntien isojakolaista puuttuivat kokonaan liikamaiden erottamista koskevat säännökset, eikä niitä toimituspöytäkirjojen ja muiden käytettävissä olevien lähteiden mukaan käytännössäkään milloinkaan erotettu. Yksityisoikeuksien kannalta pohjoisten valtionmetsien omistussuhteita ei siis milloinkaan ole tarkemmin selvitetty sen enempää isoja-

kotoimituksissa kuin missään muussakaan maanmittaustoimituksessa, eli, maanmittauskielenkäyttöä noudattaen, niiden on katsottava muodostavan isojakojen ns. ”jakoperiä”.

Isojakojen yhteydessä valtion metsämaat eivät siis missään tapauksessa laillisella tavalla ”tulleet” valtiolle, päinvastoin kuin valtion taholta sinnikkäästi on pyritty väittämään. Toisaalta tämän artikkelin yhteydessä läpi käydyt muut perusteet, joiden mukaan maat olisivat jo ennen isojakoja tulleet valtiolle ja sitten isojaoissa ”jääneet” valtiolle ovat tarkassa katsannossa osoittautuneet riittämättömiksi perustamaan valtiolle minkäänlaista omistajan oikeusasemaa valtion metsämaihin. Yhteenvetona tyydyttäköön lyhyesti toteamaan, että omistusoikeus ei ole voinut syntyä vanhan ja tutkimuksessa yleisesti hylätyn erämaateorian pohjalta kuten ei myöskään Kustaa Vaasan poliittisluoteisella kirjeellä vuodelta 1542. Se ei ole voinut syntyä sen enempää myöskään metsälainsäädännön nojalla, joka vuodesta 1683 on edellyttänyt nimenomaisten erottamistoimitusten pitämistä yksityisten ja valtion oikeuksien täsmentämiseksi. Vesipiirirajankäynneissä ei luonnollisestikaan ole voinut syntyä oikeuksia maahan, kun ne luonteeltaan ovat ainoastaan isojakotoimitusten täydennyksiä vesialueiden rajojen käymiseksi.

Tosiasiaksi jää se, että valtion metsämaiden ”julistaminen” kiinteistöiksi ja samalla itsenäisen omistusoikeuden yksiköiksi on tapahtunut ainoastaan lain tasolla ja siten, ettei muutoksia ole laajemmin perusteltu missään prosessin vaiheessa saati esityksiä saatettu laajempaan valiokuntatarkasteluun. Ensimmäinen askel oli vuoden 1976 jakolain muutos, jossa valtion metsämaat määrättiin merkittäviksi kiinteistöinä kiinteistörekisteriin vastoin koko aikaisemman kiinteistöjärjestelmän perusteita. Muutoksen perusteeksi riitti tässä vaiheessa se, että esityksen valmistelijat ”katsoivat”, että metsämaat muodostivat omistusoikeusyksikköjä.

Sama seikka vahvistettiin sitten vuoden 1985 kiinteistörekisterilaissa, jonka 2 §:n mukaan kiinteistöinä kiinteistörekisteriin tuli merkitä myös valtion metsämaat. Lopullisesti ympyrä suljettiin vuoden 1995 kiinteistörekisterilailla, jonka 2 §:n 1-kohdan mukaan kiinteistöllä tarkoitetaan sellaista itsenäistä maanomistuksen yksikköä, joka kiinteistörekisterilain nojalla on merkittävä kiinteistönä kiinteistörekisteriin.

Tällä tavalla siis valtion metsämaat ovat saaneet itsenäisen omistusoikeuden kohteen ja kiinteistön statuksen ilman, että missään vaiheessa olisi selvitetty valtion oikeuden todellisia perusteita laillista saantoa koskevien perusteiden mukaan tai ylipäätänsä kiinteistön tunnusmerkkien kuten laillisten rajojen, verollepanon yms. edellytysten täyttymistä valtionmaa-kiinteistön kohdalla.

Käytännön tasolla valtion metsämaiden merkitseminen kiinteistörekisteriin kiinteistöiksi on tapahtunut rekisteriviranomaisen päätöksellä annettujen muis-

tioiden pohjalta, jolloin niitä on luonnehdittu ”taloiksi”. Kaikki nämä toimenpiteet on suoritettu maanmittaushallituksen kiertokirjeessä 1/1988 annetun määräyksen ja siinä esitetyn mallin mukaan.

Puuttuvan kiinteistön lisääminen kiinteistörekisteriin eli tätä kautta kiinteistön olemassaolo edellyttää aina kiinteistön aineellisten ja muodollisten tunnusmerkkien täyttymistä. Uusia kiinteistöyksiköitä voidaan voimassa olevan kiinteistömuodostamislain kuten sen edeltäjänkin mukaan muodostaa ainoastaan erillisessä kiinteistönmuodostamistoimituksessa (kiinteistönmuodostamislain 41 §), ei muulla tavoin. Toimituksessa jokaisella, joka katsoo itsellään olevan paremman oikeuden muodostettavan kiinteistön alueeseen, tulee olla mahdollisuus esittää vaatimuksensa toimituksen asianosaisena.

Lain ja omaisuuden perustuslainsuojan kannalta valtion metsämaan julistaminen lailla kiinteistöksi on merkinnyt kaksinkertaista virhettä ja omaisuudensuojan loukkausta. Vähimpienkin vaatimusten mukaan valtionmaan muuttaminen kiinteistöksi olisi vaatinut pohjakseen kiinteistötoimituksen ja perusteellisen selvityksen alueen omistus- ja muista oikeussuhteista. Nyt tapahtunutta menettelyä on nähdäkseni selkeästi pidettävä perustuslain vastaisena.

2. Vuoden 1976 jakolain muutoksen ajoitus

Yhtä lailla kuin vuoden 1976 suoritettu jakolain muutos herättää kysymyksiä prosessin perustuslain ja omaisuudensuojan toteutumiseen nähden, se herättää kysymyksiä eräiden oikeusjärjestyksemme puitteissa suoritettujen merkittävien samanaikaisten kansainvälisoikeudellisoikeudellisten uudistusten suuntaan.

Kansainvälistymisen myötä erinäiset kansainväliset ihmisoikeussopimukset ovat alkaneet saada yhä vankemman sijan kansallisten oikeusjärjestysten osana ja niin, että myös sopimusten noudattamisen valvontamekanismit on käytännössäkin saatu toimimaan yhä tehokkaammalla tavalla. Suomen ryhtyessä harkitsemaan liittymistä YK:n yleiskokouksen vuonna 1966 hyväksymään taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevaan kansainväliseen sopimukseen (SopS 6/76) sekä kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevaan yleissopimukseen valinnaispöytäkirjoineen (SopS 7–8/76) maassamme oli jo selkeästi alettu tiedostaa tarve huolehtia Suomen lainsäädännön ja ihmisoikeussopimusten välisestä sopusoinnusta. Sopimusten ratifiointia edelsi pitkällinen valmistelutyö, sopimusten ratifioinnille haettiin myös eduskunnan hyväksyminen, ja KP-sopimus voimaansaatettiin myös laintasoisella säädöksellä. Kehityksen myötä on nyt jo selvää, että valtionsisäisesti voimaansaatetut ihmisoikeussopimukset todellakin ovat osa kansallista oikeusjärjestystä ja että niillä on välitöntä oikeudellista relevanssia esimerkiksi tuomioistuimiin nähden (ks. erit. *Scheinin* 1991 s. 142.)

Kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen kohdalla sen toteutumista valvovan ihmisoikeuskomitean käytännössä ja myös eräiden tehtyjen valitusten mukaan Suomen oloissa ja erityisesti sen vähemmistökansallisuuksien kohdalla sopimukseen ja suomalaiseen käytäntöön liittyneet ristiriidat ovat kulminoituneet erityisesti kahden eri artiklan kohdalla. Viime vuosina on yhä enemmän merkitystä alettu antaa sopimuksen 1. artiklalle, jonka 1–3 kohdissa määrättään ensinnäkin, että kaikilla kansoilla on itsemääräämisoikeus, jonka oikeuden nojalla ne saavat vapaasti määrätä poliittisen asennoitumisensa ja harjoittaa vapaasti taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten olojensa kehittämistä. Artiklan 2. kohdassa määrätään vielä tarkemmin, että kansat voivat vapaasti käyttää luonnonrikkauksiaan ja -varojaan omiin tarkoituksiinsa, mikäli se ei vahingoita yhteisen edun periaatteelle perustuvan kansainvälisen taloudellisen yhteistyön ja kansainvälisen oikeuden velvoituksia. Missään tapauksessa kansalta ei kuitenkaan saa riistää sen omia elinmahdollisuuksia.

Vähemmistöjen olosuhteita koskevassa käytännössä on jo pitemmänkin aikaa pidetty eräänä peruskulmakivenä sopimuksen 27. artiklaa, jonka mukaan, ”(n)iissä valtioissa, joissa on kansallisia, uskonnollisia tai kielellisiä vähemmistöjä, tällaisiin vähemmistöihin kuuluvilta henkilöiltä ei saa kieltää oikeutta yhdessä muiden tyhmänsä jäsenten kanssa nauttia omasta kulttuuristaan, tunnustaa ja harjoittaa omaa uskontoaan tai käyttää omaa kieltään. Ihmisoikeuskomitean käytännössä on erityisesti tämän artiklan kohdalla päädytty ns. positiivista erityiskohtelua koskevaan standardiin, jonka mukaan vähemmistöjen oikeuksia voidaan ja tulee suojata silloinkin kun suojelu ylittäisi tavanomaisten kansalaisten yhdenvertaisuutta koskevien periaatteiden rajat vähemmistön eduksi.

Puuttumatta sen enempää KP-sopimuksen sisältöön tai sitä koskevaan, nyt jo laajahkoon käytäntöön tässä kiinnitetään huomiota erääseen enemmänkin muodolliseen seikkaan, jonka kohdalla voidaan asettaa kysymyksenalaiseksi vuoden 1976 jakolain muutoksen ottaminen oikeusjärjestykseen myös kansainvälisoikeudelliselta kannalta.

Sopimuksen ratifiointia valmisteltaessa Eduskunnan elimet olivat jo lähtökohtaisesti päätyneet siihen, että KP-sopimus oli luonteeltaan ”sopimusvaltiota oikeudellisesti välittömästi velvoittava”.

KP-sopimus voimaansaatettiin tämän jälkeen tavanomaisella blankettilailla (107/76, SopS 7/76) ja sen tietyt varaumat blankettiasetuksella (108/76). Valtion sisäisesti blankettilaki ja -asetus tulivat voimaan julkaisupäivänään *12.2.1976*, mutta niillä ei ollut aineellista sisältöä ennen sopimusmääräysten kansainvälistä voimaatuloajankohtaa. Blankettiasetuksen mukaan sopimuksen kansainvälisoikeudellinen voimaantuloajankohta oli *23.3.1976*. Itse blankettilaissa vahvistetaan: KP-sopimuksen ”määräykset ovat, mikäli ne kuuluvat lainsäädännön

alaan, voimassa niin kuin niistä on sovittu" *(Scheinin* 1991 s. 157–158).

Laki jakolain muuttamisesta (1976/984), jolla valtion metsämaat julistettiin kiinteistöiksi ja jonka mukaan valtiolla oli katsottava olevan omistusoikeus kiinteistöjen alueeseen *annettiin 17.12.1976 ja muutos tuli voimaan 1.3.1977*, siis selkeästi myöhemmin kuin KP-sopimuksesta jo oli tullut Suomea välittömästi velvoittavaa oikeudellista normistoa.

Tämän kirjoittaja ei ole kansainvälisten ihmisoikeussopimusten erityisasiantuntija, mutta asiaa syvällisesti tutkineiden kirjoitukset näyttävän johtavan päätelmään, jonka mukaan jakolain muutos olisi ristiriidassa valtion jo ennen muutosta ratifioiman KP-sopimuksen 1. ja 27. artiklan kanssa.

Muussa tapauksessahan olisi lähdettävä siitä, ettei Suomen valtio ole tarkoittanut todellisuudessa lainkaan sisällyttää oikeusjärjestykseen periaatetta, jonka mukaan kansan on vapaasti voitava käyttää luonnonrikkauksiaan ja -varojaan eikä kansalta saa missään tapauksessa riistää sen elinehtoja. Valtionmaan muodostaessa nykyisin omistusoikeudella hallitun ja vaikkapa vapaasti ulkopuoliselle luovutettavan kiinteistön ao. artiklojen sanat jäävät kuitenkin kumisemaan tyhjinä lausumina jatkuvasti kiristyvän valtion maapolitiikan kynsissä.

Jos asetelmassa sen sijaan – niin perustuslakeihin kuin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin nähden – sovellettaisiin lex superior-sääntöä, mikä itsessään tuntuisi luonnolliselta eritasoisten säännösten sisältöä ajatellen, lopputulos olisi toinen: jakolain muutosta seuranneet kiinteistörekisterilain 2 § ja kiinteistönmuodostamislain 2 § tulisivat alemmantasoisina syrjäytymään normien ristiriitatilanteessa.

3. Valtion oikeusaseman tutkimisesta

Esityksen johdanto-osassa on lukuisin esimerkein tuotu esiin se, että Suomen valtio ainakin muodollisella tasolla on nähnyt paljon vaivaa ja käyttänyt paljon rahaa pohjoisimman Suomen, ennen kaikkea saamelaisten kotiseutualueen maa- ja vesioikeuksien järjestämiseksi kansainvälisen oikeuden ja nyttemmin erityisesti ILO-sopimuksen edellyttämälle tasolle. Olen myös maininnut, että ponnistelut näyttävät valuneen hukkaan, sillä oikeusministeri Johannes Koskisen ilmoituksen mukaan ILO-sopimuksen ratifiointi ei tässä vaiheessa voi tulla kysymykseen.

Ns. Pokan toimikunnan mietinnön ministeriössä muokatun mallin mukaan saamelaisten maa- ja vesioikeuksien kohentaminen olisi tapahtunut siten, että metsähallituksen yhteyteen olisi perustettu eräänlainen neuvottelukunta, jolla olisi ollut metsähallitukseen nähden lausuntoja antavan elimen rooli. Neuvottelukunnan kokoonpano ei olisi ollut sel-

keän saamelaisenemmistöinen, ja toisaalta mikään säännös ei olisi velvoittanut metsähallitusta ottamaan huomioon lausunnonantajan esittämiä näkökohtia. Tulos on äärettömän kaukana ILO-sopimuksen edellyttämästä tilanteessa, jossa edellytetään hallitusten tarpeellisin toimenpitein määrittelevän kyseisten kansojen perinteisesti asuttamat maat ja takaavan tehokkaan suojan niiden omistusoikeudelle sekä tarkoituksenmukaisen menettelyn kansojen maahan liittyvien vaatimusten ratkaisemiselle. Johtava ajatus on, että kansoille on tunnustettava omistus- tai hallintaoikeus niihin maihin joilla ne perinteisesti asuvat (ILO-sopimus n:o 169, 14. artikla).

ILO-sopimuksen ratifiointikysymyksestä näyttää näin tulleen suomalaisen alkuperäiskansapolitiikan todellinen kompastuskivi, jonka kohdalla syntyneisiin vaikeuksiin ulkopuolisen tarkkailijan on helppo löytää ilmiselviä syitä. Keskeisin vaikeus liittyy nähdäkseni siihen suorastaan jääräpäisyydellä kiinni pidettyyn lähtökohtaan, että asiaa selvitelleitä toimikuntia ja selvitysmiehiä on toimeksiantojensa mukaan suoraan tulkittuna *kielletty* kajoamasta valtion oikeusasemaan saati pohtivan sen juridisia perusteita: selvitysten lähtökohtana on ja on tullut olla, että maat pysyvät valtion hallinnassa (eli omistuksessa) sellaisina kuin ne nyt ovat.

Viimeisimmän eli Pokan toimikunnan pohjalta laaditun ratkaisuehdotuksen koettua saman kohtalon kuin edeltäjänsä oikeusministeriö on turvautunut itsessään varsin erikoislaatuiseen menetelmään pysyttääkseen problematiikan ainakin muodollisesti ajankohtaisena. Kirjelmällään OM 6/014/2002, nimeltään ”tarjouspyyntö”, ministeriö tilasi tarjouspyyntömenettelyä käyttäen laajahkon oikeushistoriallisen selvityksen entisten Kemin ja Tornion lappien asutus- ja väestöhistoriasta, maankäytöstä sekä maanomistusoloista. Tehtävään valittiin neljä tutkijaa Oulun ja Lapin yliopistoista, ja heillä on kaksi vuotta aikaa saada tehtävänsä päätökseen. Tämän kahden vuoden ajaksi valtio on siis ainakin omalta osaltaan pyrkinyt rauhoittamaan tilanteen sellaiseksi, ettei asian jatkoselvittely uusissa toimikunnissa tai vastaavissa tulisi tarpeelliseksi. Koko ILO-sopimuksen ratifiointikysymys joutuu luonnollisesti ainakin täksi ajaksi syrjään lepäämään.

Oikeusministeriö ja em. yliopistot tekivät sittemmin edellä mainitun hankkeen johdosta kirjallisen tutkimussopimuksen 12.2.2003. Kuvaavaa tälle sopimukselle on jälleen se, että valtion oikeusaseman perusteisiin tai kehitykseen liittyvien ongelmien selvittely ei taaskaan kuulu tutkimushankkeen julkilausuttuihin päämääriin: tutkimuksessa selvitetään vain yksityisten henkilöiden asutus-, väestö- ja maankäyttöhistoriaa ”kestävällä tavalla ja välittömästi arkistolähteisiin nojautuen” (tutkimussopimus § 1).

Maininnan ansaitsee myös tutkimussopimuksen 5 §, jonka mukaan ”koska tutkimuksen tieteellisyys ja riippumattomuus on erityisen tärkeää, edellytetään,

että *tutkijoilla ei ole kytköksiä* tutkimuksen kohteen intressitahoihin.”

Oikeushistoriallista Lapin oloja koskevaa akateemista tutkimustyötä aikaisemmin harjoittaneiden tutkijoiden piiri on siksi vähäinen, että on erittäin yksinkertaista päätellä, mitkä intressitahot ja tutkijat tutkimuksesta on tämän pykälän mukaan tahdottu jäävätä. Tutkijoiden taustat tuntien jääväämäminen kohdistuu selkeästi ongelmatiikan *saamelaiseen intressitahoon* ja sen yhteydessä tavalla tai toisella toimineisiin tutkijoihin.

Kaikki edellä mainittu yhteenkoottuna näyttää vääjäämättä johtavan johtopäätökseen, jonka mukaan valtion oikeusasema perusteineen on suomalaisessa politiikassa julistettu tutkimukselliseksi tabuksi.

Tämän kirjoittajan käsityksen mukaan Suomessa omaksutun strategian täytyy joskus romahtaa kuin korttitalon, sillä, jos diktatuurista ylipäätänsä voidaan oikeushistoriallisen tutkimuksen kohdalla puhua, niin tutkimus nyt, nimenomaan juuri oikeusministeriön ohjaukseen jouduttuaan on juuri sitä.

Entä sitten, jos joukko Suomen saamelaisia ruotsalaisten esikuvien innoittamana päätyy viemään maaoikeusasian tuomioistuimen käsiteltäväksi? Sikäli kuin suomalainen tuomioistuinlaitos toimii likimainkaan ruotsalaisen laitoksen tapaan, Suomen valtio joutuu lopulta kovaan työhön selvittäessään oikeuksiensa laillista oikeutusta valtion metsämaihin pohjoisessa. Varmaa on, ettei asiassa riitä huitaisu vanhaan erämaateoriaan tai muihin yhtä ylimalkaisiin perusteisiin, minkä lisäksi edessä voivat kummitella tavalliset prosessuaaliset todistustaakan jakoa koskevat säännöt. Jos toinen osapuoli – tässä siis saamelaiset – kykenevät täyttämään hallinneen maitaan lailliseen saantoon perustuvalla omistajanhallinnalla, valtion on loppujen lopuksi vihdoinkin kyettävä näyttämään, minkä laillisen saannon nojalla maat olisivat siirtyneet sille ja saamelaisilta pois. Tämän näytön on oltava luonteeltaan siviilioikeudellista, ei poliittista.

KIRJALLISUUS- JA LÄHDELUETTELO

Arkistolähteet

Kansallisarkisto
– Kruununmaaluettelo vuodelta 1893. Käyttöfilmi 50.

Lapin maanmittaustoimisto
– Pohjoisten kuntien isojakotoimitukset, kartat ja pöytäkirjat

Oulun maakunta-arkisto
– Pöytäkirjoja ja karttoja ns. väliaikaisista liikamaiden erottamisista, toimitus n:o 4563.
– Kittilän henkikirjoittaja, henkikirjat 1950–.

Kirjallisuus

Awebro, Kenneth, Luleå silververk. Ett norrlänskt silververks historia. Lulea 1983.
Haataja, Kyösti, Lainsäädäntö ruotusopimuspitäjien isojaoista. Lainopillinen tutkimus. Helsinki 1928.
Haataja Kyösti, Maaoikeus I. Helsinki 1936.
Komiteanmietintö 1905:2. Lapin taloudellisten olojen tutkimista varten asetettu komitea. Helsinki 1905.
Komiteanmietintö 1910:7. Suojelusalueitten erottamista varten asetettu komitea. Helsinki 1019.
Komiteanmietintö 1933.8. Jakolakikomitean mietintö. Helsinki 1933.
Komittébetänkande 1842. Skogsordningskommitté. Helsingfors 1942.
Komiteanmietintö 1952:12. Saamelaisasiain komitealta . Helsinki 1952.
Komiteanmietintö 1973:46. Saamelaiskomitean mietintö.
Komiteanmietintö 1974:100. Valtionmaakomitean mietintö.
Komiteanmietintö 1990:22. Kiinteistömuodostamistyöryhmän I mietintö. Helsinki 1990.
Komiteanmietintö 2001:14. Saamelaistoimikunnan mietintö. Ehdotus maahan, veteen, luonnonvaroihin ja perinteisiin luontaiselinkeinoihin liittyvien oikeuksien järjestämisestä saamelaisten kotiseutualueella.
Korpijaakko-Labba, Kaisa, Saamelaisten oikeusasemasta Suomessa – kehityksen pääpiirteet Ruotsin vallan lopulta itsenäisyyden ajan alkuun. Diedut 1999/1. Rovaniemi 2000.
Laitakari, Erkki, Metsähallinnon vuosisataistaival 1859–1959. Helsinki 1960.
Lapin komitean mietintö, komiteanmietintö 1938:8. Lapin taloudelliset olot ja niiden kehittäminen. Helsinki 1988.
Nytt juridiskt arkiv 1981:1: Högsta domstolens dom i skattefjällsmålet. Stockholm 1981.
Pehkonen, F. A., Lakimies 1929 s. 59–69.
Saamelaisasiain neuvottelukunta, Rovaniemi 1960. Ehdotus saamelaislaiksi.
Saamelaiskäräjille. Maanomistustyöryhmän selvitys saamelaisten kotiseutualueen maakysymyksessä. I osamietintö. Valtion metsämaa. Suojelualueet ja yleiset vesialueet. Enontekiö 2002.

Scheinin, Martin, Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtionsisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Jyväskylä 1991.

Ulkuniemi, Martti, Kuningas Kristoferin maanlaki 1442. Muinaisruotsista suomentanut Martti Ulkuniemi. Vaasa 1978.

Vihervuori, Pekka, Maahan, veteen ja luonnonvaroihin sekä perinteisiin elinkeinoihin kohdistuvat oikeudet saamelaisten kotiseutualueella. – ILO:n alkuperäis- ja heimokansoja koskevan yleissopimuksen edellyttämät saamelaisten maahan ja vesiä kohdistuvia oikeuksia koskevat muutosehdotukset. Oikeusministeriö, yleisen osaston julkaisuja 3/1999.

Virolainen, Jyrki, Lapinkylien osakkaiden maanomistuksesta. Lapin kansa 21.1.1992.

Wirilander, Juhani, Lausunto maanomistusoloista ja niiden kehittymisestä saamelaisten kotiseutualueella. Oikeusministeriö 2001.

Painamattomat lähteet

Maa- ja metsätalousministeriön vastaus Eduskunnassa esitettyyn kansanedustaja Erkki Pulliaisen kirjalliseen kysymykseen valtionmaiden omistuksesta (MMM 4050/03/97)

Maanmittauslaitoksen lausunto selvitysmies Vihervuoren ehdotuksen johdosta 243/08/1999, annettu 2000-03-31

Maanmittauslaitoksen lausunto saamelaistoimikunnan (Pokan toimikunnan) mietinnön johdosta 2002/02/12

Oikeusministeriön tiedote 22.11.2000: Toimikunta selvittämään käyttöoikeuksia, selvitysmies omistusoikeutta. Saamelaisten maaoikeuksien selvitys käynnistyy

Oikeusministeriön tiedote 8.8.2001: Maaoikeudet saamelaisten kotiseutualueella olleet muutosten alla vuosisatojen ajan

Valtioneuvoston apulaisoikeuskanslerin kirje oikeusministeriölle 10.12.1998 Dnro 1029

Kaisa Korpijaakko-Labba

STATE FORESTS WITHIN THE FINNISH LEGAL SYSTEM – WITH PARTICULAR EMPHASIS ON SÁMI LAND RIGHTS

According to the Finnish registers of landed property, more than 90% of the land and water areas within the legally defined Sámi Area in Finland today belong, formally, to the Finnish state. The Sámi have, however, by virtue of the Finnish constitution dated 2000, the status of the only indigenous people in Finland. It has also been proved through scientific research and also through a doctoral thesis, based on hundreds and hundreds of old legal historical documents, that the Sámi in Finland owned their hereditary lands in this very same area during the period that Finland belonged to Sweden, that is up to 1809. This right included all the legal elements typical of ownership rights of that era.

For the Sámi in Finland, events took a turn for the worse in 1809 when Finland was severed from Sweden and annexed to Imperial Russia as a Grand Duchy within the Imperial Russian Empire. The Sámi areas in particular, which never had been part of so-called old Finland, but a part of the province of Länsipohja, were administered by quite new Finnish civil servants, who had little or no experience of the local legal customs in the area. Over the years, the land title of the Sámi and their rights were more or less forgotten and almost – but, significantly, not entirely – vanished from the official records. One can claim that the rights did by no means vanish, especially as the Sámi continuously used the areas in order to provide their traditional means of livelihood. It is important to underline the fact that Sámi land rights were never transferred to the Finnish state by means either of statutory enactment or case decision.

On the other hand, the so-called state forests served at that time only as territories for the Finnish forest officials. State forests were not noted in any official registers of landed property. However, the National Board of Forestry in Finland kept its own records of these areas that had no legal status within the real estate system. The areas did not have clear boundaries, nor did they fulfil any of the other conditions that the Finnish legal system has traditionally required for an ownership right to be deemed to exist.

Against the traditional law-based system, a minor change within the Finnish legislation concerning the registration of landed property turned the situation upside down. It was proposed by the Finnish government, without any real justification, that the state forests would in the future be entered in the official

register of landed property as real estate subject to rights of ownership. The justification offered was very poor indeed: '…it is considered that the Finnish state has ownership rights to the state forests…' The proposal was not handled in the Finnish constitutional committee within Parliament. The Act came into force in 1976.

This article argues that this change to the law was ill-founded, and that it was carried out in violation of the Finnish constitution. Within the Finnish real estate system a real estate cannot simply be brought into being as a product of the law, particularly where no conditions for the existence of real estate can be proved to exist. The minimum condition for creating new real estate requires official proceedings in which all those who claim to have any rights to the same area have the right to present their claims to the area. No such proceedings have taken place.

This article concludes that the law should be amended in such a way that the so-called state forests would no longer be included in the category of real estates in the registers. In this way, the pre-1976 situation would be restored.

The present situation, in which the Finnish state can act as a normal land owner of the registered land areas, and may even quite freely sell the 'property' to any outsider, also seriously conflicts with the conditions set forth in the ILO Convention no. 169, which Finland intends to ratify. This article argues that any such ratification would be impossible given the present state of the relevant Finnish legislation.

Salla Lötjönen

REGULATION OF CLINICAL MEDICAL RESEARCH ON THE DECISIONALLY IMPAIRED ADULTS IN EUROPE

Contents

1. INTRODUCTION 355

2. REGULATION OF CLINICAL MEDICAL RESEARCH ON THE DECISIONALLY IMPAIRED ADULTS IN EUROPE – LEGISLATION AND GUIDELINES 358
   - 2.1. General aspects on the legislation in the area 358
   - 2.2. Provisions concerning research on incapacitated adults 364

3. ANALYSIS OF THE PROBLEM AREAS 365
   - 3.1. Assessing competence and capacity 366
   - 3.2. Adults with decision-making capacity 369
   - 3.3. Incapacitated adult 374
     - 3.3.1. Advance directives 375
     - 3.3.2. Legal representatives 380
       - Health care proxies 383
       - Safeguards relating to the autonomy of the subject 387
       - Conflicts among potential proxies 390
     - 3.3.3. Safeguards relating to the condition of the subject 391
       - Primacy of individual 392
       - Essential validation of data 392
       - Direct relevance to life threatening or debilitating clinical conditions 393
       - Benefit to the individual 394
       - Placebos 397
       - Minimising of risk and monitoring 398
     - 3.3.4. Procedural safeguards 398
       - Ethical review and expertise of the patient population 398
       - Prohibition of financial gain 399

4. FORTHCOMING SOLUTIONS 399

5. CONCLUSION 403

6. LIST OF REFERENCES 407

Regulation of Clinical Medical Research on the Decisionally Impaired Adults in Europe

1. INTRODUCTION

Given the growing proportion of elderly in European societies and elsewhere, research into dementia and other typically age-related conditions is increasingly gaining importance.[1] Laboratory and animal research can only get us started in evaluating the safety and efficacy of new treatments, and, ultimately, research on human subjects is inevitable. It is widely accepted that research on decisionally impaired adults is needed, but opinions differ on the conditions that should apply to research of this kind.

In clinical research on pharmaceuticals, the initial studies on humans are mostly concerned with the safety of the substance, whereas at a later stage the efficacy of the treatment gains more central focus.[2] Most of the initial studies can be conducted on competent healthy volunteers. However, if the study is related to old age (e.g. senile dementia), the impairment of renal or hepatic functions of the elderly may require further studies on toxicity and metabolism which are usually conducted at the very early phases of clinical trials.[3] Such information may also be obtained in younger subjects with renal impairment.[4] However, sometimes the studies may require involving the target population

[1] For example, according to *Alzheimer's Disease International*, between 1990 and 2010 the number of dementia cases in the more developed countries (Europe, North America, Australasia and Japan) is projected to increase from 7.4 million to 10.2 million (a 37 % increase), the elderly population (aged 65 +) from 143 million to 185 million (a 30 % increase) and the total population in these countries is estimated to increase from 1,143 million to 1,213 million (a 6 % increase). Estimated number of people with dementia in 2000 in the European Union alone was 3 285 994 (*Lobo et al*). Cf. to another estimate of 4 731 576 persons suffering from dementia in the EU in 2000 by *Alzheimer Europe* and *Hofman et al*.

[2] *EMEA* Note for Guidance on General Considerations for Clinical Trials p. 6–9.

[3] *EMEA* Note for Guidance on Studies in Support of Special Populations: Geriatrics, Section VI, Pharmacokinetic studies p. 2.

[4] *EMEA* Note for Guidance on Studies in Support of Special Populations: Geriatrics, Section VII, Pharmacokinetics in renally or hepatically impaired patients p. 3–4.

from very early on, if the risk of adverse effects grows too high in both likelihood and level of severity to allow healthy volunteers (or volunteers suffering from an unrelated disease) to be subjected to the risk. Hence, trials on the target population are necessary when the evidence of the safety and efficacy is still very weak and no likely direct benefit to the individual research subject can be said to exist. Examples of these situations include experimental gene therapy or stem cell therapy for patients suffering from Alzheimer's disease.[5]

Early trials on the target group have been regarded as acceptable when the participants are in a position to give a valid informed consent themselves. However, conditions such as Alzheimer's disease have an adverse effect on a patient's mental competence, which ultimately renders the patient incapable of understanding and retaining the information required to make a decision concerning his or her involvement. This is not considered to hinder the involvement of incapacitated adults in trials where the evidence of the safety and efficacy of the treatment has already accumulated and the likely benefit of the procedure can be linked more directly to the individual him or herself (so called therapeutic trials) rather than to other future patients suffering from the same disease (so called non-therapeutic trials).[6] However, the evidence of safety and efficacy does not accumulate without experiments and if no alternative to research on incapacitated adults exists, we are facing a deadlock.[7]

---

[5] Although there is evidence on stem cell therapy with brain implants on competent patients with Parkinson's disease (for example, *Hagell et al.*), this does not provide sufficient evidence on the therapeutic effect of a similar procedure with Alzheimer patients. I thank the members of the Finnish Sub-Committee on Medical Research Ethics of the National Advisory Board on Health Care Ethics and participants of the discussion group in medical ethics medi-filo@helsinki.fi for their contribution to this article by providing arguments and examples of potential needs for and against non-therapeutic research on incapacitated adults. I owe special thanks to Professor *Arpo Aromaa*, Professor *Tapani Keränen*, Professor *Pauli Ylitalo*, Dr *Ritva Halila*, Professor *Kirsi Vähäkangas*, Professor *Esko Länsimies* and Dr *Kaisu Pitkälä* for their valuable comments. All the conclusions made, however, remain my own.

[6] In Germany, a more multi-faceted categorisation of medical research is used. *Helmchen* p. 88 categorises medical experimentation into four categories: 1) research with individual benefit to the patient (Forschung mit individuellem Nutzen), 2) scientific research with potential individual benefit (das wissenschaftliche Experiment mit möglichem individuellem Nutzen), 3) research with benefit to the persons in the same age category or suffering from the same condition (gruppenspezifischem Nutzen für Menschen mit der gleichen Krankheit oder der gleichen Alterskategorie, and 4) research for purely scientific purposes (das wissenschaftliche Experiment mit ausschließlichem Erkenntnisinteresse).

[7] According to *High et al*, p. 67–68: "To deny persons access to research participation out of fear of exploitation of specific groups of persons is to avoid rather than accept and practice ethical responsibility". His group also proposes that studies on Alzheimer's disease (AD) should not select subjects on the basis of institutionalisation or competence, but should involve patients with

This explains why research on decisionally impaired patients has become an issue of controversy from both an ethical and legal perspective.[8]

This article aims to give an analysis on the European legal norms that govern clinical medical research on decisionally impaired adults. It focuses on provisions stated by the European Union or the Council of Europe that apply across Europe. It is not a study comparing laws in single European countries, but where general European norms do not provide an answer, some examples from various parts of Europe are given to illustrate how the particular problem has been solved, for example in the case of legal representation. Due to the fact that until recently the topic of this article has been debated much more extensively in the United States and Canada than in Europe, the American regulations and academic literature have also been followed to complement the European discussion. However, the central focus is clearly in Europe, and therefore, the American debate appears to a great extent in the footnotes only.

Many questions are raised in connection with clinical medical research on incapacitated adults. The first is: who actually is an incapacitated adult, and how is the evaluation of incapacity conducted? Another question involves the statements and wishes made before the onset of incapacity. How much legal value should be placed on them, and if such preferences have not been made or cannot be relied on, who should make the decision on behalf of the incapacitated adult and under which conditions? Ultimately, the central question in this article is: is non-therapeutic research on incapacitated adults needed and if so, is it allowed under the present legislative scheme?

In order to answer the above questions and many others, the article focuses on the limits drawn in recent legal and ethical documents for medical research on incapacitated adults. The term 'incompetent adult' is used in this article to refer to adult persons (of the age 18 or above) whose cognitive faculties are impaired to such an extent that they no longer possess the psychological ability to make decisions with respect to the given situation. The term 'incapacitated adult' is, however, used to describe the legal effect that the incompetence has to the patient's status and capability to make decisions on his or her own behalf.[9] In the context of this article, an incapacitated adult is not legally capable of deciding on his or her participation in the trial independently. However, where international documents or literature use the two terms ('incompetence' and

different status in order to avoid excluding some segments of the AD community. However, research is not always perceived as an opportunity. Some studies show that elderly persons are also less willing to participate in research. *Kaye et al*. p. 100–105.

[8] See, for example, *Edwards* p. 69–73.

[9] On the distinction between 'competence' and 'capacity' in England and Wales, see *Bielby* 2000.

'incapacity') in a different fashion, the original form has been preferred.[10] Further, as the shift from competence to incompetence is not a phenomenon that normally takes place instantly, this study is not restricted to only those research subjects that are clearly incompetent (and therefore not capable of deciding on their own behalf), but also looks into circumstances where incapacity is more questionable. This explains why the title of the article refers to a 'decisionally impaired adult'.

While a special regard is given to research on persons with dementia (e.g. Alzheimer's disease) and other age-related diseases causing impairments in the patient's ability to make decisions, some of the principles presented here are equally applicable to any other condition that may render an adult patient decisionally impaired in terms of giving independent informed consent to medical research (such as mental disability due to developmental disorder or mental illness). It should already be stressed here, however, that none of these conditions should be equalled with mental incapacity as such, but the evaluation should take place on an individual basis.

2. REGULATION OF CLINICAL MEDICAL RESEARCH ON THE DECISIONALLY IMPAIRED ADULTS IN EUROPE – LEGISLATION AND GUIDELINES

2.1 General aspects on the legislation in the area

The two most prominent European legal documents in the area of medical research today are the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine[11] (hereinafter, the Biomedicine Convention) and the recent European Parliament and Council Directive on good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products on humans[12] (hereinafter, the

[10] In North America, the two concepts are used in opposite order, i.e. in the US, 'incapacity' relates to lack of psychological ability to make a decision and 'incompetence' refers to the procedural and legal effects that the incapacity amounts to. See *Grisso – Appelbaum* 1998 p. 11.

[11] Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4.4.1997. It has been ratified by 16 countries (25.5.2003): Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Georgia, Greece, Hungary, Lithuania, Moldova, Portugal, Romania, San Marino, Slovakia, Slovenia and Spain. Finland has signed the Convention, but has not, as yet, ratified it.

[12] Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States

GCP Directive). As the title reveals, the scope of application of the GCP Directive is more limited than the scope of the Biomedicine Convention. Article 1 of the GCP Directive makes a reference to Directive 65/65/EEC,[13] which defines 'medicinal product' as

> *"any substance or combination of substances presented for treating or preventing disease in human beings [or animal illnesses]",* or *"with a view to making a medical diagnosis, or to restoring, correcting or modifying physiological functions in human beings [or in animals]".*[14]

The Biomedicine Convention, however, defines the scope of application very widely to include *all* medical and biological applications concerning human beings, including preventive, diagnostic, therapeutic and research applications.[15] Therefore, as the GCP Directive covers only research on medicinal substances, the Biomedicine Convention encompasses not only all clinical research on humans irrespective of method (e.g. research on surgical methods, genetic research or psychiatry), but also any other biomedical applications (e.g. diagnosis and treatment).

The two documents differ not just in terms of scope but also in terms of nature of their application. The Biomedicine Convention has the status of a human rights convention and the GCP Directive is part of European

---

relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use. On the international regulation of medical research on incompetent adults before the Biomedicine Convention and the GCP Directive, see e.g. *Roscam Abbing*. On the relation between the Biomedicine Convention and the earlier human rights conventions, see e.g. *Lötjönen* 2000, and on the relation of EC regulation and the Biomedicine Convention anticipating the GCP Directive, see *Sprumont*.

[13] Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to proprietary medicinal products.

[14] Despite the reference made to animals in the earlier Directive 65/65/EEC, Article 1 of the GCP Directive limits the scope of the GCP Directive only to human beings. Subsequent to the GCP Directive, all the earlier directives (other than the GCP Directive) on medicinal products were codified in a single text, Directive 2001/83/EC. The definition of a 'medicinal product' in Directive 2001/83/EC follows the earlier model of the Directive 65/65/EEC (leaving out animals, however) by defining in Article 1(2) 'medicinal product' as " [a]ny substance or combination of substances presented for treating or preventing disease in human beings. Any substance or combination of substances which may be administered to human beings with a view to making a medical diagnosis or to restoring, correcting or modifying physiological functions in human beings is likewise considered a medicinal product".

[15] *Explanatory report* p. 6. Animal and plant biology is excluded from the scope of the Convention insofar as they do not concern human medicine or biology. Extending the scope to cover also embryos and fetuses has been left for the domestic law unless specifically mentioned. See *Explanatory report* p. 8.

Community legislation. The status of human rights conventions in international law is moot. On the one hand, it is claimed that human rights exist as a result of a higher law than positive or man-made law, and therefore, human rights conventions are superior to any other international or domestic law (the natural law view). At the other extreme, the Soviet writers used to claim that human rights are matters within the domestic affairs of state and therefore, human rights conventions should not be regarded in any way special from any other treaties between the states.[16] The middle ground academic international lawyers defend the coherence of international law in general and aim to explain human rights law as somewhat 'peculiar', but not an autonomous or superior area of international law.[17] The only clear token of superiority in human rights law is found in Article 103 of the UN Charter which establishes the Charter as superior to any other treaty.[18]

Therefore, except for situations where a human rights provision has reached the status of *jus cogens*[19], human rights conventions such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[20] or the Biomedicine Convention are governed by the same principles as any other treaty within international law. Nevertheless, due to the special enforcement mechanisms attached to some individual human rights conventions (for example, the ICCPR and the Council of Europe Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, ECHR)[21], the efficacy of those human rights treaties is better protected. However, the Biomedicine Convention is a human rights convention that lacks a judicial mechanism of its own. According to Article 29 of the Biomedicine Convention, the European Court of Human Rights can only give statements for interpreting the convention, but cannot resolve any disputes between convention parties or

[16] *Långström* p. 178. For a summary of different theories underlying the attitudes on human rights, see *Shaw* p. 188–190.

[17] *Craven* p. 492–493.

[18] See e.g. *Seidl-Hohenveldern* p. 16.

[19] *Jus cogens* is a peremptory norm of general international law that has been …"accepted and recognised by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character." Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. A similar definition was embodied in the new 1986 Vienna Convention. On *jus cogens* norms, see, for example, *Hannikainen*. A thorough study on the relationship of human rights law and *jus cogens* has been written by *Seiderman*.

[20] United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly resolution 2200 A (XXI), 16 December 1966, in force 23 March 1976.

[21] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950, as amended by Protocol No. 11.

between individuals and the convention parties.[22]

The GCP Directive, however, is part of European Community legislation, and as a general rule, the directives bind the Member States only as to the results to be achieved and leave a margin of interpretation as to the form and means of implementation.[23] Despite the general rule of margin of interpretation, the European Court of Justice[24] has ruled in its case law that directives can have a *direct effect* – immediate enforceability in national courts by individual applicants[25] – if the "provisions of the directive appear…to be *unconditional* and *sufficiently precise*…".[26] In the cases where the implementation of a directive is done but left incomplete or where the national law is ambiguous, the *indirect effect* of the Community directives becomes more suitable. The indirect effect of Community directives means that the national provisions are to be interpreted "in the light of the wording and the purpose of the directive".[27] In 1984, the direct effect of Community directives was narrowed to vertical, i.e. individual-state relations only.[28]

Despite the expansion of jurisdiction of the European Community by the Treaty of Amsterdam and the EU Treaty, doubts have been cast on whether regulating on consent procedures in medical research actually goes beyond the

---

[22] According to the Biomedicine Convention, advisory opinions may be given to the Government of a party to the Convention or to the Steering Committee on Bioethics (Article 32), not to individuals or even to national courts. However, according to ECHR (Article 47), the Court may give advisory opinions only on legal questions concerning the interpretation of the ECHR and at the request of the Committee on Ministers. As no advisory opinions on the Biomedicine Convention have been requested thus far, there is no experience how this possible conflict of jurisdiction will be solved. Nevertheless, although a direct route to European Court of Human Rights is prohibited for individuals under the Biomedicine Convention, individual applications may be sent to the European Court of Human Rights on the basis of Articles 3, 8 and 34 of the ECHR itself, which protect the physical integrity and privacy of the person and allow for an individual application to be made. An interesting dilemma occurs, however, if the state is bound by the ECHR but not by the Biomedicine Convention. As the Biomedicine Convention is predicted to give substance to the above-mentioned Articles of the ECHR, it will indirectly also bind the states that have signed the ECHR but not the Biomedicine Convention.

[23] Article 249 of the Treaty of Amsterdam.

[24] The European Court of Justice (ECJ) reviews "the legality of acts adopted jointly by the European Parliament and the Council, of acts of the Council, of the Commission and of the ECB [European Central Bank], other than recommendations and opinions, and of acts of the European Parliament intended to produce legal effects vis-á-vis third parties." Actions may be brought to the ECJ "by a Member State, the European Parliament, the Council or the Commission…" Article 230.1 and 230.2 of the EC Treaty.

[25] Definition applied by *Craig – de Búrca* p. 165.

[26] Case C-8/81 *Becker v Finanzamt Münster-Innerstadt* [1982] ECR 53 para 25.

[27] Case C-14/83 *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891 para 26.

[28] Case C-152/84 *Marshall v Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching) (No 1)* [1986] ECR 723. Reinforced by C-91/92 *Dori (Faccini) v Recreb Srl* ECR I-3325.

competence of the European Union (EU).[29] Initially, the GCP Directive was drafted to harmonise the procedures for marketing licenses in the member states, but in the European Parliament, an initiative was made for much more substantive regulation, which is the outcome we have today. The European Commission has on several occasions admitted that the EU Treaty does not give competence to directly regulate ethical matters and that the Member States retain their full prerogative to legislate in this area.[30] Neither does the Charter of Fundamental Rights of the European Union, according to its own text, establish any new powers or tasks for the Community or the Union, as its scope is restricted to the institutions and bodies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity.[31]

However, in the GCP Directive, the European Parliament was not satisfied with harmonising the procedures for marketing licenses in the member states, but issued provisions regarding informed consent processes, strengthened the role and responsibilities of the ethics committees, and, most controversial of all, placed restrictions on medical research on children and mentally incapacitated adults, which are at the centre of bioethical debate in the area of medical research.[32] It could be argued that although the GCP Directive is issued under the competence provided for Article 95 of the EC Treaty (establishment and functioning of the internal market), there are some articles in the Directive that fall outside the competence of the European Community and could therefore be challenged in the European Court of Justice under Article 230 of the EC Treaty.[33]

In addition to the Biomedicine Convention and the GCP Directive, there is also less authoritative international regulation that is relevant to the topic of this article.

---

[29] *Sprumont* p. 36.

[30] See, for example, speech by *Romano Prodi*, President of the European Commission, in a conference 'Europe and Ethics – Conference on Politics and Morality' in Vienna, 7th December 2002, and the European Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, storage, and distribution of human tissues and cells, para 33. See also, European Commission Report on Human Embryonic Stem Cell Research, p. 12.

[31] Charter of the Fundamental Rights of the European Union Article 51. The article continues with a provision, according to which the Charter applies to the Member States only to the extent that they are *implementing Union law*. However, as the EU itself is bound to respect the existing treaties and the principle of subsidiarity, the Charter cannot result into further restrictions on the Member States beyond the competence that the EU has itself. On the various interpretations that may be given to 'implementing Union law' see *Jääskinen* p. 103.

[32] See, for example, *Idänpään-Heikkilä* p. 1394–1396.

[33] There has been one case regarding the competence of EC in issuing provisions in the area of bioethics, albeit with regard to another directive, Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions. However, the case C-377/98 *Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union*

For example, the Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (90) 3,[34] which preceded the Biomedicine Convention on establishing principles for medical research on incapacitated adults, still includes some relevant principles that are not addressed in the Biomedicine Convention (e.g. principle 8 on research in emergency situations). Recommendation No. R (99) 4 on principles concerning the legal protection of incapable adults includes several provisions which have a direct bearing to, for example, assessing competence or respecting the dignity of decisionally impaired research subjects.[35] The United Nations High Commissioner for Human Rights has issued Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care, which also includes a provision on experimental treatment.[36] The Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) has issued International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, which were revised in 2002 and will be referred to in this article.[37] Council of Europe recommendations, UN Principles and CIOMS guidelines, however, are not binding legislation, but they have strong political and factual influence on the member states in guiding the direction the national laws should take.

[2001] ECR 7079 concerned (inter alia) a plea that Article 5(2) of the said Directive did not provide *sufficient* protection to human dignity as it lacks provisions requiring verification of the consent of the donor or recipient of products obtained by biotechnological means (para 69). The Court replied that "the reliance on this fundamental right [right to human dignity] is, however, clearly misplaced as against a directive which concerns only the grant of patents and whose scope does not therefore extend to activities before and after that grant, whether they involve research or the use of the patented products…The purpose of the Directive is not to replace the restrictive provisions which guarantee, outside the scope of the Directive, compliance with certain ethical rules which include the right to self-determination by informed consent" (paras 79 and 80). In the Case C-376/98 *Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union* [2000] ECR I-08419, the Directive 98/43/EC on advertising and sponsorship of tobacco products was, however, annulled in its entirety because Article 95 (establishment and functioning of the inner market, formerly Article 100a of the EC Treaty) was not an appropriate basis for the Directive, as, to some extent, the provisions in the Directive belonged to the jurisdiction of the Member States rather than the EU. See, however, also Case C-9/74 *Donato Casagrande v Landeshauptstadt München – Germany* [1974] ECR 773.

[34] Council of Europe Recommendation No. R (90) 3 of the Committee of Ministers to member states concerning medical research on human beings.

[35] Council of Europe Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on principles concerning the legal protection of incapable adults.

[36] According to the provision, clinical trials and experimental treatment shall never be carried out on a patient without informed consent. If the patient is unable to give informed consent, an approval of a competent, independent review body specifically constituted for this purpose is needed (Principle 11, para 15).

[37] *Council for International Organizations of Medical Sciences* (CIOMS) International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, Geneva 2002.

2.2 Provisions concerning research on incapacitated adults

In the Biomedicine Convention, Articles 15 to 18 concern biomedical research. Article 15 states the general freedom of research subject to provisions ensuring the protection of the human being. Article 16 states the general requirements for medical research,[38] and Article 18 presents provisions for conducting research on embryos.[39] However, Article 17 is the most interesting in terms of research on incapacitated adults. In addition to the general requirements for medical research stated in Article 16, Article 17 gives out the special provisions for research on persons not able to consent because of immaturity or other lack of capacity. According to the Article, research on persons not able to consent may only be undertaken if:

1) the results of the research have the potential to produce real and direct benefit to the subject's health,
2) research of comparable effectiveness cannot be carried out on individuals capable of giving consent,
3) an authorisation on behalf of the subject has been given specifically and in writing, and
4) the subject does not object.

Exceptionally, the condition for real and direct benefit to the subject's health may be waived if the research has the aim of contributing "to the ultimate attainment of results capable of conferring benefit either to the person concerned or to other persons in the same age category or afflicted with the same disease or disorder or having the same condition". In that case, the research may further entail only minimal risk and minimal burden for the individual concerned.

The GCP Directive takes a more detailed approach in regulating research on persons not capable of consenting. First in the Preamble, it is made clear, unlike

[38] According to Article 16, "research on a person may only be undertaken if all the following conditions are met: i) there is no alternative of comparable effectiveness to research on humans; ii) the risks which may be incurred by that person are not disproportionate to the potential benefits of the research; iii) the research project has been approved by the competent body after independent examination of its scientific merit, including assessment of the importance of the aim of the research, and multidisciplinary review of its ethical acceptability; iv) the persons undergoing research have been informed of their rights and the safeguards prescribed by law for their protection; v) the necessary consent as provided for under Article 5 has been given expressly, specifically and is documented. Such consent may be freely withdrawn at any time."

[39] Article 18 of the Biomedicine Convention states: "Where the law allows research on embryos *in vitro*, it shall ensure adequate protection of the embryo. The creation of human embryos for research purposes is prohibited."

in the Biomedicine Convention, that research on incapacitated adults is placed in a separate category from children. Although the GCP Directive takes a restrictive view on research on minors, clinical trials on persons with dementia, psychiatric patients and other incapacitated adults are to be conducted on an even more restrictive basis. The Preamble continues by stating that experimental medicinal products may be administered to incapacitated adults only when there are grounds for assuming that the direct benefit to the patient outweighs the risks. Moreover, in such cases the written consent of the patient's legal representative, given in cooperation with the treating doctor, is necessary before participation in any such clinical trial.[40]

The text of the Preamble does not have the same legal effect as the Articles of the directive.[41] However, it sheds light to one of the major differences between the GCP Directive and the Biomedicine Convention. It seems that the GCP Directive bans without exception all trials on incapacitated adults that do not provide a direct benefit to the individual concerned. The difference is made even more visible by comparing the two paragraphs in the Preamble concerning children on the one hand and incapacitated adults on the other. Paragraph 3 on children specifically allows research without a direct health benefit to the child whereas paragraph 4 states quite clearly the different situation in terms of adults. Below, different problem areas related to medical research on incapacitated adults will be discussed, the one presented above being only one of them. Some areas handled in this article are not covered in detail either in the Biomedicine Convention or the GCP Directive, but when they are, I will analyse the provisions in the GCP Directive and compare their compatibility with the Biomedicine Convention. Attention has also been given to arguments presented in the general medico-legal debate.

3. ANALYSIS OF THE PROBLEM AREAS

The analysis below follows the already established set of components involved in informed consent, which is regarded as the cornerstone of medical research and the most compromised aspect with respect to research on incapacitated

---

[40] GCP Directive, Preamble, para 4.

[41] Case C-162/97 *Criminal proceedings against Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren and Solweig Arrborn*, [1998] ECR 7477 para 54: "..the preamble to a Community act has no binding legal force and cannot be relied on as a ground for derogating from the actual provisions of the act in question". On the legal status of recitals, see, for example, *Beyleveld* p. 5.

adults especially. Assessing competence and capacity forms a natural starting point to the analysis, which is then divided into two subheadings: research on adults who have legal capacity to consent, yet who are considered vulnerable because of their deteriorating mental competence, and research on adults who are considered legally incapacitated to give informed consent. Under the first subheading, the issues of voluntariness, disclosure of information and decision-making are dealt with. Special issues related to incapacitated adults, such as advance directives, proxy decision-making and other additional safeguards are taken as separate aspects under the subheading of incapacitated adults.

3.1 Assessing competence and capacity

With regard to medical procedures, the assessment of mental competence and legal capacity are often intertwined. Although determination of legal capacity belongs ultimately to the jurisdiction of the courts, in every-day medical decision-making it is the medical profession who are faced with not only assessing the patient's mental competence, but also deciding on whether the patient fulfils the criteria of legal capacity.[42] Only in a very few occasions will cases on legal capacity end up for the courts to decide.[43] Therefore, the initial assessment of competence often determines the amount of legal emphasis put on the views of the research participant and the line of regulation applied to the independent case.[44]

Although a different set of provisions are applied according to whether the subject has the capacity to give individual consent or not,[45] neither the GCP

[42] *Amelung*, p. 12, *Appelbaum – Grisso* 1988, p. 1635. Investigations on the relation between patient's cognitive abilities as predictors of physician judgments of capacity have been made in the US. See *Earnst et al*. and *Marson et al.* 1997b.

[43] See, for example, the English case of *Re C*. (adult: refusal of treatment) [1994] 1 W.L.R. 290, where *Thorpe J* used a three-step test for capacity: the patient was considered capable of refusing amputation of his leg (despite his schitzophrenia) as he was found to be able to 1) comprehend and retain the relevant information, 2) believe the information given on the alternatives and 3) weigh the information in order to arrive at choice. Cf. to a Finnish case on a very similar situation although with an opposite outcome by the court of first instance (Vantaan KO, Dep. 4/1) in the decision Nr. 7869, 00/6566, 3.11.2000. The case has been discussed by *Pahlman* 2003 p. 223–226 and *Mäki-Petäjä-Leinonen* 2003 p. 263.

[44] An investigation was made into the consistency of capacity assessment of US physicians, which revealed reasonably high consistency of capacity assessments on mild to moderate Alzheimer patients, taking into account that in the US, different legal standards are used in different states. See *Marson et al. 2000*. However, their earlier study in 1997 gave different results. See *Marson et al* 1997a.

[45] Of the European standards, see e.g. *Koponen et al*. p. 534–537 and *Amelung* p. 5–8. However, researchers from the United States have led the debate on competence and capacity assessment in

Directive nor the Biomedicine Convention give any guidance on how competence and capacity are to be assessed.[46] Views can be presented both for and against this lack of regulation. On the one hand, the power to evaluate an individual's competence and capacity to use his or her right to self-determination is perhaps one of the most far-reaching powers that can be given to a third party and should therefore be rigorously safeguarded from misuse and misinterpretation.[47] The medical profession is aware and should constantly be reminded of the appreciation and responsibility that has been entrusted to it in the possession of this power. Even the representatives of the medical profession sometimes raise voices demanding more guidance on how to take their responsibility.[48]

On the other hand, picturing the various conditions that may compromise the ability in individual decision-making and describing the methods of assessment to be used in each of the conditions would be a tremendous task for drafters of international legislation, not to speak of cultural differences that would have to be taken into account. In addition, scientific advances take place in this area at much faster speed than any international legal instrument can follow up to. Therefore, the discussion on whether to measure the evidence of an independent value system, the ability of understanding information, the ability to reason for or against the alternative decisions or the ability of evidencing a choice, or all the afore-mentioned components together, should be left at national level, if not determined by protocol in the ethics committees.[49] However, problems arise when multinational research is conducted according to the same protocol in various countries using different standards of evaluation of competence. In order to ensure homogeneity, the tools for the assessment should be stated in the research protocol, as is common practice.[50]

---

the last two decades. See, for example, *Appelbaum – Roth* 1982 p. 952–956, *Keyserlingk et al.* p. 338 and *Berg et al*. p. 345–363.

[46] Recommendation No. R (99) 4, principle 12, also urges adequate procedures for the investigation and assessment of the adult's personal faculties, but does not suggest any specific methods.

[47] *Brodaty et al*. p. 73.

[48] *Karlawish – Schmitt*, p. 1015. *The British Medical Association and Law Society* have produced a very helpful guide on issues concerning assessing mental capacity in various contexts.

[49] *Grisso and Appelbaum* 1995 p. 1033–1037 have shown that the choice of standards for determining competence will affect the identity and proportion of patients classified as impaired. Therefore, the choice of a legal standard should be carefully selected to match the required abilities. On the standard of legal capacity in Finland, see *Mäki-Petäjä-Leinonen* 2003 p. 260–263.

[50] Examples of testing devices for competence include, for example, Mini-mental state examination (MMSE), Blessed dementia scale, Alzheimer's disease assessment scale (ADAS-Cog and ADAS Non-Cog), memory impairment screen (MIS), and the CERAD test. *Hänninen-Pulliainen* p. 349–357 and *Pirttilä* p. 329–335.

The starting point for assessing capacity of an adult is always the presumption of capacity and the maximum preservation of capacity.[51] An adult person shall be considered capable of deciding over his or her matters unless there is evidence to the contrary. It should also be remembered that although a person has been evaluated to lack capacity to handle financial affairs, it does not necessarily take away his or her capacity to decide over his or her person.[52] The Council of Europe Recommendation No. (99) 4 on principles concerning the legal protection of incapable adults states specifically in Principle 3:

> *"In particular, a measure of protection should not automatically deprive the person of the right…to consent or refuse consent to any intervention in the health field…when his or her capacity permits him or her to do so."*[53]

Alzheimer Europe has given an opinion on participation of people with dementia in research, according to which people with dementia can themselves consent to research in the early stages of the disease.[54] In addition, there may be different levels of capacity required for different decisions. A higher level of understanding is required from a patient making a decision on taking part in the trial than refusing participation. The situation is opposite to treatment situations where the capacity to refuse is controlled more carefully than the capacity to consent.[55] The difference depends on the nature of outcome of the decision: refusing potentially life-saving treatment must be assessed according to more stringent criteria than refusing participation in a trial which is likely to bring additional risks and burdens to the participant.[56]

---

[51] Recommendation No. (99) 4 on principles concerning the legal protection of incapable adults, Principle 3.

[52] Similarly, a diagnosed mental health problem should not be connected with lack of capacity to consent to treatment to participate in research. *Osborn* p. 601–603.

[53] Indeed, one of the reasons for drafting the Recommendation was that the Biomedicine Convention did not take a stand whether the capacity assessment should be based on actual capacity at the time of the proposed intervention or on legal capacity. The Recommendation thereby completes the Biomedicine Convention. See *Jansen* p. 336.

[54] *Alzheimer Europe* opinion on participation of people with dementia in research, in particular on the Council of Europe Convention on Biomedicine and Human Rights and the Draft Additional Protocol to the Convention on Biomedical Research. See also, *Mäki-Petäjä-Leinonen* 2001 p. 525. Cf, however, *Fulford – Howse* p. 88.

[55] *Kennedy – Grubb* p. 378.

[56] In England, two important decisions have raised this point: first by Lord Donaldson in *Re T (Adult: Refusal of Treatment)* [1993] Fam. 95: "What matters is that the doctors should consider whether at that time he had a capacity which was commensurate with the gravity of the decision which he purported to make. The more serious the decision, the greater the capacity required" p. 113, which was repeated by Lady Justice Butler-Sloss in *Re MB* [1997] 2 FLR 426, 437 in her own

As the Biomedicine Convention and the GCP Directive are silent on how competence and capacity should be assessed, they also do not specify who should make this assessment. Patient organisations, such as Alzheimer Europe, argue that the capacity assessment for research purposes should be conducted by a doctor with the relevant expertise and who is not linked to the research.[57] Much of the philosophical academic literature and even some public bodies have taken the same approach, which is easy to concur with.[58] The British Medical Association suggests that many people can be assessed by their general practitioners, whose close long-term acquaintance with the person to be assessed may provide a better starting point to the assessment than high psychiatric experience.[59] However, the capacity assessment should not be disconnected from the study itself. The person evaluating the capacity should not only use the general mental status or neuropsychological testing devices, but also assess the patient's abilities through discussion of the study material.[60] This is because in most jurisdictions, the legal test for capacity is task-specific and related to understanding the details of the study in question rather than more general information measured in the mental status tests.[61]

3.2 Adults with decision-making capacity

If the research participant, despite his or her mental illness or suspected dementia, is considered capable of understanding the required amount of

---

words: "The graver the consequences of the decision, the commensurately greater the level of competence is required to take the decision." In Denmark, *Ulla Hybel* 1998 p. 157 has come to the same conclusion as well as the BIOMED 1 project on the ethical issues in biomedical research with cognitively impaired elderly subjects, (*Ethical issues in biomedical research* p. 58). However, the outcome of the decision should not be the sole factor in determining the patient's capacity, as the mere disagreement or agreement with the patient's choice does not provide an objective standard for evaluation of capacity. See *Law Commission* No 231 paras 3.4 and 3.5.

[57] *Alzheimer Europe* opinion on participation of people with dementia in research, in particular on the Council of Europe Convention on Biomedicine and Human Rights and the Draft Additional Protocol to the Convention on Biomedical Research. On situations where a designated consent assessor or monitor may be needed, see *Keyserlingk et al*. p. 342–345.

[58] See, for example, *Amelung* p. 12, *Brodaty et al*. p. 74 and *Ethical issues in biomedical research* p. 57. From the public bodies, see *Medical Research Council* p. 12 and the US *National Bioethics Advisory Commission*, Recommendation 8. However, the latter recommendation applies only to research that presents greater than minimal risk

[59] *British Medical Association and Law Society* p. 90.

[60] *Hybel* 1998 p. 157. See also, *Brodaty et al.* p. 73–74 and *High et al*. p. 68–69.

[61] For a theoretical analysis on specific task competence (inability to perform the relevant task without unintentionally harming itself or others), see *Beyleveld – Pattinson* 1998.

information and to make independent decisions based on that information concerning his or her participation, there are no specific legal rules that would require this group of participants be treated any differently from average adults. The key element for justifying medical research on competent adults is then informed consent. The GCP Directive defines informed consent as a decision which

> *"must be written, dated and signed, to take part in a clinical trial, taken freely after being duly informed of its nature, significance, implications and risks and appropriately documented, by any person capable of giving consent…".*[62]

However, in practice and in the process of ethics committee evaluation, the special status of persons with deteriorating competence should be taken into account.[63] Firstly, the research protocol should clearly state the standard used for the evaluation of competence in order to safeguard participants from implicit judgments based on short-term contact with the patient and to ensure the homogeneity of the research participants. The most appropriate standard may depend on the patient's nature of illness or condition and the study itself, whether it entails only routine procedures with little risk and discomfort to the patient or very complicated study designs and/or less favourable risk-benefit ratio. In principle, the less beneficial the risk-benefit ratio, the more is required for ensuring the full competence of the patient.[64]

In the light of self-determination of patients, more attention should be paid to involving the patient him or herself in the decision-making instead of taking a polarised attitude of fully independent consent versus proxy decision-making.[65] Maximising the efforts to enhance the autonomy of the patient should be taken into account in order to extend the patient's potential for self-determination as far as possible. Measures to be used in this kind of situation may include using repetitions of information disclosure, information leaflets tailored to the level of understanding of the prospective group of study participants, questionnaires to ensure understanding of information, technical appliances such as videotapes, audiotapes and computer programs or involving family members in the consent

---

[62] GCP Directive, Article 2 (j).

[63] See also, *EMEA* Note for guidance on studies in support of special populations: geriatrics p. 2, which suggests inclusion of geriatric patients not until phase 3 or phase 2 at the sponsor's option.

[64] *Höfling – Demel*, p. 544.

[65] See, for example, the suggestion by *High et al.* p. 70, according to which a process of 'double consent' should be sought from both the prospective patient and a qualified surrogate (proxy) in case of questionable or fluctuating capacity. See also *Appelbaum* 1998.

process.[66] Application of these educational methods may be used for either ensuring the validity of independent consent or in addition to proxy consent. In the latter case, the additional assent or absence of refusal by the patient is still required.

However, although maximising the potential for self-determination is an important value to protect, one should not forget the risks involved in evaluating the patient's competence in an overly positive manner. If the standard of competence and capacity is set too low, the patient faces the risk of consenting to a procedure the risks of which he or she is not actually able to understand. One should be careful not to use the additional educational measures for bringing the patient artificially over the capacity threshold, if the initial findings do not support the conclusion.

Another aspect that may come into discussion here is the aspect of voluntariness. If the research participant is placed in an institutionalised setting, the circumstances in which consent is given are sometimes said to compromise the voluntariness of consent as such. The patients feel vulnerable in the hands of the treating staff and may be inclined to consent to research in order to please the treating physician.[67] Illness itself, independent of nature, makes us more vulnerable and dependent on people around us, not to speak of psychiatric illness or other severe illnesses that affect our decisional abilities. This is another reason why, in addition to the assessment of competence, it may be recommendable that a third party is involved in the consent procedure. However, there are conflicting arguments on who should be the third party. In assessing competence, it is recommended that the evaluation is conducted by a medical professional who knows the patient well, but who also has sufficient knowledge about the research protocol. The optimal person would therefore be the patient's treating physician who is linked to the research project in question. However, due to the link to the study, his or her involvement in the capacity assessment may be questioned because of a potential conflict of interest. In order to complete the study within a given time or in order to maximise the reward paid by the sponsor per a recruited research participant, the *investigator* may be inclined to recruite as many participants as possible. Further, if there is reason to doubt the voluntariness of the institutionalised patients for the reasons explained above,

---

[66] See, for example, *Brodaty et a.l* p. 74, *Appelbaum* 1998, p. 1486–1488. Also critical comments have been raised on using visual and hearing aids on assisting the informed consent procedure. See e.g. *Olde Rikkert et al*. p. 271, who suggest that preliminary research experience and a two-step consent procedure produces better results, and *Tymchuk et al.* p. 821–822, who compared standard information, simplified version, storybook version and videotape in informing the elderly and found that the simplified text version gave the best results in comprehension.

[67] *Wendler* p. 336.

the *treating physician* is again not the optimal option. For these reasons, so called consent auditors have been suggested to take over the recruitment phase or at least be present when it takes place.[68]

In international conventions, however, medical research on institutionalised persons in voluntary treatment institutions (research conducted in nursing homes or in connection with voluntary care in mental hospitals) as such has not been emphasized as a special category. Neither the Biomedicine Convention nor the GCP Directive takes any stand with regard to institutionalised persons unless they are incapacitated. Nevertheless, Article 7 of the UN International Covenant on Civil and Political Rights requires a 'free consent', making thereby a specific reference to the aspect of voluntariness of consent irrespective of capacity assessment. In addition, there are provisions to ban biological experiments on members of armed forces during conflict, prisoners of war and civilians in time of war[69] and safeguards on the rights of mentally ill patients against involuntary treatment.[70]

However, descending one step down in the hierarchy of international law, there are guidelines and recommendations that restrict medical research on persons deprived of liberty *and other* vulnerable persons.[71] The implication of institutionalisation in the case of prisoners is that according to the Council of Europe Recommendation R (90) 3, research on prisoners is strictly limited to the so-called therapeutic research, i.e., to research which has the potential to

---

[68] *National Bioethics Advisory Commission*, Recommendation 8 and *Keyserlingk* p. 342–345. The third party may sometimes also be a family member, who can, in addition to ensuring the voluntariness of consent, assist in evaluation of competence and remind the patient of the details of the study in case of sudden memory impairments. The family member or other person close to the patient may also be able to ask additional questions that may be helpful to the patient in decision-making. *Brodaty et al.* p. 74

[69] Article 12, Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (1st Geneva Convention), Article 12, Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (2nd Geneva Convention), Article 13, Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (3rd Geneva Convention), Article 32, Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (4th Geneva Convention).

[70] Biomedicine Convention, Article 7. At national level, medical research on patients in involuntary care has been prohibited e.g. in Germany (Arzneimittelgesetz § 40 I Nr. 3) and Denmark (Lov om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien § 23, stk. 1). In Sweden, research on persons under involuntary psychiatric treatment is restricted to projects that are conducted in the connection with medical treatment (Läkemedelslag 1992:859 § 13, stk 3).

[71] Recommendation No. R (90) 3 of the Committee of Ministers concerning medical research on human beings and *Council for International Organizations of Medical Sciences* (CIOMS) International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects 2002.

offer a direct health benefit to the participants concerned.[72] As for other vulnerable persons, the CIOMS Guidelines of 2002 give a very broad interpretation of vulnerability.[73] It acknowledges any kind of deficiency to protect ones interests, whether it be due to insufficient power, intelligence, education, resources, strength or other similar reason. The examples of vulnerable persons in CIOMS Guidelines include elderly persons and institutionalised persons. As a consequence of vulnerability, research on these persons should only be conducted if: 1) the research could not be carried out equally well with less vulnerable subjects, 2) it is intended to benefit the group of persons the research population represents, 3) the research subjects will be assured reasonable access to any treatments that will become available as a consequence, 4) the risk attached to the interventions will not normally exceed routine medical or psychological examination and 5) in the case of incompetent subjects, their agreement is supplemented by a permission of a legal guardian or other representative.

It seems that voluntariness of consent should be given more attention than before, as the aspect of institutionalisation is everything but a clear-cut line between the two extremes; absolute freedom (independent, self-supporting patients) and coercion (prisoners). Therefore, it should be remembered that neither the measures taken to address the dependant position of a potential research subject (for example, in a nursing home) should be black and white. Some additional safeguards for conducting research on nursing home residents, for example, should be imposed, but the research should not be restricted in the same way as research with prisoners or patients in involuntary treatment. One option would be to appoint an ombudsman or an independent advisor who the patients could turn to if they had worries regarding their involvement in the study.[74]

---

[72] Recommendation No. R (90) 3 of the Committee of Ministers concerning medical research on human beings, Principle 7. In Finland, prisoners can only take part in medical research that is likely to be of direct benefit to their own health or the health of people related to them or the health of other prisoners (Medical Research Act (Laki lääketieteellisestä tutkimuksesta Nr. 488/9.4.1999) Section 10).

[73] *Council for International Organizations of Medical Sciences* (CIOMS) International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects 2002, Guideline 13.

[74] *Alzheimer Europe* opinion on participation of people with dementia in research, in particular on the Council of Europe Convention on Biomedicine and Human Rights and the Draft Additional Protocol to the Convention on Biomedical Research. Alzheimer Europe also recommends a personal advocate to be appointed to a person with incapacity to guide and advise the adult in all matters relating to his or her placement and also whenever a measure intended to restrict his or her liberty of movement is applied. *Alzheimer Europe*, Recommendations on how to improve the legal rights and protection of adults with incapacity due to dementia p. 23. In Finland, the

3.3 Incapacitated adult

When the patient is assessed as incapacitated, a different set of legal and ethical rules apply. The element of informed consent is not merely replaced by the informed consent of a legal representative or other agent deciding on behalf of the patient, but also the nature of studies conducted with this patient group is regulated more carefully. The protective measures relate to safeguarding the past or present autonomy of the subject and the physical well being of the subject. Also, additional procedural safeguards are applied. The requirements bind researchers, proxy decision-makers and sponsors equally, although in many cases the sponsors or the principal researchers are in the best position to bear the responsibility of the safe conduct of the project in accordance with good clinical practice. Some of the limitations in the nature and purpose of research projects with incapacitated participants are already stated in the Biomedicine Convention, but the GCP Directive lists many others.

As already mentioned, the Biomedicine Convention states that in addition to the requirement of consent by proxy as a general rule, the results of the research must have a potential to produce real and direct benefit to his or her health. Further preconditions include that the research cannot be carried out on individuals capable of giving consent and the person concerned does not object. Exceptionally, also research with no potential to produce results of direct benefit may be authorised, if the results of the research are capable of conferring benefit to other persons in the same age category or with the same disease or disorder or having the same condition. In that case, the research may entail only minimal risk and minimal burden for the individual concerned (Article 17). The GCP Directive includes a much more detailed set of provisions which will be analysed below. However, this set of provisions only applies to incapacitated adults who "have not given or not refused informed consent before the onset of their incapacity".[75] Therefore, our first focus should be on advance directives and their relevance in medical research.

---

responsibilities of a patient ombudsman cover not only issues concerning the treatment of patients, but also matters related to combining treatment with medical research. In Denmark, the ethics committees may require that the experiments on permanently legally incompetent patients be monitored by an independent supervisor or supervising committee. *The Danish Central Scientific Ethical Committee*, Guidelines on biomedical experiments. See also, *Hartlev* p. 231

[75] GCP Directive, Article 5.1.

3.3.1 Advance directives

Advance directives – or living wills – are traditionally used as written statements of patient's preferences of his or her treatment at the end of his or her life.[76] Most commonly, they have been utilised when the patient does not wish rigorous life-prolonging treatments for example in the last stages of a fatal cancer. Their legal relevance varies in different jurisdictions, but generally speaking advance directives are gaining more importance not only ethically, but also legally.[77]

The Biomedicine Convention touches on advance directives in Article 9. According to Article 9,

> *"The previously expressed wishes relating to a medical intervention by a patient who is not, at the time of intervention, in a state to express his or her wishes, shall be taken into account."*

The formulation of the Biomedicine Convention does not give the previously expressed wishes an absolute status.[78] However, as the Biomedicine Convention only speaks of previously expressed wishes rather than more formal written advance directives, an argument can be made that the Biomedicine Convention has not yet taken a clear stance to the legality of written advance directives. Nevertheless, in the light of Article 9 and the principle of respect for the dignity of the human being stated in the Preamble of the Biomedicine Convention, a well-argued case can be made in favour of utmost respect for the self-determination of the patient as a derivative of the founding values of the Convention itself.[79]

---

[76] *Dworkin* p. 180 describes living wills as: "documents stipulating that specified medical procedures should not be used to keep the signer alive in certain specified circumstances". *Berghmans* p. 32 takes a broader view in his definition: "Advance directives are instruments which express precedent autonomy in order to promote the autonomy-interests of patients who may become incompetent and thus unable to express their wishes and preferences with regard to treatment and care." Yet another name to the same phenomenon has been given in the report by *the Lord Chancellor's department* to be applied in England and Wales: "Advance statements (sometimes known as advance directives or living wills) are anticipatory decisions made while a person is capable, which are intended to give effect to that person's wishes as to how he or she shall be treated or cared for after the loss of capacity." *Making Decisions*, Ch. 4, para 13.

[77] *Nys* p. 179–188.

[78] In the *Explanatory memorandum* to the Biomedicine Convention, a mention is further made to the effect that the previously expressed wishes should not necessarily be followed. This is, according to the memorandum (para 62), especially the case when the wishes were expressed a long time before the intervention and science has since progressed.

[79] See also *Pahlman* 2003 p. 255.

In the recent years, advance directives have also been discussed in connection with medical research on mentally incapacitated adults.[80] As the mental competence of a potential research participant deteriorates in dementia and the consent of the participant may no longer be taken as sufficient justification for the participation alone, it has been argued that advance directives written while still holding capacity could replace the additional restrictions placed on research projects where participation of subjects at a later stage of dementia is necessary.[81] The GCP Directive certainly seems to point at this direction as the restrictive provisions aimed at safeguarding the rights of research subjects only apply to incapacitated adults who have not stated their wishes previously.[82] An advance directive gives the patient therefore an opportunity to ensure that his or her preference on taking part in medical research faces fewer obstacles than it might do otherwise. Naturally, an advance directive can also state the patient's refusal to participate in any experimental activity.

However, advance directives do not solve all the problematic issues raised by medical research on incapacitated adults.[83] Firstly, the person making an advance directive has to have had the capacity to do so at the time of drafting in order an advance directive to be valid. Often the patients, who have been diagnosed as suffering from e.g. Alzheimer's disease, have already lost some of their decision-making abilities at the time of diagnosis.[84] Secondly, even if the patient was competent at the time of diagnosis, the patient may not be ready to issue written statements on participating in future research projects. The confusion and worry connected to the discovery of the diagnosis may not render the time appropriate to consider contributing to scientific advances unless there was a strong personal interest involved. Experimental treatments will probably become more interesting to the patient, if treatments of proven efficacy fail to produce the desired outcome. By the stage that all the existing alternatives of

---

[80] In Europe, *Berghmans* p. 32–37 and *Lewis* p. 578–583. However, the debate was initiated in the US. See, for example, *American College of Physicians* p. 844 and *Keyserlingk et al*. p. 346–352. One active proponent of legally valid advance directives in Europe, also with regard to medical research, is Alzheimer Europe. See e.g. *Alzheimer Europe*, Recommendations on how to improve the legal rights and protection of adults with incapacity due to dementia p. 28.

[81] *Berghmans* p. 33. According to Recommendation 13 of the US *National Bioethics Advisory Commission*, an advance directive (called 'Prospective Authorisations' in the report) would allow the subject to take part in research which involves greater than minimal risk and does not offer the prospect of direct medical benefit to the subject. However, the subject's legally authorised representative shall be available to monitor the subject's recruitment, participation and potential withdrawal.

[82] GCP Directive, Article 5.1.

[83] *Berghmans* p. 36–37 and *Lewis* p. 579–583.

[84] *Berghmans* p. 34–36.

standard measures have been exhausted, the person may no longer have the capacity to make decisions him or herself.

The third problem with utilising advance directives in medical research involves specifying the risks and inconveniences of future projects. Unless advance consent is given to a known research project, the details of which can already be explained to the patient at the time of drafting the advance statement – due to for example pending financial resources or permission from the authorities – the specificity of consent may be difficult to fulfil.[85] After all, both the Biomedicine Convention and the GCP Directive require consent in biomedical research to be express and specific on the nature and purpose of the intervention as well as on its consequences and risks.[86] In addition, the GCP Directive requires informed consent to research be voluntary, written, dated, signed and appropriately documented. If the research subject him or herself is unable to write, oral consent in the presence of at least one witness may be given in exceptional cases, if it is allowed under national law.[87]

The question arises whether consent can ever be express and specific if the person who is taking part in research on the basis of his or her advance consent has not been fully aware of the specific circumstances of that particular trial. As the most likely answer to the question is bound to be negative, the end result must then be that the validity of an advance directive in experimental circumstances shall be interpreted restrictively. This should not, however, apply to negative advance directives where the patient seeks to refuse certain treatments or procedures.[88] As the right to refuse in medical research is considered stronger than in normal treatment (as in terms of determining capacity, the required level of understanding is lower), also the level of specificity required of refusal is regarded more broadly. Therefore, an advance refusal should be given a determinative status even if it was not specified or did not meet with the other formal requirements required from informed consent to medical research.

Last but not least problematic factor with advance directives is that the legal recognition of written advance directives varies in different countries. The Council of Europe Recommendation No. R (99) 4 on principles concerning the legal protection of incapable adults recommends legal arrangements which a person, who is still capable, can take to provide for any subsequent incapacity, thereby suggesting that advance directives should be given a legally valid status.[89] The GCP Directive, however, leaves the legal validity of advance

[85] See *Höfling – Demel* p. 542, *Berghmans* p. 36.
[86] Biomedicine Convention, Articles 5 and 16, GCP Directive, Article 3.2(d).
[87] GCP Directive Article 2(j).
[88] On the distinction made between positive and negative advance directives, see *Nys* p. 180.
[89] Recommendation No. R (99) 4, Principle 2, para 7.

directives open for the Member States although it points them as the route to overcome the additional restrictions posed on medical research on incapacitated persons in general.

For example in Finland, the Medical Research Act[90] does not take into account situations where advance directives would play a role. Neither does the Danish Act on Research Ethics Committees mention the issue.[91] No mention of advance directives can either be found in the French Act on the Protection of Persons Undergoing Biomedical Research,[92] nor in the Dutch Act on the Medical Research Involving Human Subjects.[93]

However, in the general law on the rights of patients, advance directives are mentioned more frequently. In England and Wales, clearly established anticipatory choices made by the patient applicable in the circumstances shall bind the practitioner according to the common law[94] although no explicit legislation has, as yet, been given on the matter.[95] In the Netherlands, the Dutch Act on Medical Treatment states that the care provider and the representative of the patient shall comply with the apparent written refusal of the patient expressed in writing

---

[90] Laki lääketieteellisestä tutkimuksesta Nr. 488/9.4.1999.

[91] Lov om et videnskabsetisk komitésystem og behandling av biomedicinske forskningsprojekter. Lov nr. 503/24.7.1992.

[92] Loi no 88–1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JO, 22 déc 88. Modifiée: Loi no 94–630 du 25 juil 1994, JO, 26 juil 94. Complétant le Code de la santé publique, Livre II bis, Art L. 209-1 à L. 209-23.

[93] Regulations on medical research involving human subjects (Medical research involving human subjects act) of 26.2.1998 (in force from 1.12.1999).

[94] *Airedale N.H.S Trust v Bland* [1993] A.C. 789; [1993] 2 W.L.R. 316; [1993] 1 All E.R. 821, *Re T* (Adult: Refusal of Medical Treatment) [1992] 4 All ER 649 and *Re AK* [2001] 1 FLR 129. However, as *Lewis* p. 578–581 points out, the English court cases have thus far only dealt with advance refusals.

[95] See, however, the *Law Commission* report *Mental Incapacity*, Report (1995) No 231, London: HMSO and *Lord Chancellor's Department Making Decisions*, October 1999, which both have attempted to solve the question of decision-making on behalf of mentally incapacitated adults, as at present, no one is actually authorised to act as a proxy for an incompetent adult. The previous report makes a difference between ascertainable past wishes for treatment and advance refusals. Advance consents should not, according to the report, gain a legally enforceable status alone, but merely as one factor in determining the best interests of the patient (paras 5.7 –5.13). Advance refusals, however, should be respected by the treatment provider in general, but that a presumption of non-applicability would be applied if the advance refusal would endanger the life of the patient or the life of her foetus. (paras 5.20–5.26). The latter document considered that "given the division of opinion which exists on this complex subject and given the flexibility inherent in developing case law, the Government believes that it would not be appropriate to legislate at the present time, and thus fix the statutory position once and for all." (para 20). The reports have not resulted into statutory law and the present legal situation in England is still based on common law applied by the courts.

while he was still capable. However, the care provider has been left an option not to follow the written refusal if there are good reasons for it.[96] In Germany, however, the pre-emptive measures of the patient's will have not had such strong support in the legal sphere.[97]

According to the Finnish Act on the Status and Rights of Patients (the Patient Act), in connection to normal treatment situations

> *"the previous wishes of the incompetent patient shall be taken into account by the legal representative or next of kin making decisions on behalf of the patient".*[98]

However, in connection to urgent treatment situations, the validity of advance directives is more strongly stated. In these circumstances,

> *"if the patient has earlier indicated his or her firm will in a valid advance directive, the patient shall not be treated against his or her will."*[99]

Out of the other Nordic countries (Denmark, Iceland, Norway and Sweden), Denmark is the only country which has issued specific provisions on the validity of advance directives in the general legislation concerning the rights of

---

The draft regulation for implementing the GCP Directive does not either take a clear stand in this issue, but recognises advance directives in the same way as they are mentioned in the GCP Directive itself, i.e. abolishing the need to apply the further restrictive criteria. Secretary of State for Health, The Medicines for Human Use (Clinical Trials) Regulations, draft 2003, Schedule 1, Part 1, paragraph 1.

[96] "If a patient aged sixteen or over cannot be deemed capable of reasonably assessing his interests in the matter, the care provider and … [the patient's representative] shall comply with the apparent opinion of the patient expressed in writing while he was still capable of the said reasonable assessment of his interests and containing a refusal to grant consent as referred to in the first paragraph. The care provider may deviate from this if he deems that there are good reasons for so doing." Act of 17 November 1994 amending the Civil Code and other legislation in connection with the incorporation of provisions concerning the contract to provide medical treatment. Bulletin of acts and decrees of the Kingdom of the Netherlands 1994, nr. 837, Article 450. See also, *Markenstein* p. 37.

[97] See, *Höfling – Demel* p. 543.

[98] Section 6.3 of the Patient Act (Laki potilaan asemasta ja oikeuksista No. 785/17.8.1992), as amended by Act No. 489/9.4.1999.

[99] Section 8 of the Patient Act. The discrepancy can partly be explained by the fact that the first quote of the Patient Act belongs to an amendment made to the Act at a later stage in order to fulfil the requirements of the Biomedicine Convention and it did not take into account the original idea of giving advance directives a decisive status. This interpretation has been given by Professor *Raimo Lahti*, who was the chairman of the committee preparing for the Patient Act. *Lahti* p. 30–32. See also *Pahlman* 2003 p. 252–256. The mentioned sections of the Patient Act are currently under review by the Ministry of Social Affairs and Health.

patients.[100] However, In the Danish Act, the legal validity of advance directives is restricted to refusal of life supporting measures when the death of the patient or severe invalidity is immediate.[101] Similarly, the Swedish National Board on Social Affairs has given a recommendation, according to which the earlier wishes of the patient have to be respected in the end-of-life decision-making, but as said, there are no provisions in law in Sweden.[102]

3.3.2 Legal representatives

If the patient no longer has the capacity to make treatment decisions him or herself and the patient has not given valid prior guidance on how he or she must be treated, both the GCP Directive and the Biomedicine Convention require informed consent to be obtained from his or her legal representative.[103] How legal representation is organised, is left to national jurisdictions.[104] In most countries, the provisions as to who is or are the persons holding legal power to act on the patient's behalf are stated in law. In Finland, for example, the Medical Research Act (and the Act on the Status and Rights of Patients) permits close relatives, other persons close to the research subject or a legal representative to consent on patient's behalf.[105] Situation is very similar in Denmark, where

---

[100] *Hybel* 2002 p. 14–15.

[101] Lov om patienters retstilling nr. 482/ 1.7.1998, Section 17.

[102] *Rynning* 2002 p. 278–279. In Sweden, the Governmental committee on treatment at the end of life (*kommittén om vård i livets slutskede*) has recommended, however, that a specific reference to advance directives should be added in the legislation. SOU 2001:6 p.19.

[103] Biomedicine Convention, Articles 6 and 17, GCP Directive, Article 5 (a). In the following, the notion of a legal representative is used in its broadest meaning to include *legal guardians* (persons appointed by court or a similar authority to manage the financial affairs of an incompetent person, and, if the national law allows, matters pertaining to his or her person), *custodians* (persons responsible for safeguarding a child's development and well-being), *persons authorised by special legislation* to represent another person (e.g. relatives or persons close to the patient in the Finnish Medical Research Act (Laki lääketieteellisestä tutkimuksesta Nr. 488/9.4.1999) or *persons authorised by the authorising person him or herself* to represent another person (e.g. appointing a health care proxy).

[104] Biomedicine Convention, Article 6.3 and GCP Directive, Preamble, recital 5. The latter provisions states: "The notion of legal representative refers back to existing national law and consequentially may include natural or legal persons, an authority and/or a body provided for by national law."

[105] Cf. the different meanings of 'legal representation' in this connection. The Finnish Medical Research Act (Laki lääketieteellisestä tutkimuksesta Nr. 488/9.4.1999) and the Patient Act (Laki potilaan asemasta ja oikeuksista No. 785/17.8.1992) use it in a much narrow sense than the author of this article. In the mentioned acts, the notion of a legal representative is taken to include only

the Act on Research Ethics Committees authorises close relatives or a legal guardian to consent on behalf of the patient in cases where the subject is unable to consent him or herself.[106] However, in Sweden, only legal guardians have an authority to make decisions over the person of the incapacitated patient. The limits of that authorisation are a matter of dispute.[107]

In France, the Act on the Protection of Persons Undergoing Biomedical Research[108] mentions a competent authority and a legal guardian as potential proxy decision-makers for an adult who has been declared incapacitated by the court and placed under guardianship (Article L. 209-10).[109] However, in an emergency situation, consent may also be provided by a family member (Article L. 209-9). The Act does not specify who, if anyone, has the authority to consent on behalf of an incapacitated adult outside emergency situations, if he or she is not under guardianship but nevertheless incapacitated to give informed consent him or herself. The French National Consultative Ethics Committee for Health and Life Sciences has proposed a system, whereby patients could designate a health care proxy at admittance to the hospital, if capable to do so.[110]

Another example of how legal representation has been organised comes from England and Wales, where appointing a legal guardian for health care purposes is still not possible as the government has not handed the bill on decision-making on behalf of incapacitated adults over to the parliament. Neither are the

---

persons appointed by court or persons considered as legal representatives by their status according to the general legislation on guardianship or via authorisation by the patient. See Governmental Bill on the Act on the Status and Rights of Patients (Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista) Nr. 185/1992, p. 17. See also, *Heiliö* p. 302–305 and *Kattelus* p. 324–327. In this chapter, decision-making by a legal representative refers to *all* decision-making by proxy. See the chapter on health care proxies below.

[106] Section 8.1(3) of Lov om et videnskabsetisk komitésystem og behandling av biomedicinske forskningsprojekter. Lov nr. 503 af 24. juni 1992.

[107] *Rynning* 1994 p. 299–306 and *Rynning* 2002 p. 270. According to the Governmental Bill on Ethical Review of Research (*Regeringens proposition 2002/03:50 om etikprövning av forskning* p. 138–143), medical research on adult patients who cannot give independent consent can only be conducted if the court-appointed proxy and the nearest relatives of the patient agree on the matter.

[108] Loi no 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JO, 22 déc 88. Modifiée: Loi no 94-630 du 25 juil 1994, JO, 26 juil 94. Complétant le Code de la santé publique, Livre II bis, Art L. 209-1 à L. 209-23.

[109] The 'competent authority' may consent to research with direct benefit to the adult under guardianship not posing serious foreseeable risk, and in other cases, consent may be provided by the guardian designated by the family council of the judge responsible for guardianship decisions. See also *Jansen* at 339.

[110] *The French National Consultative Ethics Committee for Health and Life Sciences* (Comité consultative national d'éthique), opinion nr. 58 on Informed consent of and information to persons accepting care or research procedures, June 12, 1998.

relatives of the patient in a position to give a valid consent on behalf of the patient. Decision-making on behalf of an incapacitated adult is made according to the general criterion of 'best interests' determined by the treating physician, which sits rather uncomfortably with most research circumstances as, literally speaking, medical research is quite seldom conducted in the very best interests of the individual patient because of the (additional) scientific interest involved.[111] Despite the lack of legal authority of consent by relatives, the guidelines given by the UK Medical Research Council stipulate for an "agreement of a relative, friend or a person acceptable to the LREC [local research ethics committee] and not directly involved in the research" to qualify as a proxy consent.[112] According to a review carried out in 1992, 25 per cent of ethics committees in UK allowed proxy consent as valid consent for research on the mentally incapacitated although consent of this kind is not legally valid under English law.[113] Evidently, a clarification on the legislation in this regard is very much needed in England and Wales.

A major reform is under way also in the United Kingdom in order to implement the GCP Directive. In the draft regulations of the UK Secretary of State for Health, the notion of a legal representative is given a very wide meaning.[114] According to the draft regulation, legal representatives in England, Wales and Northern Ireland may be either persons, who by virtue of their relationship with the proposed subject *or* by their professional capacity are suitable to act as their legal representatives for the purposes of the trial.[115] A 'professional legal representative' would, according to the proposed system, take over only if no 'personal legal representative' would be available or willing

---

[111] *Law Commission* 6.29, *Medical Research Council* 6.3.1, *Stauch et al*. p. 574 and *Lewis* p. 588–595. The division between 'best interests' and 'potentially beneficial' is affected by the difference of nature of medical treatment and medical research. Whereas in medical treatment the focus is solely on the individual, in medical experimentation the aim of the interference is always at least partly to accumulate medical knowledge for scientific purposes. Consequently, medical research can never be, strictly speaking, in the best interests of the individual, save in circumstances where no other treatment previously exists and the experimental treatment offers good chance of recovery without serious side effects. See also, *Lötjönen* 2000 p. 187–189.

[112] *Medical Research Council* 6.2.2 and 6.3.4, although the Council recognises the legal situation in 7.1.3.

[113] *Neuberger* p. 42.

[114] *Secretary of State for Health* The Medicines for Human Use (Clinical Trials) Regulations, draft 2003, Schedule 1, Part I, paragraph 2.

[115] In Scotland, where legal representation for incapacitated adults is construed by Section 51(8) of the Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000, guardian or welfare attorney who has power to consent to the adult's participation in research or adult's nearest relative could act as the potential subject's personal legal representative. Schedule 1, Part 1, para 2 (b)(i)–(ii).

to act.[116] The draft schedule does not define the nature of the relationship required from a personal legal representative towards the prospective research participant.[117] Neither does the schedule take the primacy of a personal legal representative very far. Unavailability or unwillingness to act would be sufficient reasons to turn to a professional legal representative, who can be either the doctor responsible for the health care provided to the adult in question (unless he or she is connected to the conduct of the trial) or a person nominated by the relevant health care provider.[118] The schedule does not either limit the use of professional representatives to emergency situations, where their involvement would be best suited.

Health care proxies

As an alternative to stating specific treatment or research preferences in an advance directive, the patient may want to hand pick the person to make decisions on his or her behalf in case of future incapacity out of his or her own initiative (health care proxy). The person may be, for example, a spouse, a trusted relative or a friend. The benefit of this option is that the treatment alternatives can be negotiated with the patient's representative when the details of the treatment are known more precisely than at the time of making an advance directive.[119] Additionally, the self-determination of the patient is increased by the patient being able to nominate the representative him or herself rather than a guardian be nominated by the court.[120] It may also be that even if

---

[116] *Medicines Control Agency* 5.2.2. *The Department of Health* has also issued draft guidance on consent by a legal representative on behalf of a person not able to consent under the medicines for human use (clinical trials) regulations 2003 which goes through in detail how the system would work.

[117] *The Department of Health* draft guidance on consent by a legal representative suggests a number of persons to act as a legal representative. It could be a spouse of a long-standing partner with whom the potential subject is living or it could be another person who is most familiar with the personal wishes and concerns of the potential research participant. In case of confusion, the clinician in charge of the potential subject's care shall determine who should be regarded as the potential subject's personal legal representative (paras 11–18).

[118] The health care provider should nominate and train persons for this purpose in advance. Professional legal representatives could, according to *the Department of Health* draft guidance be for example chaplains or social workers (paras 31–33). The same construction on professional legal representatives would apply in Scotland. Schedule 1, Part 1, para 2 (b)(iii)(a–b).

[119] *American College of Physicians* p. 844.

[120] *Pahlman* p. 277–279, *Raasakka et al.* p. 65–70. This option is also recommended in the Council of Europe Recommendation No. R (99) 4, principle 9, para 2. The US *National Bioethics Advisory Commission* Recommendations 14 to 16 also strongly emphasise this point.

the patient suffering from deteriorating competence is no longer able to compare the complexities of different treatment options him or herself, his or her capacity is still sufficient for appointing a close person to act on his or her behalf.[121] Hence, this option would give an opportunity for the decisionally impaired patient to influence his or her treatment as long as possible. Another, albeit more burdensome, option for the patient is to apply for a guardian at the guardianship authority and ask for a specific person to be nominated.[122]

In a situation where the health care proxy derives his or her power to act directly from law (by his or her status as a spouse or a relative), or from court-appointment, the legal validity of the decisions made by the health care proxy does not cause a problem. However, what is the legal status of a health care proxy if the person appointed does not enjoy the status of the parties described above?[123]

A short excursion is made here to Finnish law, where three alternative legal constructions may be presented as an attempt to solve the issue. One is based on the law of agency, and the two others are based on the definition of legal representation.[124]

Generally, if a person appoints an agent for financial purposes, e.g. to take part in a meeting or to negotiate a contract with another party, the authorisation is only valid as long as the authorising party holds the capacity for the act him or herself.[125] In Finland, capacity to make *financial contracts* is lost when the court declares the person incapacitated.[126] If assigning a health care proxy would be equalled to a financial contract, the authorised proxy would lose his or her authority as soon as the patient was declared

[121] This situation has been addressed, for example, with regard to medical research on asphyxiated neonates whose mothers are recovering from anaesthesia after an emergency section. See, for example, *Lötjönen* 2001 p. 124.

[122] Guardianship Services Act (Laki holhoustoimesta 442/1.4.1999), Section 12. See also, *Kalliomaa-Puha – Mäki-Petäjä-Leinonen*, p. 313–318, *Välimäki* p. 45 and *Mäki-Petäjä-Leinonen* 2003 p. 289–293.

[123] The question has been raised earlier by, for example, *Lahti* p. 32, *Pahlman* 2003 p. 277–279 and *Raasakka et al.* p. 68–70.

[124] Cf. *Pahlman* 2003, who constructs the authority of health-care proxies on the law of agency alone p. 277–279.

[125] See, for example, the Finnish Contract Act (Laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimista) Nr. 228/13.6.1929, amended by Nr. 449/1.4.1999, Section 22: "If the capacity of the principal is restricted, a transaction entered into by the agent shall have only such legal effects that it would have, had the principal himself or herself entered into it." In England and Wales, the Enduring Powers of Attorney Act 1985 was drafted to solve the very same question. It amends the Powers of Attorney Act 1971 and the common law, but its scope does not reach to decision-making on the person of the patient. See *Lush* p. 3–5.

[126] Guardianship Services Act (Laki holhoustoimesta), Section 18.

incapacitated. However, according to the Finnish Guardianship Services Act, a person who has been declared incapacitated may self decide on matters pertaining to his or her *person*, if he or she understands the significance of the matter.[127] As a consequence, it could be argued that health care proxy assignments are not to be equalled with contracts but matters relating to the person of the patient, and therefore, the health care proxy nomination would be valid at least as long as the patient was evaluated to hold capacity to make the health care decision at question. The nomination would, however, cease to be valid as soon as the patient would be considered incapacitated to make the health care decision him or herself. Both of the options above, of course, would render the whole meaning of the authorisation of health care proxies inapplicable, as the need for their action only appears when the appointee has lost his or her factual capacity.

The other option would be to see health care proxy nominations as separate from authorisations governed by the general law of agency. In Finland, the Governmental Bill on the Patient Act gives a very important clue to solve the question of legal status of health care proxies. It defines the notion of a 'legal representative' *to include* a person authorised by the patient.[128] If a person authorised by a patient is equalled to a legal guardian, a close relative or a person close to the potential research subject, the whole question of the validity of health care proxy nominations disappears.[129] However, as the broader definition of a legal representative is not stated in the text of law, the status of health care proxies still remains somewhat open. It would be recommendable that health care proxies be raised from the *travaux préparatoires* to the list in the text of the statute itself. An additional issue is that even if health care proxies were mentioned in the general legislation on patients, it does not necessarily mean that they also have a power to act under research circumstances as a similar mention was not made in the Governmental Bill on the Medical Research Act.[130] Therefore, an amendment on health care proxies would be advisable both in the Patient Act and in the Medical Research Act.

If health care proxies could not be equalled to legal guardians in the context of medical research, the third option still remains to give the decisions of health care proxies legal validity. It can be argued that by making an advance directive where a third person is designated as the patient's health care proxy, the patient has made a statement according to

[127] Laki holhoustoimesta, Section 23.2.

[128] Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista Nr. 185/1991 p. 17.

[129] Proponents of this option include *Kattelus* p. 325, *Mäki-Petäjä-Leinonen* 2003 p. 265, 288 and *Raasakka et al.* p. 69–70.

[130] Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi lääketieteellisestä tutkimuksesta sekä potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain 6 ja 9 §:n muuttamisesta Nr. 229/1998.

which the person appointed becomes 'a person otherwise close to the patient' as stated in section 7 of the Medical Research Act. Therefore his or her authority to act derives directly from law, in a very similar way to equalling health care proxies as legal guardians.

The Dutch legislation provides an even more direct authorisation for the health care proxy as proxies appointed by the patient are mentioned specifically in the Medical Research Involving Human Subjects Act, section 6(c).[131] In the UK, the Enduring Powers of Attorney Act 1985 brought along the possibility of the powers of attorney to be created which will survive the subsequent mental incapacity of the donor of the authority. The problem is, however, that both the Powers of Attorney Act 1971 and the Enduring Powers of Attorney Act 1985 only deal with financial matters and do not give the attorney any powers over the personal welfare or health of the donor.[132] In Germany, authorisation of health care proxies was made possible by an amendment in legislation in 1998.[133]

Are there any limitations as to who can act as a health care proxy for the patient (in addition to the proxy having the capacity to act him or herself)? In most jurisdictions, the legal representative has to have reached the age of maturity which in Finland is 18. Although children and young persons can make decisions concerning their own health already prior to the age of 18, decisions taken on behalf of another person require more sense of responsibility. Therefore, there seems to be no reason to the contrary to alter the requirement of maturity to apply also in appointing a health care proxy.[134]

Can the patient appoint his or her treating physician as a health-care proxy to make a decision concerning participation in research? We have already seen that there is an intrinsic conflict of interest embedded in the double-role of the investigator/treating physician in (3.2).[135] But what about the treating physician?

---

[131] Regulations on medical research involving human subjects (Medical Research Involving Human Subjects Act).

[132] A full account of the system of the powers of attorney in UK, see *Lush* esp. p. 4–12.

[133] New provisions were introduced into the BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) §§ 1904 II and 1906 V and came into force 1.1.1999. *Höfling – Demel* p. 542.

[134] Only one exception to this rule has been made in Finnish legislation. This exception concerns young parents in relation to their own children. Mother or father below 18 is generally considered as a legal custodian of his or her own child (Chapter 2 of the Child Custody and Right of Access Act (Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta), Nr. 361/8.4.1983). However, even a parent under 18 cannot make financial agreements on behalf of the child that he or she could not do for him/herself (Section 6 of the Guardianship Services Act (Laki holhoustoimesta) Nr. 422/1.4.1999).

[135] As has been duly noted in the Secretary of State for Health, The Medicines for Human Use (Clinical Trials) Regulations, draft 2003.

In some countries, for example in the UK, second opinions in treatment and/or research decisions are asked from physicians independent of the research project. Although this must first and foremost be taken as an additional safeguard and therefore considered as good practice, it cannot replace the necessity of consent by a personal representative of the patient. Consent by a physician-proxy can merely confirm the research decision from a medical point of view but he or she can hardly ever evaluate whether the decision represents the subject's own values and preferences, except in the case of a long-lasting doctor-patient relationship. In many occasions, the independence of the second opinion can also be compromised if the second physician is a close colleague to the researching physician, although not part of the project in question. In many cases, it is the treating physician who is also conducting the research. Therefore, even a treating physician as a proxy is not recommendable, but sometimes the only option available. [136]

Safeguards relating to the autonomy of the subject

Although legal representatives have been given a great deal of power over incompetent persons likely to become research subjects, safeguards are also placed in terms of restricting the decision-making of the proxy. The Biomedicine Convention only mentions one of them specifically related to medical research, namely that although the consent by a legal representative has been obtained, research measures shall not be conducted if the subject objects. According to the more general provisions on informed consent by a legal representative, the incapacitated individual shall, as far as possible, also take part in the authorisation procedure.[137]

In the GCP Directive, the effect of the subject's refusal has been phrased differently. Firstly, the person not able to give informed legal consent shall be given information according to his/her capacity of understanding regarding the trial, the risks and the benefits.[138] After receiving this information, the investigator or the principal investigator is obligated to consider the explicit wish of a

[136] The discussion on physicians as proxies is mostly connected to clinical emergencies where there is no time for contacting relatives or making inquiries on the person holding the powers for proxy decision making. Some of the elements to that debate are the same as with regard to incompetent adults in general, but there are also special features which have already been discussed in another context. For the discussion on medical research on clinical emergencies, see e.g. *Plomer* 2001 p. 345–346 and *Lötjönen* 2002 p.183–187.

[137] Biomedicine Convention, Article 17.1(v) and Article 6.3, respectively.

[138] GCP Directive, Article 5 (b).

subject who is capable of forming an opinion and assessing this information to refuse participation in, or to be withdrawn from the clinical trial at any time.[139]

Although these provisions in the two mentioned legal instruments seem to resemble each other, their legal effect is very different. The GCP Directive seems to accord the right of refusal only to those patients, who – despite their legal incapacity – are capable of forming an opinion and assessing the information given. This seems almost self-contradictory. In addition, the refusal does not oblige the investigator to obey the refusal but merely to consider it. In this respect, the GCP Directive seems to be loosening the principle of respect for the integrity of the incapacitated patient.[140] On the other hand, according to the Biomedicine Convention, the right of refusal is accorded to all patients despite their incapacity, however irrational their reaction may be.[141]

In addition to consent by the legal representative being overruled by the objection of the incapacitated subject him or herself, the GCP Directive states that the proxy consent must also more generally represent the subject's presumed will.[142] If the patient has drafted an advance directive, the proxy decision-maker will get a good idea what the patient would have wanted depending on how detailed the provisions in the advance directive are. Depending on the legal validity of advance directives in the particular country, it may be that proxy consent is not needed at all if the advance directive fulfils the criteria required of informed consent. However, advance directives are very infrequent, and as a general rule, the wish of the patient is not that easy to establish if the patient can no longer communicate or state a meaningful opinion. In addition, where the legality of an advance directive is questioned, consent from the representative of the patient is always needed.

Where an advance directive is taken as a document with full legal validity, it cannot be overridden by a legal representative. In countries where advance directives are not given a full legal status, the view of the legal representative is decisive, although in his or her decision-making the content of the advance directive should be given a strong consideration. As already mentioned in connection with advance directives, there may be many details that the patient may not have considered at the time of making an advance directive, and hence the possibility of a second evaluation of the options available may be very

[139] GCP Directive, Article 5 (c).

[140] Recommendation No. R (99) 4, Principle 1.

[141] The explanatory memorandum to the Biomedicine Convention (para 106) states that this provision "reflects concern…for the autonomy and dignity of the person in all circumstances, even if the person is considered legally incapable of giving consent." On the German discussion on the 'veto-rights' of incapacitated persons, see *Amelung* p. 10–11.

[142] GCP Directive, Article 5 (a)

useful. Further, the situation may change even during an on-going trial: new data may become available or harmful side effects may appear. In these situations, proxy decision-maker should be given a chance to reconsider both his or her own earlier decision and the decision made in advance by the research participant.[143] Therefore, giving an absolute validity to an advance directive may – even if it is done in the name of maximising self-determination – prove not to be the best option in the end.[144]

What if the decision made by the legal representative is in conflict with for example an earlier wish made by the patient to a relative or to the health care staff to attend the research project? According to the GCP Directive, the previous and presumed wishes of the patient should be respected, but if the legal representative does not give his or her additional consent to the research, the required consent procedures have not been followed and the participation of the subject is against the law. However, a question can be raised whether the research staff or other close persons to the subject may, in effect, invalidate consent given by the legal representative if they make known that the decision would actually be against the earlier wishes of the subject him or herself. This would, however, give at least the research personnel more power than duly belongs to them, as it was already seen that their impartiality can sometimes be compromised. Where another close person, however, disagrees with the legal representative, the legal emphasis of his or her views depends on whether he or she is also a potential proxy or a by-stander.

If no evidence of the subject's actual will can be obtained at the time of decision-making, the GCP Directive states that the consent of the legal representative has to represent the subject's presumed will instead of relying on the interests of the representative him or herself. The closer to the patient the proxy is, the better are his or her chances of estimating what the patient would have wanted. Therefore, appointing a third-party proxy outside the family seems to be the least preferable option and even a proxy of this kind should, according to the Directive, make a reasonable inquiry as to find out what the subject would have wished for.[145] However, if the patient can still communicate,

---

[143] Peculiar situations may appear, however, if the legal representative may, or has the duty to, retract the competent decision made by his or her principal in order to fulfil his or her duty to act in the best interests of the principal. In Germany, it is the duty of the legal representative to withdraw the incapacitated patient from a non-therapeutic trial, even if the patient had given a valid consent to it while still holding the capacity to do so. *Höfling – Demel* p. 543.

[144] For the development of this point I am grateful to both Professor *Raimo Lahti* and Dr. *Markku Helin*.

[145] *Brodaty et al*. p. 74. However, views to the contrary have also been put forward, albeit not concerning medical situations in particular. See, for example, V*älimäki* p. 60–61.

albeit he or she is considered incapacitated, negotiations with the patient should be conducted not only between the doctor and the patient in order to assess the competence and capacity, but also between the proxy and the patient in order to establish the presumed will of the subject.

Conflicts among potential proxies

Difficult situations appear when two or more potential proxies for the patient disagree about whether the patient should take part in research or not. In this kind of situation, the safest choice is not to enrol the patient into the study, if there is no clear hierarchy in the legal status of the potential proxies concerned.[146] However, in some countries legislation provides an order of priority concerning which one of the relatives or other close persons should be contacted first. In the Netherlands, for example, the order of priority for proxy consent is stated in section 6 (c) of the Medical Research Involving Human Subjects Act. Firstly, the subject's legal guardian or legal representative is to be contacted and only if such are not available, the person authorized in writing by the subject to act on his or her behalf is contacted. If such is not available either, the subject's spouse or other companion in life can be asked permission to consent to research on the incompetent adult's behalf.[147] In Finland, all proxies are considered equal according to the Medical Research Act. Situation is the same concerning normal therapeutic circumstances regulated in the Patient Act.[148] In Sweden, a

[146] Recommendation No. R (99) 4 provides in principle 22, para 4 that mechanisms for the resolution of any conflicts between persons or bodies authorised to consent or refuse consent to interventions in the health fields should be established.

[147] Regulations on medical research involving human subjects (Medical Research Involving Human Subjects Act).

[148] *Pahlman* 2003 p. 218–219. Although the law does not give preference to any potential proxy, Pahlman suggests that preference should be given to a person that the patient has nominated as his or her next of kin or as a health care proxy. Another suggestion has been made by *Raasakka et al*, who suggest the following order of preference: 1. court-appointed legal representative in the case personal decisions belong to his or her capacity, 2. health care proxy nominated by the patient him or herself, 3. patient's spouse, 4. patient's adult children, 5. patient's parents, 6. patient's adult siblings, 7. patient's adult grand children, 8. other persons close to the patient. *Raasakka et al.* can be criticised for their distinction between married spouses and other companions, as they would place unmarried partners in category 8 instead of category 3 unless the spouse is nominated as the patient's health care proxy. *Raasakka et al.* p. 87. *Helin* agrees with *Raasakka et al*. on giving the preference to a court-appointed legal representative in the case he or she has been specifically nominated to take care of decisions concerning the patient's treatment. If such has not been nominated, the priority should be given to a person nominated by the patient. *Helin* 2003.

proposal has been made according to which relatives should be contacted in the following order: spouse, children, parents, and siblings. However, as the proposal presupposes agreement between relatives and the court-appointed guardian, in essence the court-appointed guardian is placed at the first level together with the spouse.[149]

However, also the health care staff or the research personnel do have a say on the enrolment of the patient into the trial, despite advance consent or the legal representative's decision. In comparison to the right to health care, there is no such right as to take part in a trial. If the research protocol, for example, has exclusion criteria which rules out particular subjects, enrolling patients that do not meet with the criteria set in the protocol is a deviation from good clinical research practice and may endanger both the safety of the subject and the end result of the trial. Also, if statutory or recommended safeguards would suggest shortcomings in the particular patient's enrolment (for example, objection by the patient or doubts on the validity of the authorisation of the proxy), it is the *duty* of the investigator in charge to decline the participation of such a subject. Health care staff and research personnel have a duty to inform the investigator in charge also of other changes in the risk-benefit calculation which may terminate the trial any time before completion due to increased risk to the patient(s).[150]

3.3.3 Safeguards relating to the condition of the subject

As incapacitated persons are considered one group that is among the most vulnerable for exploitation, legal representation and limitations to the proxy decision-making have not been seen sufficient means for their protection. Further safeguards are still needed not only out of respect to their autonomy, but also out of respect to their integrity and physical well being. Many of the following safeguards are already included in one way or another in the Biomedicine Convention, but the GCP Directive has brought some more restrictive interpretations into the protection of incapacitated adults in clinical medical research. Most of them are improvements to the existing situation, e.g. the provision on risk monitoring, but there are also restrictions that may turn against the very population they are seeking to protect. However, before analysing the consequences, the provisions themselves need to be presented first.

---

[149] Regeringens proposition 2002/03:50 p. 143.

[150] According to the GCP Directive, Article 10 (b), the responsibility of safety measures rests with the sponsor and the investigator in case there is any new event that is likely to affect the safety of the subjects.

Primacy of individual

Since the Declaration of Helsinki, all regulations and guidelines on medical research have included the provision on the primacy of the individual. The Biomedicine Convention relates the principle not only to medical research but also to the scope of the entire Convention. The Biomedicine Convention formulates it as follows:

> *"the interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science."*[151]

Basically, in all conflicts of interest between the societal or scientific interest and the interest of the individual, the interest of the individual should take priority. The GCP Directive reiterates the long lasting principle of the primacy of the individual even more stringently by adding that the primacy of the individual should "always" take priority.[152] Although this principle is definitely one to hold on to, there are many practices and even provisions in international legislation that in essence could be seen as violating it, as will be seen.

Essential validation of data

Already the Biomedicine Convention sets a precondition according to which all research of comparable effectiveness should be first and foremost carried out on individuals capable of giving consent.[153] The GCP Directive also includes a requirement much to the same effect, according to which any research on incapacitated persons should only be conducted if it was

> *"essential to validate data obtained in clinical trials on persons able to give informed consent or by other research methods and relates directly to a life-threatening or debilitating clinical condition from which the incapacitated adult concerned suffers."*[154]

Both of the provisions bring out the principle of conducting research on incapacitated adults as a last resort. If the same results can be obtained from research on persons with capacity to give informed consent or by using other research methods, the alternative means should be used instead.

---

[151] Biomedicine Convention, Article 2.
[152] GCP Directive, Article 5 (h).
[153] Biomedicine Convention, Article 17.1 (iii).
[154] GCP Directive, Article 5 (e)

All pharmaceutical research starts with the so-called phase I studies which are safety studies usually conducted on competent healthy persons. Before that, laboratory tests and animal experimentation have taken place. If the substance is considered safe, the process moves on to further phases which measure efficacy of the substance in the target population. However, if the substance was already known or suspected to be toxic for healthy persons (e.g. similar to cytotoxins), it would be considered unethical to deliver it to healthy subjects. In this case, the research moves directly from testing with animals into tests with the target population, which in the case of cytotoxins are the people who suffer from cancer. Against the risk of death, even the dangerous side effects of cytotoxins are justified. However, cancer itself does not render most of us incapacitated to consent and therefore, as long as valid and free informed consent is obtained, the potential ethical problems of this kind of research remain much less than in research with incapacitated persons.

Another example of treatment that may be potentially hazardous is stem cell therapy or gene therapy used to replace missing or faulty genes or cells in the human body. Stem cell grafts, for example, have been successfully inserted into the brain of some Parkinson patients, some of whom have gained back their mobility and more independent life-style.[155] Parkinson's disease as such does not normally affect decision-making capacity,[156] but there have been plans on developing similar treatments also to Alzheimer's disease. Although research of this kind should also be first conducted on patients that can give consent themselves, there may be situations where this is not possible. Article 5(e) on essential validation of data in itself allows research which moves directly from laboratory and animal experiments into experiments with the incapacitated target population. However, further preconditions are placed below that invalidate this option if no direct benefit to the patient can be expected prior to the trial.

Direct relevance to life threatening or debilitating clinical conditions

The same Article in the GCP Directive also requires that the trial needs to be linked to life threatening or debilitating clinical conditions and more specifically to the cause for incompetence that the research participant suffers from. The Biomedicine Convention makes this kind of limitation only with regard to non-therapeutic trials and more specifically, to trials that are capable of conferring

[155] *Hagell et al.* p. 1124 and 1126.
[156] *Rinne* p. 171.

benefit "to other persons in the same age category or afflicted with the same disease or disorder or having the same condition". As the GCP Directive requires that the trial must be linked to life threatening or debilitating clinical condition of the patient regardless of the potential direct benefit, it narrows down the scope of research that can be conducted considerably. However, does it limit research too much? As even therapeutic trials involve additional risks to the participants, is it necessary that incapacitated patients should also be in the front line?

There may be situations, where the evidence of therapeutic benefits is already so convincing that placing such restrictions seems more harmful than protective, but as a general rule, the restriction serves its place.[157] If a group of dementia patients suffer from a heart condition, it does not follow that research on heart conditions is necessary to conduct on that particular patient-group. In this case, the requirement of essential validation of data is not satisfied even if the aim of the research would be relevant to the patients according to the broad criteria stated in the Biomedicine Convention. However, as all possible research topics cannot be estimated, I would suggest a broad interpretation to the notion of debilitating clinical conditions. Reading the provision restrictively could result into unnecessary limitations.[158] Giving the clause a sufficiently broad interpretation must belong to the margin of appreciation of the Member states.

Benefit to the individual

Since the Declaration of Helsinki, medical research has been divided into two categories: one that is conducted with the connection of the treatment of the patient (therapeutic research) and one that is unrelated to the treatment of the patient (non-therapeutic research). In time, the division has become more sophisticated although the idea behind the division has remained the same, i.e. protection of patients in need of treatment.[159] The Biomedicine Convention differentiates research that has "the potential to produce real and direct benefit"

---

[157] *Keyserlingk et al.* propose that demented incapacitated patients should also be allowed to participate in therapeutic studies unrelated to their debilitating condition. *Keyserlingk et al*. p. 325. See also *Brodaty et al*. p. 76 and *Wendler* p. 330.

[158] As *Plomer* 2001 p. 343 suggests.

[159] According to *Keyserlingk et al*., "a direct benefit means a short- or long-range improvement, or a slowing of a degenerative process, in the specific medical condition of the relevant subject…such direct benefits include those resulting from diagnostic and preventative measures." Indirect benefits include, according to *Keyserlingk et al* p. 327, "…for example, diversion from routine, the opportunity to meet with other people and to feel useful and helpful, or the greater

to the subject's health and research that does not have that potential.[160] Only exceptionally should incompetent adults be subjected to research that does not carry the potential for direct benefit.[161] The two additional conditions that the Biomedicine Convention gives out for non-beneficial research are that there is a possibility of a benefit to the group of persons that the research subject belongs to and that the research entails only minimal risk to the subject him or herself.

The provision in the GCP Directive on the requirement of expected benefit to the individual is much more stringent than the one in the Biomedicine Convention. According to the GCP-Directive, in order for research to be allowed on incapacitated adults, there has to be

> *"grounds for expecting that administering the medicinal product to be tested will produce a benefit to the patient outweighing the risks or produce no risk at all".*[162]

As all medical procedures, not to speak of experimental procedures, carry a risk of injury in one form or another, the clause seems to put us against the wall. It seems to state that only research that may produce a benefit to the patient is allowed, as the other alternative, i.e. no risk at all, is not a practicable option. Even the least riskiest research procedures do involve a risk: taking additional venipunctures, electrocardiograms, X-rays, CT-scans or MRI-scans all involve a minimal risk of injury, if not by the procedure itself, then by the risk of accident on the way to or in the treatment room, which, in the case of elderly people, is not so uncommon as one would think. The risk may be minimal or it may be negligible, but it is an additional risk and inconvenience nevertheless. Only non-interventional observational research, where no touching of the patient occurs, seems to remain permissible if no real health benefit to the patient can be expected.

However, if the clause is given a closer look, one notices that the risks and benefits referred to in the provision are related to *administering the medicinal product* rather than any other procedure. Other procedures could include, for example, measuring the blood pressure or taking occasional blood samples to

---

access provided to professional care and support." Although *Keyserlingk* et al. are not interpreting the Biomedicine Convention, but creating a Canadian guideline, the definitions are useful also in the European discussion.

[160] Biomedicine Convention, Article 17.1 and 17.2.

[161] This condition is also supported by the Council of Europe Recommendation No. R (99) 4, Principle 22. However, exceptionally, limited derogation from the criterion of direct benefit is allowed provided in principle 24 that there is additional protection to minimise the possibility of any abuse or irregularity.

[162] GCP Directive Article 5 (i).

evaluate the flow of the pharmaceutical substance in the patient's circulation. If one would follow closely the letter of the GCP Directive, the risks involved in these kinds of procedures would *not* need to be weighed against the benefits of the medicinal product as they are not directly connected to the *administering* of the medicinal product. Admittedly, this line of interpretation does seem to circumvent the underlying aim of the clause.

However, although it seems that medical research is not allowed if a therapeutic effect of the medicinal product cannot be expected, also the so-called non-therapeutic research is needed. In most cases the earlier phases of developing medicinal products may be conducted on healthy subjects in order to test the safety. However, the efficacy of the product cannot be tested on other population than the population that suffers from the disease. There are some illnesses that advance step by step (e.g. dementia), and at an early stage of the illness the patient may still be competent to give informed consent. However, with some other diseases this is not possible (e.g. victims of an acute stroke or an accident rendering the patient incompetent) although the early efficacy-tests – where no real likelihood on the desired effect can be given – are still required. Also, as earlier indicated, some of the safety tests may require the involvement of the target population from very early on if the risk of adverse effects rises very high. These trials will be very rare, but nevertheless may be very much needed and should not be forbidden out of hand as the GCP Directive seems to do.

Placebos

The alternative no-risk requirement also seems to question placebo-controlled trials. These trials are trials with non-active substance as a control which aim to provide a more reliable standard of proof of the absolute efficacy of the substance in question rather than compared benefit to an already existing medication (active control).[163] However, although the test results may be more reliable, the negative effect is that the control group which receives placebo does not receive any treatment at all or only to the extent that may be explained by the so called placebo effect.[164] This is generally not allowed in connection with illnesses where medicines with proven efficacy already exist. However, no international legal texts mention placebos, not even the GCP Directive.

---

[163] EMEA Note for guidance on choice of control group in clinical trials p. 19.

[164] Placebo effect is caused by the psychological effect of actually receiving treatment although no active medicinal substance is given to the patient. On placebos, see, for example, Vartti p. 25.

An attempt to regulate them has been made in the Helsinki Declaration which states that

> *"the benefits, risks, burdens and effectiveness of a new method should be tested against those of the best current prophylactic, diagnostic, and therapeutic methods. This does not exclude the use of placebo, or no treatment, in studies where no proven prophylactic, diagnostic or therapeutic method exists."*[165]

The footnote added as clarification to the principle 29 is also extremely important. It states:

> *"…However, a placebo-controlled trial may be ethically acceptable, even if proven therapy is available, under the following circumstances: where for compelling and scientifically sound methodological reasons its use is necessary to determine the efficacy or safety of a prophylactic, diagnostic or therapeutic method; or where a prophylactic, diagnostic or therapeutic method is being investigated for a minor condition and the patients who receive placebo will not be subjected to any additional risk of serious or irreversible harm."*

How does this go together with the provision of the GCP Directive that forbids clinical trials without a direct benefit to the individual or with the provision that states the primacy of the individual? EMEA, the European Agency for the Evaluating Medicinal Products, has given out a note for guidance on choice of control group in clinical trials,[166] but the guideline does not take a stand on regulatory affairs. It merely gives guidance on the methods of best statistical outcomes for the given trial objective and states the preference of placebo-controlled trials in various connections, albeit recognising the related ethical problems. However, considering that the guideline stems from one of the central agencies under the European Union less than a year before the GCP Directive was approved, it would seem highly unlikely that the GCP Directive sought to prohibit methods recommended by one of the agencies belonging to the very same organisation. However, some placebo-controlled trials – not all of them – represent an ethical dilemma between the interest of scientific validity and the interest of the individual patient. It would seem that a decision should be taken against the placebo-controlled trials whenever they are justified only on scientific grounds. This is where the principle of the primacy of the individual would direct us.

---

[165] World Medical Association, Declaration of Helsinki (2000), Principle 29.

[166] EMEA Note for guidance on choice of control group in clinical trials.

Minimising of risk and monitoring

The Biomedicine Convention includes a provision that allows only minimal risk to be attributed to subjects that are not capable of giving informed consent individually. This provision applies specifically to non-therapeutic research. The GCP Directive gives a more accurate account on the different situations where the risk-benefit calculation has to be made. It dictates that clinical trials shall be designed to minimise pain, discomfort, fear and any other foreseeable risk in relation to the disease and developmental stage. In addition, both the risk threshold and the degree of distress shall be specially defined and constantly monitored.[167] Some research may involve more than minimal risk, but may offer rather good likelihood of health benefit compared to standard treatment.[168] Therefore, instead of setting fixed risk thresholds that are not adjusted according to the trial,[169] the aim of minimising the risk and fear connected with the experiment is a welcomed amendment. In addition, the provision on minimising risk in the GCP Directive applies both to therapeutic and non-therapeutic research alike.

The GCP Directive also requires constant monitoring of keeping to the risk levels that were initially declared. This is an improvement to earlier provisions, although there is an evident risk of rising the costs of the so called academic research which is not funded by the pharmaceutical industry but from public funds. However, the need for safeguarding the rights of incapacitated patients remains the same in both cases. Therefore, it is justified that the provisions apply to both kinds of research. As we saw earlier, the precondition that the GCP Directive sets for non-therapeutic research especially is no risk at all. Therefore, in practice, this provision would only apply to therapeutic trials.

3.3.4 Procedural safeguards

Ethical review and expertise of the patient population

Review of research protocols prior to the initiation of the trial is not a new requirement. However, the GCP Directive goes further than that and requires

---

[167] GCP Directive, Article 5 (f).

[168] *Keyserlingk et al.* provide a list of examples involving minimal risk: routine observance, data collection, answering a questionnaire, epidemiological surveys, venipuncture, blood sampling and neuropsychological testing, p. 330. However, it should be remembered that some of the risks that may seem minimal to us, can be considered more harmful and distressing to a dementia patient. See *Brodaty et al.* p. 77.

[169] Cf., however, GCP Directive, Article 5 (i).

specific expertise in the relevant disease and the patient population concerned from the ethics committee that reviews research protocols aiming to conduct trials with incompetent patients.[170] Nevertheless, as ethics committees may not be this specialised in all Member States, the GCP Directive also leaves out the option for the ethics committee to take expert advice from external sources, such as experts in neurology, psychiatry, or patient organisations such as member organisations of Alzheimer Europe.

Prohibition of financial gain

The prohibition of financial gain forbids incentives or financial inducements just as the Biomedicine Convention does at a more general level, but the GCP Directive applies this restriction only to children and incapacitated adults.[171] The prohibition applies both to the subject him or herself and the legal representative as a beneficiary. However, as the focus of this study is on incapacitated adults, the conflict in the scope of the restriction does not affect the interest of this study. However, the question remains: where does the line go between incentives and expenses? The Biomedicine Convention prohibits the human body and its parts giving rise to financial gain and the GCP Directive prohibits any incentives or financial inducements except compensation. Which category should compensation for inconvenience or free medication belong to? Compensation for inconvenience can hardly be considered as an expense which should be reimbursed for the subject who is incapable of considering all aspects concerned or his or her legal representative. However, free medication can also be thought of as an incentive, but much more justifiable as a direct cost from taking part in the trial.

4. FORTHCOMING SOLUTIONS

Many of the afore mentioned problems and questions that have not been addressed in the international legislation previously, will be taken into account

[170] GCP Directive, Article 5 (g). In Denmark, the ethics committee may decide that a supervisor or a supervising committee should follow the course of the experiment and report to the ethics committee at predetermined times. *The Danish Central Scientific Ethical Committee*, Guidelines on biomedical experiments.

[171] Biomedicine Convention, Article 21 and GCP Directive, Articles 4 (d) and 5 (d).

in the Additional Protocol of the Biomedicine Convention on Biomedical Research by Council of Europe.[172] The Draft Additional Protocol was released for national consultation in July 2001 and the final version of the Additional Protocol is currently under review by the Steering Committee. If agreed, the Draft Protocol will be submitted to the Parliamentary Assembly for consultation prior to submission for final adoption by the Committee of Ministers. The adoption of the Protocol is expected to take place during 2003.

For example, in addition to a general clause on undue influence on persons participating in research, the additional protocol includes a specific provision on the duty of an ethics committee to be satisfied that dependent persons and vulnerable groups will not be subjected to undue influence (Art 14 and 15). The explanatory report connected to the draft additional protocol recommends that the notion on vulnerability should be given a very broad meaning, following the line of interpretation taken in the CIOMS guidelines.[173] Evidently, the notion of dependency also includes for example elderly patients in nursing homes. Concern for vulnerable groups is further emphasized in the draft Article 17, which regulates the nature and form of consent to biomedical research. It also includes a provision which emphasizes the need for arrangements for verifying the capacity of the potential research subject where the capacity of the person is in doubt (Art. 17.3). Article 18 states the preconditions for biomedical research on persons not able to consent to research and Articles 22 and 23 state conditions for enrolling persons deprived of liberty or patients who are pregnant or breastfeeding, respectively.

Article 18 on the preconditions for biomedical research on persons not able to consent to research resembles Article 17 in the original Biomedicine Convention. However, it sets more subtle preconditions for biomedical research than the general Biomedicine Convention itself. Additional features to the earlier text are, for example, that where possible, the persons undergoing research have been informed of their rights and the safeguards prescribed by law for their protection [Art 18.1 (iii)], that the informed consent by legal representatives shall take into account previously expressed wishes or objections, and that an adult not able to consent shall as far as possible take part in the authorisation procedure [Art 18.1 (iv)]. These features can already be found in the GCP Directive.

As the general Biomedicine Convention itself, the draft additional protocol leaves room for research that does not have the potential to produce results of

[172] *Draft additional Protocol* to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Biomedical Research.

[173] *Draft Explanatory report* to the draft additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Biomedical Research, see esp. paras 66–68.

direct benefit to the health of the person concerned as long as: i) the research has the aim of contributing, through significant improvement in the scientific understanding of the individual's condition, disease or disorder, to the ultimate attainment of results capable of conferring benefit to the person concerned or to other persons in the same age category or afflicted with the same disease or disorder or having the same condition, and ii) the research entails only minimal risk and minimal burden for the individual concerned (Art 18.2).

It is noteworthy, however, that an amendment has been made to the point of minimal risk which forbids any consideration of additional potential benefits of the research to be used to justify an increased level of risk or burden. This clause is problematic as it seems to contradict the approach taken in the GCP Directive where the risk threshold is flexible and relative to the potential benefits of research.[174] It is also problematic because the earlier paragraph (Art 18.1) on research that does entail a potential health benefit does not contain such a precondition on minimal risk. By definition, the situations where the second paragraph is to be applied, should not entail such potential health benefits that would result into a more liberal interpretation of minimal risk. However, the amended provision on additional potential benefits does not necessarily refer to health benefits, but to benefits of research in general, which may be financial benefits to the hospital, scientific benefits to advances in special area of medical sciences etc. If benefits of this kind would have an effect on the risk threshold, it would result into the interest of society or science having priority over the interest of the individual. Seen in this light, the amendment makes much better sense and is a welcomed addition to the earlier criterion.

The criterion of minimal risk is more closely examined in Article 20. Minimal risk is explained in this provision as "a very slight and temporary negative impact on the health of the person concerned." Further, the inconvenience caused by participation in research is considered minimal if "it is to be expected that the symptoms or unpleasantness will be, at the most, temporary and very slight." In assessing the burden for an individual, a person enjoying the special confidence of the person concerned is to be trusted to make the assessment where appropriate.

The draft additional protocol also takes a stand in the controversial issue of research in emergency clinical situations which seems to have been left outside the limits of the GCP Directive.[175] According to the draft protocol, research in

[174] This only applies, however, to the so-called therapeutic research as research without potential health benefit to the incompetent adults is not allowed under the GCP Directive if it entails any risk whatsoever.

[175] On research in clinical emergencies, see *Lötjönen* 2002 and *Plomer* 2001.

emergency clinical situations where a person is not in a state to give consent and it is impossible to obtain the authorisation by a legal representative, biomedical research is still allowed, but subject to the preconditions stated in Article 21 of the draft protocol. These conditions include that i) research of comparable effectiveness cannot be carried out on persons in non-emergency situations; ii) the research project may not be undertaken if it has not been approved specifically for emergency situations by the competent body; iii) persons participating in the emergency research shall be provided with all the relevant information as soon as it becomes possible; and iv) consent or authorisation for continued participation shall be obtained as soon as reasonably possible.

The Article may be criticised for an overly liberal attitude towards emergency research as it does not set any additional requirements to the nature of trials that may be performed in comparison to non-urgent research on incompetent adults. A question can be raised about whether additional restrictions should be placed to compensate for the removal of the protection provided by the legal representative, which is absent in situations described in this provision. However, considering the nature and severity of emergency situations, lowering the risk threshold, for example, seems impracticable as it is these very conditions where the patient, if competent, could be presumed to be willing to take more risks in order to receive the best treatment in order to save his or her life or to be protected from severe consequences to his or her health, even if this treatment is experimental.

Last but not least, the draft protocol on biomedical research could be the first international legal instrument that takes a stand on the placebo-controlled trials. Article 30 of the draft protocol states that "placebo treatment may only be used in cases where there is no treatment of proven effectiveness, or where withdrawal or withholding of active treatment does not present unacceptable risk or burden." In the same article it is further stated that research shall not delay or deprive participants of medically necessary preventive, diagnostic or therapeutic procedures and that in research associated with prevention, diagnosis and treatment, patients assigned to control groups shall be assured of proven methods of prevention, diagnosis and treatment. What the article still does not say is whether placebo controlled trials can ever be seen as trials offering a 'real and direct health benefit to the individual participating a trial'. Some trials, such as trials where antidepressants or painkillers are tested, actually do seem to provide empirical evidence on the therapeutic effect of placebo, but the effect is much lower with experiments on substances targeted to lower blood pressure or to treat any kind of infectious diseases. However, the general opinion seems to be that if the overall intention of the trial as a whole is to test a substance which does have a potentially beneficial effect on the subjects, the trial as a whole is

considered to have a real and direct health benefit to the subjects taking part in the project despite the fact that it is already known prior to the commencement of the study that some part of the patients are going to receive a placebo instead of the potentially beneficial substance that is being tested. Nevertheless, as the evaluation of the trial is done *in casu* by ethics committees, the fact that the trial involves a placebo does not make it necessary to categorise the trial either way until the design of the trial is known in more detail.

5. CONCLUSION

Research on incapacitated adults is generally thought to be needed, but opinions differ on under which conditions research of this kind should be conducted. One question posed at the outset remains to be addressed: are non-therapeutic measures allowed under the present scheme? Before addressing this question, let us summarise shortly where we have got thus far and make the conclusions on that basis.

As the legal and ethical justification for clinical medical research varies considerably depending on whether the potential research subjects are capable or incapable of consenting to the trial independently, the crucial moment in the practice of clinical research is the evaluation of capacity. Although quite advanced debate has taken place on this issue even at a legal level, especially in the common law countries, it is still an area where the medical profession carry most of the responsibility in real life. The aim of this study was not to propose more stringent legal standards for capacity evaluation. It is recognised that such would not be advisable or practicable. However, it is certainly an area where more discussion between the medical and legal profession should take place to ensure that both sides are speaking the same language and applying the same standards. Professional organisations ought to make recommendations of the best standards for capacity evaluation for different conditions and evaluation practices ought to be enhanced to ensure the impartiality of the capacity assessment. This may, in some cases, even include the involvement of a third person independent of the trial. Ethics committees also have an important role. According to the GCP Directive, ethics committees should have sufficient expertise to ensure that each research protocol takes into account the special needs of incapacitated adults and has sufficient safeguards to protect the rights of such research subjects. One aspect to take into account is that appropriate, purpose-specific standards for capacity evaluation are used.

Many studies can be conducted on either healthy volunteers or adult patients

with deteriorating competence but still capable of making decisions on their own person. Lawyers, physicians and ethicists all agree that as far as possible, all non-therapeutic research ought to be conducted with persons who are still capable of giving informed consent on their own behalf. There are different views on whether research that carries a potential direct benefit to the health of the participant should be governed by the same criteria. Legal texts such as the Biomedicine Convention and the GCP Directive take the more restrictive view and state that if the same results can be obtained by studies with persons capable of giving informed consent, research with incapacitated persons should not be conducted, irrespective of direct potential benefit to the subject. The GCP Directive further states that the research has to relate to a life-threatening or debilitating clinical condition from which the adult concerned suffers. However, although the principle of last resort should be applied to clinical medical research on incapacitated adults to the fullest, some space should still be left for both therapeutic and non-therapeutic research on incapacitated adults.

For all clinical medical research, informed consent is required, one way or another. If research is conducted with incapacitated adults, valid informed consent has to be given by a legal representative. Different countries have various mechanisms for recognition of legal representatives and neither the Biomedicine Convention nor the GCP Directive have attempted to harmonise them; nor should they. However, it is important that the voice of the research participant comes through at all levels. In addition to the consent of the legal representative, the objection of the incapacitated participant is given legal importance. The Biomedicine Convention seems to put a stronger emphasis on the element of objection compared to the GCP Directive, where the investigators are not strictly bound to it. The human rights oriented view of the Biomedicine Convention is to be preferred and the countries which have ratified the Biomedicine Convention (or the European Convention on Human Rights for that matter), are also bound to that view rather than the GCP Directive, as more comprehensive standards are appreciated by the Directive.

However, the GCP Directive also introduces enhancements to involve the research participant more closely in the informed consent process. Although the Biomedicine Convention includes the principle of involving the incapacitated person in the authorisation procedure as far as possible, the GCP Directive has additionally a specific provision on information disclosure to the participant and a provision, according to which consent given by the legal representative must represent the subject's presumed will. Indeed, the GCP Directive leaves option open for clinical medical research being conducted without any of the additional restrictions placed on clinical trials on incapacitated adults, if a valid informed consent to the trial has been given before the onset of incapacity.

Above, it has been proposed that although the benefits of advance directives of this kind are recognised, their practical value as a tool for facilitating medical research may not be considerable.

Therefore, the additional restrictions that the Biomedicine Convention and the GCP Directive place on the involvement of incapacitated adults in clinical medical research are of central interest. The first of these is the requirement of minimising and monitoring the risk and burden involved in the trial. In the GCP Directive, this condition applies to all clinical trials on incapacitated adults. In the Biomedicine Convention, the additional restrictions are adjusted according to the category of research, which depends on the potentiality of the research to produce results of direct benefit to the health of the person concerned. In this study, these categories have been called as therapeutic and non-therapeutic research, according to whether such health benefit is potential or not. According to the Biomedicine Convention, non-therapeutic research is authorised only in exceptional cases, where the research entails only minimal risk and minimal burden for the individual concerned, and the research has the aim to produce a benefit to other persons in the same age category or afflicted with the same disease or disorder or having the same condition. In the category of therapeutic trials, the general standard of the proportionality of risks and benefits is applied.

Thus, we have come to the last question to be addressed: are non-therapeutic clinical trials acceptable under the present legislative scheme in Europe? If non-therapeutic trials are defined using the categorisation of Article 17 of the Biomedicine Convention, they are acceptable, albeit only in exceptional circumstances and under additional restrictions stated above. However, the last restriction listed in Article 5 of the GCP Directive states that clinical trials on incapacitated adults are allowed only if there are grounds for expecting that administering the medicinal product to be tested will produce a benefit to the patient outweighing the risks or produce no risk at all. Comparing these two Articles, there does not seem to be a way out. Article 5 allows only therapeutic trials with minimised risk or trials with no risk at all. Non-therapeutic trials with any additional risk caused by the administration of the medicinal product are therefore not allowed in Europe.

Where does this conclusion leave us? Should we feel happy that our demented elderly, persons suffering from the most severe mental illnesses or developmental disorders are now safe and protected? Perhaps some of us feel that way. However, in the worst scenario, this conclusion may result in research and development of new treatments in these areas coming to a halt. Alternatively, early trials of non-therapeutic stages are conducted in countries where the restrictions are not so tight. Unfortunately, the professional ethics or safety standards in those countries might not reach European standards. Can we

really close our eyes from that and choose to see only the end products that may come for our grandparents' or parent's benefit, and, in a couple of decades, for our own benefit? Personally, I disagree, and I would rather have seen the standards of the Biomedicine Convention remain and research of this kind continue under exceptional circumstances in Europe. I also restate my doubts on whether drafting the GCP Directive in its current form actually fell under the scope of the powers of the European Union at all.

This is partly because the most likely outcome is that also non-therapeutic research will continue to take place. It may do so even in Europe. The strict formulations of the GCP Directive leave us at least two options: conducting the early phases of trials as individual case studies under the label of innovative therapy, or reinterpreting the notion of potential direct benefit to include also trials where the evidence is still very weak, although where some hope of efficacy exists.

Both solutions have their negative consequences. Innovative therapy escapes the scrutiny of ethics committees and other additional safeguards designed to protect the research subjects participating in medical experiments. In the case of purely therapeutic measures this is entirely acceptable, but if an experimental measure is masked as innovative therapy in order to by-pass the regulatory restrictions, we are opening a gate to a minefield of good intentions but with potentially dangerous consequences.

Lowering of the standard of real and direct health benefit, on the other hand, will seriously undermine the concept even further away from the principle of 'best interests' which is the general golden standard for decision-making on behalf of incapacitated persons. This would include stipulations such as 'taking part in a trial is beneficial for the incapacitated adults in general because of the additional attention and better monitoring' or 'it is not the administering of the medicinal product that poses risk, but taking the blood samples afterwards to monitor the absorption'. Lines of this kind will result in a situation where nobody really knows where the limit between the acceptable and the unacceptable lies. Therefore, the most open approach would have been to continue to allow non-therapeutic trials under exceptional circumstances and under the close scrutiny of ethics committees. Although I am convinced that the reforms made in the GCP Directive were made in good faith, the outcome is prone to facilitate the existence of double standards, both between the European countries and globally.

6. LIST OF REFERENCES

Alzheimer Europe: Estimated number of people with dementia in 2000 (http://www.alzheimer-europe.org/JMA/English/welcome.html, accessed 31.5.2003)

Alzheimer Europe: Opinion on participation of people with dementia in research, in particular on the Council of Europe Convention on Biomedicine and Human Rights and the Draft Additional Protocol to the Convention on Biomedical Research. (www.alzheimer-europe.org/JMA/English/general_info.html, accessed 31.5.2003).

Alzheimer Europe: Recommendations on how to improve the legal rights and protection of adults with incapacity due to dementia. Luxembourg 2001.

Alzheimer's Disease International: The prevalence of dementia. Factsheet 3, April 1999. (http://www.alz.co.uk/adi/pdf/3preval.pdf, accessed 31.5.2003).

Amelung, Knut: Competency to Consent – A German Approach. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8/1, 1–12, 2000.

American College of Physicians: Cognitively Impaired Subjects, Position paper. *Annals of Internal Medicine* 1989;111:843–848.

Appelbaum, Paul S: Missing the Boat: Competence and Consent in Psychiatric Research. *The American Journal of Psychiatry* 1998;155:1486–1488. (*Appelbaum* 1998)

Appelbaum, Paul S – Grisso, Thomas: Assessing Patients' Capacities to Consent to Treatment. *The New England Journal of Medicine* 1988:319:1635–1638. (*Appelbaum – Grisso* 1988)

Appelbaum, Paul S – Roth, Loren H: Competency to Consent to Research. *Archives of General Psychiatry* 1982;39:951–958. (*Appelbaum – Roth* 1982)

Berg, Jessica Wilen – Appelbaum, Paul S – Grisso, Thomas: Constructing Competence: Formulating Standards of Legal Competence to Make Medical Decisions *Rutgers Law Review* 1996;48(2):345–396 (*Berg et al.*).

Berghmans RLP: Advance directives for non-therapeutic dementia research: some ethical and policy considerations. *Journal of Medical Ethics* 1998;24:32–37.

Beyleveld, Deryck: Why Recital 26 of the E.C. Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions should be Implemented in National Law. *Intellectual Property Quarterly* 2000;1:1–26.

British Medical Association and Law Society: Assessment of Mental Capacity – Guidance for Doctors and Lawyers. British Medical Association 1995.

Brodaty, Henry – Dresser, Rebecca – Eisner, Margaret – Erkinjuntti, Timo – Gauthier, Serge – Graham, Nori – Jonker, Cees – Sachs, Gregory – Whitehouse, Peter (working committee). Consensus statement: Alzheimer's Disease International and International Working Group for Harmonization of

Dementia Drug Guidelines for Research Involving Human Subjects with Dementia. *Alzheimer Disease and Associated Disorders* 1999;13:71–79. (*Brodaty et al*.)

Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS): International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects. Geneva 2002. (http://www.cioms.ch/frame_guidelines_nov_2002.htm, accessed 31.5.2003)

Craig, Paul – de Búrca, Gráinne: EU Law: text, cases, and materials (2nd ed.) Oxford University Press, Oxford 2003.

Craven, M: Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law. *European Journal of International Law* (2000), Vol. 11 No.3, 489–519 at 492.

The Danish Central Scientific Ethical Committee: Guidelines on biomedical experiments. November 2000. (http://www.forsk.dk/eng/cvk/publ/biomedexp/index.htm, accessed 31.5.2003)

Dworkin, Ronald: Life's Dominion – An Argument about Abortion and Euthanasia. HarperCollinsPublishers. London 1993.

Earnst, Kelly S – Marson, Daniel C – Harrell, Lindy E. Cognitive Models of Physicians' Legal Standard and Personal Judgments of Competency in Patients with Alzheimer's Disease. *Journal of the American Geriatrics Society* 2000;48:919–927. (*Earnst et al*.)

Edwards, SD: An argument against research on people with intellectual disabilities. *Medicine, Health Care and Philosophy* 2000;3:69–73.

Ethical issues in biomedical research with cognitively impaired elderly subjects. Final report of a concerted action funded by The European Commission DG-XII Science, Research and Development; within the' Biomedical and Health Research Programme' BIOMED 1, Contract CT93-1701, coordinated by The Institute for Bioethics, Maastricht, The Netherlands 1996. (*Ethical issues in biomedical research*)

French National Consultative Ethics Committee for Health and Life Sciences, opinion nr. 58 on Informed consent of and information to persons accepting care or research procedures, June 12, 1998. (http://www.ccne-ethique.fr/english/start.htm, accessed 31.5.2003).

Fulford, KWM – Howse, K: Ethics of research with psychiatric patients: principles, problems and the primary responsibilities of researchers. *Journal of Medical Ethics* 1993;19:85–91.

Grisso, Thomas – Appelbaum, Paul S: Comparison of Standards for Assessing Patients' Capacities to Make Treatment Decisions. *American Journal of Psychiatry* 1995;152:1033–1037. (*Grisso – Appelbaum* 1995)

Grisso, Thomas – Appelbaum, Paul S: Assessing Competence to Consent to

Treatment – A Guide for Physicians and Other Health Professionals. Oxford University Press, New York 1998. (*Grisso – Appelbaum* 1998)

Hagell P – Schrag A – Piccini P – Jahanshahi M – Brown R – Rehncrona S – Widner H – Brundin P – Rothwell JC – Odin P – Wenning GK – Morrish P – Gustavii B – Björklund A – Brooks DJ – Marsden CD – Quinn NP – Lindvall O. Sequential bilateral transplantation in Parkinson's disease. *Brain* 1999;122:1121–1132 (*Hagell et al.*).

Hannikainen, Lauri: Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law – Historical Development, Criteria, Present Status. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1988.

Hartlev, Mette: Mennesker som forsøgspersoner – beskyttelse af den personlige integritet og autonomi (Humans as research subjects – protection of the personal integrity and autonomy). *Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv* (Constitutions and human rights from the Danish and European perspective) (Ed. Kjærum, Morten – Slavensky, Klaus – Vedsted-Hansen, Jens). Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997, p. 211–240.

Heiliö, Pia-Liisa: Asiakkaan itsemääräämisoikeus ja hänen edustajansa (Self-determination and representation of the client*). Sosiaali- ja terveyspalvelujen lainsäädäntö käytännössä* (Legislation on Social and Health Services in Practice) (Ed. Narikka, Jouko) Tietosanoma. Helsinki 2001, p. 302–308.

Helin, Markku: Edunvalvojan päätösvallan rajoista (The limits of the powers of the curator) *Lakimies* 6–7/2001, p. 1070–1088.

Helin, Markku: Lapsi ja vajaakykyinen potilaana (A child and an incapacitated adult as a patient). *Suomen Lääkärilehti* 2003 (in press).

Helmchen, Hanfried: Biomedizinische Forschung mit einwilligungsunfähigen Erwachsenen. *Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung?* (Ed. Taupitz, Jochen). Springer, Berlin – Heidelberg 2002, p. 83–115.

High, Dallas M – Whitehouse, Peter J – Post, Stephen G – Berg, Leonard: Guidelines for Addressing Ethical and Legal Issues in Alzheimer Disease Research: A Position Paper. *Alzheimer Disease and Associated Disorders* 1994;8(supp 4):66–74. (*High et al.*)

Hofman, A – Rocca, WA – Brayne, C – Breteler, MMB – Clarke, M – Cooper, B – Copeland, JRM – Dartigues, JF – da Silva Droux, A – Hagnell, O – Heeren, TJ – Engedal, K – Jonker, C – Lindesay, J – Lobo, A – Mann, AH – Mölsä, PK – Morgan, K – O'Connor, DW – Sulkava, R – Kay, DWK – Amaducci, L: The prevalence of dementia in Europe: a collaborative study of 1980–1990 findings. *International Journal of Epidemiology* 1991;20:736–748. (*Hofman, A. et al.*)

Hybel, Ulla: *Forsøgspersoner*. Om den retlige beskyttelse af mennesker, der deltager i biomedicinsk forskning i Denmark. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1998. (*Hybel* 1998)

Hybel, Ulla: Nordiske patientrettigheder (Nordic rights of patients). Analyse of muligheder for etablering af et nordisk kodeks for patientrettigheder samt beskrivelse af de nordiske landes lovgivning (Analysis of the possibility to establish a Nordic code of rights of patients and description of legislation of Nordic countries), Nordisk ministerråd, *TemaNord* 2002:540, 2002. (*Hybe*l 2002)

Hänninen, Tuomo – Pulliainen, Veijo: Neuropsykologinen seulonta (Neuropsychological screening). *Muistihäiriöt ja dementia* (Impairments in the memory and dementia) (Ed. Erkinjuntti, Timo – Rinne, Juha – Alhainen, Kari – Soininen, Hilkka). Duodecim. Helsinki 2001, p. 348–357.

Höfling, Wolfram – Demel, Michael: Zur Forschung an Nichteinwillingungsfähigen. *Medizin Recht* 1999, Häft 12, p. 540–546.

Idänpään-Heikkilä, Juhana E: Lääketutkimuksista direktiivi EU-maille (Directive on trials with pharmaceuticals for the EU countries). *Suomen Lääkärilehti* 2001;21:1394–1396.

Jansen, Sjaak: Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal protection of incapable adults, an introduction in particular to part V Interventions in the health field. *European Journal of Health Law* 7:333–347, 2000.

Jääskinen, Niilo:. Euroopan unionin konstituutio – perussopimus vai perustuslaki? (The constitution of the European Union – an international treaty or a constitutional enactment?) *Oikeustiede – Jurisprudentia* 2001, p. 66–153.

Kalliomaa-Puha, Laura – Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna. Muuttuva vanhuus ja vanhusten oikeudet (Old age in transition and the rights of the elderly). *Oikeuden tuolla puolen* (Beyond the law) (Eds. Ervasti, Kaijus – Meincke, Nina) Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2002, p. 297–324.

Karlawish, Jason HT – Schmitt, Frederick A: Why Physicians Need to Become More Proficient in Assessing Their Patients' Competency and How They Can Achieve This. *Journal of the American Geriatrics Society* 2000;48:1014–1016.

Kattelus Mervi: Potilaan oikeudet (Rights of patients). *Sosiaali- ja terveyspalvelujen lainsäädäntö käytännössä* (Legislation on Social and Health Services in Practice) (Ed. Narikka, Jouko) Tietosanoma. Helsinki 2001, p. 320–339.

Kaye, Janet M – Lawton, Powell – Kaye, Donald: Attitudes of Elderly People About Clinical Research on Aging. *The Gerontologist* 1990;30:100–106.

Kennedy I – Grubb A: Medical Law: Text with Materials (2nd ed.). Butterworths. London 1994.

Keyserlingk EW – Glass K – Kogan S – Gauthier S: Proposed guidelines for the participation of persons with dementia as research subjects (special supplement). *Perspectives in Biology and Medicine* 1995;38(2):319–362. (*Keyserlingk et al.*)

Koponen, Hannu – Saarela, Tuula – Juva, Kati – Hietanen, Marja: Oikeudellisen toimintakyvyn arviointi hoitavan lääkärin kannalta (Evaluation of legal capacity from the point of view of the treating physician) *Muistihäiriöt ja dementia* (Impairments in the memory and dementia) (Ed. Erkinjuntti, Timo – Rinne, Juha – Alhainen, Kari – Soininen, Hilkka). Duodecim. Helsinki 2001, p. 532–538.

Lahti, Raimo: Kuolevan hoitoon liittyviä oikeudellisia näkökohtia (Legal aspects concerning the care of the dying). Kuolemaan liittyvät eettiset kysymykset terveydenhuollossa (Ethical aspects concerning death and health care). *National Advisory Board on Health Care Ethics, Ministry of Social Affairs and Health. Publication Series* Nr. 4/2002.

Lewis, Penney: Procedures that are Against the Medical Interests of Incompetent Adults. *Oxford Journal of Legal Studies* 2002;22:757–618.

Lobo, A – Launer, LJ – Fratiglioni, L – Andersen, K – Carlo, A – Breteler, MMB – Copeland, JRM – Dartigues, J-F – Jagger, C – Martinez-Lage, J – Soininen, H – Hofman, A: Prevalence of dementia and major subtypes in Europe: A collaborative study of population-based cohorts. *Neurology* 2000;54(11 Suppl 5):S4–9 (*Lobo et al.*).

Lush, Denzil: Cretney & Lush on Enduring Powers of Attorney (5th ed.) Jordans Publishing Limited, Dorchester 2001.

Långström, Tarja: Transformation in Russia and International Law. Yliopistopaino. Helsinki 2002.

Lötjönen, Salla: Medical Research on Children in Europe – For or Against Human Rights? *Finnish Yearbook of International Law* (Vol. XI, 2000), 163–200. (*Lötjönen* 2000)

Lötjönen, Salla: The Regulation of Neonatal Research in Finland. *European Neonatal Research: Consent, Ethics Committees and Law* (Ed. Mason S – Megone C). Ashgate. Aldershot 2001. (*Lötjönen* 2001)

Lötjönen, Salla: Medical Research in Clinical Emergency Settings in Europe. *Journal of Medical Ethics* 2002;28:183–187. (*Lötjönen* 2002)

Markenstein, Loes F: The Codification in the Netherlands of the Principal Rights of Patients: A Critical Review. *European Journal of Health Law* 1994;2:33–44.

Marson, Daniel C – McInturff, Bronwyn – Hawkins, Lauren – Bartolucci, Alfred – Harrell, Lindy E: Consistency of Physician Judgments of Capacity to Consent in Mild Alzheimer's Disease. *Journal of the American Geriatrics Society* 1997;45:453–457. (*Marson et al*. 1997a)

Marson, Daniel C – Hawkins, Lauren – McInturff, Bronwyn – Harrell, Lindy E: Cognitive Models That Predict Physician Judgments of Capacity to Consent in Mild Alzheimer's Disease. *Journal of the American Geriatrics Society* 1997;45:458–464 (*Marson et al.* 1997b).

Marson, Daniel C – Earnst, Kelly S – Jamil, Farrukh – Bartolucci, Alfred – Harrell, Lindy E: Consistency of Physicians' Legal Standard and Personal Judgments of Competency in Patients with Alzheimer's Disease. *Journal of the American Geriatrics Society* 2000;48:911–918. (*Marson et al.* 2000)

Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna: Oikeudellinen toimintakyky (Legal capacity). *Muistihäiriöt ja dementia* (Impairments in the memory and dementia) (Ed. Erkinjuntti, Timo – Rinne, Juha – Alhainen, Kari – Soininen, Hilkka). Duodecim. Helsinki 2001, p. 524–531. (*Mäki-Petäjä-Leinonen* 2001)

Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna: Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema (Legal status of a person with dementia). Suomalainen Lakimiesyhdistys (Finnish Lawyers' Association), Helsinki 2003. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-Sarja N:o 241. (*Mäki-Petäjä-Leinonen* 2003)

Neuberger, Julia: Ethics and Health Care: The Role of Research Ethics Committees in the United Kingdom, 1992, London: King's Fund Institute. *Series of research reports on current health policy issues*, No. 13.

Nys, Herman: Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient ('living wills'). *European Journal of Health Law* 1997;4:179–188.

Olde Rikkert, Marcel GM – van der Bercken, John HL, ten Have, Henk AMJ – Hoefnagels, Willibord HL: Experienced consent in geriatrics research: a new method to optimize the capacity to consent in frail elderly subjects. *Journal of Medical Ethics* 1997;23:271–276. (*Olde Rikkert et al.)*

Osborn, David PJ: Research and Ethics: leaving exclusion behind. *Current Opinion in Psychiatry* 1999;12:601–604.

Pahlman, Irma: Hoitotahto ja etiikka (advance directives and ethics) *Potilaan asema ja oikeudet* (The status and rights of a patient) (Ed. Sundman, Eila). Kustannusosakeyhtiö Tammi. Tampere 2000, p. 359–364.

Pahlman, Irma: Potilaan itsemääräämisoikeus (Self-determination of a patient). Edita Publishing Oy. Helsinki 2003.

Pirttilä, Tuula: Kliininen tutkimus (Clinical diagnostics).) *Muistihäiriöt ja dementia* (Impairments in the memory and dementia) (Ed. Erkinjuntti, Timo – Rinne, Juha – Alhainen, Kari – Soininen, Hilkka). Duodecim. Helsinki 2001, p. 329–335.

Plomer, Aurora: Participation of Children in Clinical Trials: UK, European and International Legal Perspectives on Consent. *Medical Law International* 2000;5:1–24.

Plomer, Aurora: Protecting the Rights of Human Subjects in Emergency Research. *European Journal of Health Law* 2001;8:333–352.

Raasakka, Petri – Väänänen-Sainio, Rauni – Koistinen, Pentti (ed.): Etiikan tekemistä vanhustyössä – Eettisiä näkökulmia vanhustyön kehittämiseen Oulussa (Implementing ethics into care of the elderly – ethical aspects in developing care of the elderly in the town of Oulu). *Pohjois-Suomen sosiaalialan osaamiskeskuksen julkaisusarja* 4. Pohjois-Suomen sosiaalialan osaamiskeskus, Oulu, Finland 2002. (*Raasakka et al.)*

Rinne, Juha: Parkinsonin tauti ja muut ekstrapyramidaalisairaudet (Parkinson's Disease and other extrapyramidalic illnesses) *Muistihäiriöt ja dementia* (Impairments in the memory and dementia) (Ed. Erkinjuntti, Timo – Rinne, Juha – Alhainen, Kari – Soininen, Hilkka). Duodecim. Helsinki 2001, p. 170–175.

Roscam Abbing, Henriette: Medical Research Involving Incapacitated Persons: What Are the Standards? *European Journal of Health Law* 1994;1:147–160.

Rubin, SM – Strull, WM – Fialkow, MF – Weiss, SJ – Lo, B:. Increasing the Completion of the Durable Power of Attorney for Health Care. *Journal of the American Medical Association* 1994;271:209–212.

Rynning, Elisabeth: *Samtycke till medicinsk vård och behandling – en rättsvetenskaplig studie*. Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala. Iustus förlag. Uppsala 1994.

Rynning, Elisabeth: Rättssäkerhet och rättsskydd i vården av icke beslutskompetenta vuxna. Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten (Ed. Westerhäll, Lotta): Norstedts Juridik. Stockholm 2002, p. 267–297.

Seiderman, Ian D: Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension. School of Human Rights Research Series, Vol. 9. Intersentia, Antwerpen 2001.

Seidl-Hohenveldern, I: Hierarchy of Treaties. *Essays on the Law of Treaties* (Ed. Klabbers, Jan – Lefeber, R) Martinus Nijhoff Publishes. The Hague 1998, p. 7–18.

Shaw MN: International Law (3rd ed.) Cambridge University Press 1995.

Sprumont, Dominique: Legal Protection of Human Research Subjects in Europe, *European Journal of Health Law* 1999;6:25–43.

Stauch, M – Wheat, K – Tingle, J: Sourcebook on Medical Law (2nd ed.). Cavendish Publishing Ltd. London 2002.

Tymchuk, Alexander J – Ouslander, Joseph G – Rader, Nancy: Informing the Elderly – A Comparison of Four Methods. *Journal of the American Geriatrics Society* 1986;34:818–822.

Vartti, Anne-Marie: The role of placebo effect in clinical trials. Evergreen problems in epidemiology. (Ed.Tenkanen, Leena) *University of Tampere*

School of Public Health Publications 3, 1999, p. 25–34.
Välimäki, Pertti: Holhoustoimen pääpiirteet (General principles of guardianship) Werner Söderström Lakitieto Oy, Helsinki 2001.
Wendler, Dave: Informed Consent, Exploitation and Whether it is Possible to Conduct Human Subjects Research Without Either One. *Bioethics* 2000;14:310–339.
World Medical Association, Declaration of Helsinki. Recommendations guiding Physicians in Biomedical Research involving Human Subjects. Adopted by the 18th World Medical Assembly Helsinki, Finland, June 1964, and amended in 1975, 1983, 1989, 1996 and 2000. (http://www.wma.net/e/policy/b3.htm, accessed 31.5.2003).

Official legal sources

Council of Europe

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4 November 1950, as amended by Protocol No. 11, *European Treaty Series* Nr. 5. (ECHR)
Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4.4.1997, *European Treaty Series* Nr.164. (Biomedicine Convention)
Draft additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Biomedical Research. Council of Europe, Steering Committee on Bioethics (CDBI), Strasbourg, 18 July 2001, CDBI/INF (2001) 5. (http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Activities/Biomedical_research/CDBI-INF(2001)5E.pdf, accessed 31.5.2003)
Draft Explanatory report to the draft additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Biomedical Research. Council of Europe, Steering Committee on Bioethics (CDBI), Working Party on Biomedical Research (CDBI-CO-GT2). Strasbourg, 31 August 2001, CDBI/INF (2001) 7. (http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Activities/Biomedical_research/CDBI-INF(2001)7E.pdf" (http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Activities/Biomedical_research/CDBI-INF(2001)7E.pdf, accessed 31.5.2003) (Draft explanatory report)
Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and

Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm, accessed 31.5.2003) (Explanatory report)

Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on principles concerning the legal protection of incapable adults. Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999, at the 660th meeting of the Ministers' Deputies. (http://cm.coe.int/ta/rec/1999/99r4.htm, accessed 31.5.2003)

Recommendation No. R (90) 3 of the Committee of Ministers concerning medical research on human beings. Adopted by the Committee of Ministers on 6 February 1990 at the 433rd meeting of the Minister's Deputies. (http://cm.coe.int/ta/rec/1990/90r3.htm, accessed 31.5.2003).

Denmark

Lov om et videnskabsetisk komitésystem og behandling av biomedicinske forskningsprojekter (Act on a scientific ethical committee system and the handling of biomedical research projects). Lov nr. 503/24.6.1992. English translation available at www.forsk.dk/dfs/bekendt_eng.htm (accessed 31.5.2003).

Lov om patienters retstilling (Act on the legal status of patients). Lov nr. 482/1.7.1998.

Lov om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien (Act on restrictions of freedom and other coercion in psychiatry). Lov nr. 331/24.5.1989.

European Union

Charter of the Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal* C 364, 18.12.2000 p.1–22.

EMEA (European Agency for the Evaluating Medicinal Products). Note for guidance on choice of control group in clinical trials (CPMP/ICH/364/96), London, 27 July 2000.

EMEA (European Agency for the Evaluation of Medicinal Products). Note for guidance on studies in support of special populations: geriatrics (CPMP/ICH/379/95), London, September 1993.

EMEA (European Agency for the Evaluation of Medicinal Products). Note for guidance on general considerations for clinical trials (CPMP/ICH/291/95), London, 17 July 1997.

European Commission Report on Human Embryonic Stem Cell Research. Commission of the European Communities, 3.4.2003, SEC(2003)441.

European Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, storage, and distribution of human tissues and cells, Commission of the European Communities 19.6.2002 COM(2002) 319 final, 2002/0128(COD), explanatory memorandum.

European Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to proprietary medicinal products. *Official Journal* L 22, 9.2.1965 p. 369–373.

European Parliament and the Council Directive 98/43/EC on advertising and sponsorship of tobacco products (Official Journal of the European Community 1992 L 213, p 9. *Official Journal* L 213, 30.7.1998 p. 9–12.

European Parliament and the Council Directive 98/44/ECof the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions. *Official Journal* L 213, 30.7.1998 p. 13–21.

European Parliament and the Council. Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the implementation of good clinical practice in the conduct of clinical trials on medicinal products for human use. Official Journal L 121, 1.5.2001 p. 34–44. (GCP Directive)

European Parliament and the Council Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use. Official Journal L 311, 28.11.2001, p. 67–128.

Treaty establishing the European Community, consolidated version. *Official Journal* C 325, 24.12.2002, p. 148 (EC Treaty)

Treaty of Amsterdam. *Official Journal* C 340, 10.11.1997, p. 145–172.

Treaty on European Union, consolidated version. *Official Journal* C 325, 24.12.2002, p. 1. (EU Treaty)

Finland

Hallituksen esitys Eduskunnalle holhouslainsäädännön uudistamiseksi No. 146/1998 vp. (Governmental Bill on the Guardianship Services Act)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi lääketieteellisestä tutkimuksesta sekä potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain 6 ja 9 §:n muuttamisesta No. 229/1998 vp. (Governmental Bill on the Medical Research Act)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista No. 185/1992 vp. (Governmental Bill on the Act on the Status and Rights of Patients)

Laki holhoustoimesta No. 442/1.4.1999 (Guardianship Services Act)
Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta No. 361/8.4.1983 (Child Custody and Right of Access Act)
Laki lääketieteellisestä tutkimuksesta No. 488/9.4.1999 (Medical Research Act)
Laki potilaan asemasta ja oikeuksista No. 785/17.8.1992, as amended by Act Nr. 489/9.4.1999. (Act on the Status and Rights of Patients)
Laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimista No. 228/13.6.1929 (Contract Act)

France

Loi no 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JO, 22 déc 88. (Act on the Protection of Persons Undergoing Biomedical Research) Modifiée: Loi no 94-630 du 25 juil 1994, JO, 26 juil 94. Complétant le Code de la santé publique, Livre II bis, Art L. 209-1 à L. 209-23.

Germany

Arzneimittelgesetz (Medicines Act)
Bürgerliches Gesetzbuch (Civil Code)

The Netherlands

Act of 17 November 1994 amending the Civil Code and other legislation in connection with the incorporation of provisions concerning the contract to provide medical treatment. Bulletin of acts and degrees of the Kingdom of the Netherlands 1994, nr. 837.
Regulations on medical research involving human subjects (Medical Research Involving Human Subjects Act), *International Publication Series Health, Welfare and Sport* nr. 2, The Hague, May 2000.

Sweden

Kommittén om vård i livets slutskede (Governmental committee on treatment at the end of life). Döden angår oss alla. Värdig vård vid livets slut (Death comes to all of us. Dignified treatment at the end of life). SOU 2001:6.
Läkemedelslag 1992:859 (Medicines Act)
Regeringens proposition 2002/03:50 om etikprövning av forskning. (Governmental Bill on Ethical Review of Research)

United Kingdom

Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000
Department of Health. Draft guidance on consent by a legal representative on behalf of a person not able to consent under the medicines for human use (clinical trials) regulations 2003. March 2003. http://www.mca.gov.uk/info-resources/publications/mlx287consent.pdf, accessed 31.5.2003)
Law Commission. *Mental Incapacity*, Report No 231. 28.2.1995, London: HMSO.
Lord Chancellor's Department, *Making Decisions* October 1999.
Medical Research Council. The Ethical Conduct of Research on the Mentally Incapacitated. MRC Ethics Series, December 1991.
Medicines Control Agency. Consultation letter on the medicines for human use (clinical trials) regulations 2003. MLX 287. (http://www.mca.gov.uk, accessed 31.5.2003)
Secretary of State for Health, The Medicines for Human Use (Clinical Trials) Regulations, draft 2003 available at http://www.doh.gov.uk/clinicaltrials-consult/draft-regs.pdf, accessed 31.5.2003)

United Nations

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (1st Geneva Convention), 75 *United Nations Treaty Series* 31. Signed in Geneva, 12 August 1949, in force 21 October 1950.
Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (2nd Geneva Convention), 75 *United Nations Treaty Series* 85. Signed in Geneva, 12 August 1949, in force 21 October 1950.
Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (3rd Geneva Convention), 75 *United Nations Treaty Series* 135. Signed in Geneva, 12 August 1949, in force 21 October 1950.
Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (4th Geneva Convention), 75 *United Nations Treaty Series* 287. Signed in Geneva, 12 August 1949, in force 21 October 1950.
United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly resolution 2200 A (XXI), 16 December 1966, in force 23 March 1976, D.J Harris (ed.), *Cases and Materials on International Law* (Sweet & Maxwell: London 1998) at 636.
The United Nations High Commissioner for Human Rights. Principles for the

protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care. Adopted by General Assembly resolution 46/119 of 17 December 1991.
Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, in force 27 January 1980, 1155 *United Nations Treaty Series* 331.

United States

National Bioethics Advisory Commission. Research Involving Persons with Mental Disorders That May Affect Decisionmaking Capacity. December 1998, Vol. 1: Report and Recommendations of the National Bioethics Advisory Commission (http://bioethics.gov/capacity/Advance.htm)

Cases

England and Wales

Airedale N.H.S Trust v *Bland* [1993] A.C. 789; [1993] 2 W.L.R. 316; [1993] 1 All E.R. 821
Re AK [2001] 1 FLR 129
Re C (adult: refusal of treatment) [1993] (Fam.D) 1 W.L.R. 290; [1994]
Re MB [1997] 2 FLR 426
Re T (Adult: Refusal of Medical Treatment) [1992] 4 All ER 649

European Court of Justice

Case C-162/97 *Criminal proceedings against Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren and Solweig Arrborn* [1998] ECR 7477.
Case C-9/74 *Donato Casagrande v Landeshauptstadt München – Germany* [1974] ECR 773.
Case C-377/98 *Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union* [2001] ECR 7079.
Case C-8/81 *Becker v Finanzamt Münster-Innerstadt* [1982] ECR 53.
Case C-14/83 *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891.
Case C-152/84 *Marshall v Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching) (No 1)* [1986] ECR 723.
Case C-91/92 *Dori (Faccini) v Recreb Srl* ECR I-3325.
Case C-376/98 *Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union* [2000] ECR I-08419.

Finland

Vantaan KO, Dep. 4/1, Decision Nr. 7869, 00/6566, 3.11.2000.

Unpublished documents

Beyleveld, Deryck – Pattinson, Shaun: Proportionality under Precaution: Justifying Duties to Apparent Non-agents. 1998 (Unpublished, available from the author) (*Beyleveld – Pattinson* 1998).

Bielby, Philip: The Conflation of Competence and Capacity in English Medical Law, paper given at the Sheffield Institute of Biotechnological Law and Ethics, University of Sheffield, 17.2.2003 (unpublished, available from the author).

Speech by *Romano Prodi*, President of the European Commission, in a conference 'Europe and Ethics – Conference on Politics and Morality', Vienna, 7th December 2002 (available from the author).

Panu Minkkinen

LAINOPPI JA METAFYSIIKAN VASTUSTUS: B. C. CARLSONIN ”KONSTRUKTIIVISESTA OIKEUSTIETEESTÄ”

Sisällys

1. TEORIA ”KIIHKOILUNA” 425

2. TEORIA JA KÄYTÄNTÖ 430

3. HEDELMÄLLINEN APUVÄLINE 433

4. AUTONOMINEN OIKEUSVELVOLLISUUS TOSIASIANA 437

5. OLEMISEN PITÄMISEEN YHDISTÄVÄ FIKTIO 441

6. PÄTEVYYS JA OIKEUDEN ”SISÄINEN OBJEKTIIVISUUS” 444

7. FAKTISITEETTI YHTEISKUNNALLISEN OHJAUKSEN SKEEMANA 447

8. AUKOT, OIKEUDENMUKAISUUS JA KAAOS 449

9. ”ELÄMÄLLE VIERAS” TEORIA 453

10. LOPUKSI: ANTI-INTELLEKTUALISMISTA 458

KIRJALLISUUS 460

LEGAL DOGMATICS AND ANTI-METAPHYSICS: ON THE “CONSTRUCTIVE JURISPRUDENCE” OF B.C. CARLSON 466

Lainoppi ja metafysiikan vastustus: B. C. Carlsonin ”konstruktiivisesta oikeustieteestä”

> ”Konstruktiivisen oikeustieteen oikeutuksen käytännöllinen perusta piilee johdonmukaisuuden merkityksessä oikeuden faktisiteetille.”
> – B.C.C.

1. TEORIA ”KIIHKOILUNA”

Vuonna 1781 Immanuel Kant julkaisi ensimmäisen kritiikkinsä, *Puhtaan järjen kritiikin*, ensimmäisen painoksen. Kant oli valmistellut kirjaa yli kymmenen vuotta ja oli itse hyvin perillä sen merkityksestä. Kirjassa hahmoteltu kriittinen filosofia pyrki osoittamaan, kuinka tietoteoreettisesti kestämättömällä pohjalla 1700-luvun rationalistinen metafysiikka oli:

> Oli olemassa aika, jolloin sitä [PM: metafysiikkaa] kutsuttiin kaikkien tieteiden *Kuningattareksi*, ja jos tahto saa käydä teosta, hän ansaitsi täysin tuon arvonimen hänelle osoitettujen asioiden suurenmoisen tärkeyden takia. Mutta nyt aikakauden muuttuneet muotisuuntaukset tuovat hänelle vain halveksuntaa, ja loukattu ja hylätty Rouva valittaa kuin *Hekuba*: *modo maxima rerum, tot generis natisque potens – nunc trahor exul, inops* […][1]

Kantin keskeiseksi tehtäväksi muodostuu siten ”dogmaattiseksi” jähmettyneen metafysiikan kriittinen arviointi jotta tieteiden kuningatar voitaisiin palauttaa takaisin valtaistuimelleen:

> Mitä ilmeisimmin aikakauden kevytmielisyyden kumonnut kypsä *arvostelukyky* on johtanut siihen, että näennäinen tieto ei saa enää pidätellä meitä.

---

* Kirjoittaja on Helsingin yliopiston tutkijakollegiumin tutkija. Kiitokset avusta: C.E. Carlson, Lauri Carlson, Urpo Kangas, Johanna Niemi-Kiesiläinen, Juha Pöyhönen ja Kaarlo Tuori. Kaikki suomennokset ovat kirjoittajan.

[1] *Kant* 1968b, s. 7–8/VII–IX.

> Järki kutsuu suoriutumaan kaikkein vaikeimmasta tehtävästään, nimittäin ottamaan uudelleen käsiteltäväksi itsensä tiedostamisen ja pystyttämään tuomioistuimen, joka takaa järjelle oikeutetut vaatimuksensa ja voi siten päästä eroon kaikista perusteettomista julkeuksista. Mutta tuomioistuin ei käske vaan vetoaa järjen ikuisiin ja muuttumattomiin lakeihin. Ja tämä tuomioistuin on juuri *puhtaan järjen kritiikki*.[2]

Kirjaa pidettiin yleisesti radikaalina ja vaikeaselkoisena. Kantin kannattajiksi ilmoittautui erityisesti nuorempi filosofipolvi, kun taas Gottfried Wilhelm Leibnizin ja Christian Wolffin nimiin vannova rationalistisen filosofian etabloitunut kenttä otti kirjan tyrmistyneenä vastaan.

Kantin ensimmäisen kritiikin ilmestyminen ajoittuu onnekkaasti myös aikakauteen, jolloin modernin suomalaisen ihmistieteen katsotaan yleisesti syntyvän. Henrik Gabriel Porthan nimitettiin Turun Akatemian kirjastonhoitajaksi vuonna 1772 ja runouden ja kaunopuheisuuden professoriksi viisi vuotta myöhemmin. Porthanin uskonnollisesti sävyttynyt ajattelu oli paljon velkaa myös Wolffille[3], joten hänen reaktionsa on hyvin ennakoitavissa: keskeiseksi nousee Porthanin poleeminen suhde erityisesti uppsalalaisia ylioppilaita villinneeseen kantilaisuuteen.

Kirjeessään Nils von Rosensteinille Porthan viittaa kantilaisen nuorison filosofiseen ylimielisyyteen ”kiihkoiluna” (*svärmeri*). Porthanista kantilaisten käyttämän eriskummallisen käsitteistön takaa löytyy vain viisastelua, joka paljastuu heti kun samat asiat ilmaistaan toisin tai yleisesti ymmärretyin sanoin. Kantin moraali kuulostaa korkealentoiselta, mutta siitä puuttuvat motiivit, jotka ovat välttämättömiä jos filosofisilla kirjoituksilla halutaan vaikuttaa ihmissydämiin. Kauniistikaan ilmaistut yleiset maksiimit eivät Porthanin käsityksen mukaan yksinään saa sydäntä tavoittelemaan edistystä ja vastustamaan intohimojen myrskyjä.[4]

Kantin nimi yhdistetäänkin 1700- ja 1800-lukujen taitteen Ruotsi-Suomessa lähinnä radikaalin ja vallankumouksellisen ylioppilasnuorison liikehdintään, ja tässä valossa myös Porthan näkee Kantin filosofian.[5] Retoristen kommenttien lisäksi hän antaa vain vähän viitteitä siitä, kuinka kriittinen filosofia sopi hänen omaan aatteelliseen taustaansa. Eräiden oppilaidensa väitöskirjoihin Porthan on

---

[2] *Kant* 1968b, s. 9/XI–XII. Kantin filosofiasta ja sen merkityksestä oikeusfilosofialle, ks. Minkkinen 2002.

[3] ”[…] varmaan hengettömin ja kuivin muotiajattelija, mikä milloinkaan on jännittänyt lentimensä viimeisten totuuksien tavoitteluun.” Koskimies 1956, s. 344.

[4] Porthan 1886a, s. 208–209 (9.5.1795).

[5] Ks. Salomaa 1927. Porthanin suhteesta kantilaisten radikaaliylioppilaiden ”konventteihin”, ks. Klinge 1989, s. 72–84.

kuitenkin kirjannut ylös muutaman sisällöllisemmän huomion.[6]

Luennoissaan luonnonteologiasta vuodelta 1801 Porthan ehkä kaikkein konkreettisimmalla tavalla koskettelee sitä, mikä Kantin filosofiassa oli niin vaikeasti hyväksyttävissä koko Turun Kuninkaallisen Akatemian aikaiselle suomalaiselle älymystölle. Tuttuun tyyliinsä Porthan aloittaa katkeransävyisellä toteamuksella, jonka mukaan Kantin *Puhtaan järjen kritiikki* on niin käsittämätön teos, että kantilaiset itsekin selittävät sitä erilaisilla tavoilla.[7] Myöhemmin Porthan täsmentää, että hänen kritiikkinsä koskee erityisesti Kantin moraalifilosofiaa ja siinä esitettyä tapaa osoittaa Jumalan olemassaolo. Porthan viittaa tässä Kantin käsitykseen, jonka mukaan moraalisen velvollisuuden on perustuttava puhtaaseen hyveeseen. Koska velvollisuutta on noudatettava vain sen itsensä takia, hyveellisestä elämästä ei ole odotettavissa palkkiota. Mutta koska tämä johtaisi moraalisuuden noudattamisen näkökulmasta kestämättömään tilanteeseen, Kant katsoo, että ihmisen on postuloitava jokin taho, joka palkitsee hyvän, ja tällainen taho on juuri Jumala. Jumalan olemassaolo ei siten perustu tietoon, vaan on, kuten Porthan itse asian muotoilee, ”fantasia”. Tätä Porthan ei voi hyväksyä vaan pitää väitettä julkeana ja vääränä.[8]

Keskustelu kantilaisuuden turmelevasta vaikutuksesta on myös yksi keskeinen teema Porthanin kirjeenvaihdossa ystävänsä ja turkulaisen kollegansa Matthias Caloniuksen kanssa. Calonius oli vuonna 1778 nimitetty oikeustieteen – oppiaineen nimi oli ruotsiksi tuolloin *lagfarenhet* – professoriksi mutta siirtyi vuonna 1793 Tukholmaan Korkeimpaan oikeuteen. Seuraavat seitsemän vuotta Porthan oli säännöllisessä kirjeenvaihdossa entisen turkulaisen kollegansa kanssa, ja yksi keskeinen keskustelunaihe oli juuri kantilaiset kiistat niin Turussa kuin Uppsalassakin. Kirjeessä Porthan kuvaa Caloniukselle aluksi pilkallisesti kantilaista jargonia ja Kantin filosofialle osoitettuja liioittelevia ylistyspuheita, ja hieman myöhemmin:

> Olen yhä vakuuttuneempi siitä, että kantilaiset ovat todellisen joskin ihmeellisen fanatismin vallassa […][9]

Porthanin kuvaamat ”lahkolaiset” saavat, jos mahdollista, vielä vähemmän sympatiaa suomalaisen oikeustieteen perustajana pidetyltä Caloniukselta. Kir-

---

6 Tunnetuin näistä lienee neljälle sivulle ulottuva alaviite vuodelta 1798; Porthan 1998, s. 441–444.

7 Porthan 1963, s. 487.

8 Porthan 1963, s. 505. Samoissa luennoissa kritisoidaan myös ankarasti Fichten ”ateismia”, jota Porthan pitää ”kantismin” sukulaisaatteena. Ks. myös Porthanin kirje Caloniukselle, Porthan 1886c, s. 514 (6.9.1798). Jumalasta käytännöllisen järjen postulaattina, ks. Kant 1968a, s. 142–146/255–263. Suomeksi, Kant 1990, s. 336–341.

9 Porthan 1886b, s. 190 (14.5.1795) ja s. 210 (2.11.1795).

jeessään hän kertoo Porthanille tutustuneensa kantilaiseen oikeudelliseen teokseen, ja hänen huomionsa velvollisuuksien luonteesta heijastelevat selvästi Porthanin ajatuksia Kantin moraalifilosofiasta:

> Kuten arvata saattaa, teos on tyyliltään tarpeettoman vivahteikas ja abstrakti. […] Velvollisuuden oletetaan olevan olemassa siten, että se ei millään tavalla liity muuhun kuin ihmisen suhteeseen itseensä, ja ilman, että siinä huomioitaisiin ulkopuolisen maailman olioiden mahdollista vaikutusta häneen jne.[10]

Vuotta myöhemmin kun yksi Kantin moraalifilosofinen pääteos on ilmestynyt myös ruotsiksi, Calonius kiteyttää suhteensa kantilaisuuteen ja kriittiseen filosofiaan seuraavalla tavalla:

> Olen jo jonkin aikaa sitten päättänyt olla lukematta mitään kantilaista pötyä. Niinpä en ole vilkaissutkaan hänen kirjaansa *Metaphysique der Sitten* enkä Boëthiuksen käännökseen siitä.[11]

Porthanin kuolleessa vuonna 1804 hänen välinänsä Caloniukseen olivat jo huonontuneet rahariitojen takia. Kirjeessään N.G. af Schulténinlle Calonius moittii Porthanin toimia Akatemiassa diktatorisiksi ja kertoo kantilaiseksi tunnustautuneen kollegan dosenttihakemukseen liittyneistä ongelmista. Hän kuvaa kuitenkin itsekin hakijan tekstiä ”hiustenhalkomiseksi” ja tunnustaa, ettei ole jaksanut lukea sitä loppuun.[12] Hieman myöhemmin hän kertoo Schulténinlle Porthanin muistolle pidetystä puheesta. Ylistyssanojen lisäksi puheessa viitattiin Porthanin vihaan ”uutta filosofiaa” kohtaan. Katkeruuden kerrottiin johtaneen kantilaisuuden tuomitsemiseen ilman, että Porthan olisi tuntenut Kantia tai ollut muutenkaan kykenevä ymmärtämään sen syvällisyyttä. Calonius ei suinkaan pitänyt Porthanin haluttomuutta ja kykenemättömyyttä ymmärtää Kantia puutteena vaan pikemminkin päinvastoin:

> Minusta tämä oli tärkeä osa tämän autuaan miehen ansioita.[13]

R.A. Wrede luonnehtii Caloniuksen filosofisia lähtökohtia maltilliseksi empiiriseksi rationalismiksi ja kuvaa hänen suhdettaan Kantiin näin:

---

[10] Calonius 1902, s. 197 (14.9.1796).

[11] Calonius 1902, s. 267–268 (14.4.1797). Daniel Boëthius, Uppsalan yliopiston käytännöllisen filosofian professori, oli itse asiassa ruotsintanut Kantin *Tapojen metafysiikan perusteet* vuonna 1797. Kahta vuotta myöhemmin Boëthius julkaisi kantilaiselle moraalifilosofialle rakentuneen kirjan luonnonoikeudesta. Boëthius 1812.

[12] Calonius 1969, s. 12 (12.4.1804).

[13] Calonius 1969, s. 19 (26.11.1804).

> Kriittinen filosofia, joka nousi hänen professorinkautenaan esille Kantin myötä ja johon hän ilmeisesti myöhempinä vuosinaan tutustui pintapuolisesti, ei liikuttanut häntä ollenkaan. Kantiin ei viitata missään hänen kirjoituksissaan, eivätkä Kantin uraauurtavat tutkimukset näytä vaikuttaneen hänen kirjoituksiinsa muutenkaan.[14]

Wrede tuntuu haluavan sanoa, että Caloniuksen suhde Kantiin ja kantilaisuuteen olisi ollut lähinnä neutraali ja välinpitämätön. Näin ei kuitenkaan ole. Kuten aikalaisensa ja läheinen työtoverinsa Porthan, Calonius tuntee nimenomaan suurta epäluuloa Kantin filosofiaa kohtaan, ja epäluuloa on kummankin osalta myös usein vähätelty. Epäluulo on ensisijassa luonteeltaan poliittista, sillä Porthanin tavoin Calonius yhdistää Kantin nimen lähinnä Ranskan suurta vallankumousta ihannoivaan radikaaliin opiskelijaliikkeeseen, jota hän ei konservatiivisista lähtökohdistaan voinut hyväksyä. Caloniuksen omaa filosofista taustaa on vaikea määritellä tarkkaan, sillä hänen julkaistuun tuotantoonsa – lähinnä oppilaiden väitöskirjat ja heidän ylös kirjaamansa luennot – ei sisälly selkeää teoriaa ”yleisestä oikeustieteestä”. Hajanaisten merkintöjen perusteella Calonius oli ennen kaikkea luonnonoikeusoppinut vaikka saksalainen rationalistinen luonnonoikeusoppi – lähinnä Turun Kuninkaallisessa Akatemiassa muutoin hyvin vaikutusvaltainen Wolff – ei yleisluontoisia viittauksia lukuun ottamattanäytä vaikuttaneen hänen teoreettiseen ajatteluunsa tai systematiikkaansa. [15]

Mutta rationalisti Calonius on sikäli, että luonnonoikeuden lait (*leges naturales*) perustuvat hänen mukaansa ihmisen luontoon ja olemukseen, ja tämä yhteys tekee niistä jumalallisia ja universaaleja.[16] Luonnonoikeus (*ius naturae*) kykenee tukemaan Caloniuksen tarkoittamaa oikeustiedettä (*iurisprudentia*) tulkinnoissa ja aukkotapauksissa juuri siksi, että valtion säädännäinen oikeus on luonnonoikeudesta johdettu.[17] Teoreettisella oikeustieteellä (*iurisprudentia theoretica*) Calonius tarkoittaa puolestaan oikeustiedettä, joka pohtii oikeudellisia kysymyksiä soveltamatta niitä yksittäisiin konkreettisiin tapauksiin, joten mistään ”oikeusteoriasta” siinä ei ole kysymys.[18] Julkaistuissa siviilioikeuden luennoissaan Calonius ei käy kirjeenvaihdosta tuttua poleemista debattia ”uutta

---

[14] Wrede 1917, s. 118–119.

[15] Ks. esim. Calonius 1908, s. 4 (Cap. I, § 7). En ole käyttänyt Linkomiehen suomennosta, joka vaikuttaa minusta siten tarkoitushakuiselta, että se pyrkii valinnoissaan luomaan näennäistä historiallista yhteyttä Caloniuksen ja myöhemmän suomalaisen oikeustieteen välille. Ks kuitenkin Wahlberg 2003, s. 128–129.

[16] Calonius 1908, s. 3 (Cap. I, § 5).

[17] Calonius 1908, s. 24 (Cap. I, § 42). Saksankielisessä maailmassa käsitteen *ius naturae* käytön katsotaan yleisesti olevan lähtöisin juuri Wolffin samannimisestä teoksesta.

[18] Calonius 1908, s. 21–22 (Cap. I, § 37).

filosofiaa" vastaan, ja hänen kykenemättömyytensä ymmärtää sitä on Björnen käsityksen mukaan yksi syy siihen, miksi Caloniuksen merkitys suomalaisen oikeustieteen kehitykselle oli ennen 1800-luvun lopun kansallishenkistä "Calonius-renessanssia" marginaalinen.[19]

Vuonna 1860 Karl Gustaf Ehrström, hegeliläinen oikeusajattelija ja rikosoikeuden professori, moittii virkaanastujaisluennossaan kovin sanoin suomalaisen oikeustieteen jälkeenjääneisyyttä sitten Porthanin ja Caloniuksen konservatiivisen ja Kant-vihamielisen ajan:

> Oikeuskehitys kuuluu alueisiin, joissa olemme siten haaskanneet aikamme nukkumalla. Me suomalaiset juristit, joiden velvollisuuksiin olisi lähinnä kuulunut kehityksen aikaansaaminen, tunnustakaamme käsi sydämellä avoimesti, että emme ole tehneet viimeisen puolen vuosisadan aikana juuri mitään tuon kehityksen eteen, ja että olemme jättäneet lähes täysin huomioimatta suuren kulttuurityön, jota tuona aikana on tapahtunut oikeustieteessä ja lainsäädännössä maailman edistyneimpien kulttuurikansojen keskuudessa […][20]

Ehrström katsoo, että valitettava asiantila näkyy myös lähes täydellisenä oikeudellisen kirjallisuuden puutteena, ja tästä hyvänä osoituksena on myös se, että monessa suomalaisen oikeusfilosofian tai yleisen oikeustieteen esittelyssä Caloniuksen jälkeen seuraava merkittävä "oikeudellinen" ajattelija on Ehrströmin aikalainen ja ystävä Snellman, hegeliläinen ja valtio-oppinut.[21]

2. TEORIA JA KÄYTÄNTÖ

Mitä tästä kursorisesta historiallisesta katsauksesta voidaan päätellä? Varhainen suomalainen oikeustiede näyttää ensiksikin olleen yhteiskunnalliselta perusilmeeltään konservatiivista ja eurooppalaisen yleiskehityksen näkökulmasta verraten eristäytynyttä. Suomen historiallinen asema ensin Ruotsin ja myöhemmin Venäjän takamaina selittää osittain suomalaisen aatehistorian erityispiirteitä. Mutta Caloniuksen Kant-vastaisuudessa kiteytyy myös yleisempi erityispiirre, joka on ollut suomalaiselle oikeudelliselle ajattelulle ominaista koko sen "kypsän" kauden Ehrströmin kritiikin jälkeenkin. Kantin vastaiset argumentit, joita

---

[19] Björne 1995, s. 138. Wolffin ja Kantin vastakkainasettelusta Turussa, ks. Björne 1995, s. 245–246.

[20] Ehrström 1962, s. 80.

[21] Näin esim. Brusiin 1950, s. 5–6. Kantin kriittisen filosofian merkityksestä oikeustieteellisen ajattelun kehitykseen yleisemmin, ks. esim. Nousiainen 1993, s. 146–188.

sekä Calonius että Porthan asenteidensa tueksi esittävät, muistuttavat monessa suhteessa niitä, joita suomalaisen lainopillisen tutkimuksen puolestapuhujat ovat kuluneen kahdenkymmenen vuoden aikana esittäneet oikeusteorian ja oikeusfilosofian uudempia suuntauksia vastaan. Vaikka kritiikin kohteena ei tällä kertaa olekaan Kant, argumentit ovat pitkälle samanlaisia. Esimerkiksi Aarnio ilmaisee epäilynsä näin:

> […] erinomainen oikeusteoreettinen työ syntyy usein konkreettisen aineiston ja teoreettisen käsitteistön yhteensovittamisesta. Tekstissä ei tarvita oppineen näköisiä koristuksia, ei raskasta muiden tutkijoiden toistelua, näennäisviisasta nimien poimintaa.[22]

Argumenttiin on rakennettu sisään kaksi väitettä: oikeusteoria on oikeudellisen käsitteistön yhteensovittamista käytännön oikeuselämästä kumpuavaan aineistoon, ja käsitteistö ilman soveltavaa ulottuvuutta on tarpeetonta. Erityisesti silmään pistää suomalaisen oikeustutkimuksen tapa vierastaa ”puhdasta teoriaa” ja vastaavasti vaatimus, että teoreettisimmankin oikeustutkimuksen on tavalla tai toisella palveltava oikeuskäytäntöä.[23] Olisi väärin kuvitella, että mainittu vaatimus ja sen mukanaan tuoma epäilevä suhtautuminen puhdasta teoreettista ajattelua kohtaan olisi piirre, joka palautuisi 1700-luvun lopulla käytyyn keskusteluun Kantista. Tavoitteenani on osoittaa yhden esimerkin avulla, kuinka puhtaan teorian vierastaminen on ollut suomalaista oikeudellista ajattelua yleisemminkin leimaava piirre.[24] Paradoksaalista esimerkissäni on, että vierastaminen kohdistuu oikeustieteilijään, joka oli itse käytännön lakimies.

Bror Clas Carlson (1890–1966) toimi lähes 35 vuotta Helsingin raastuvanoikeudessa aluksi rikosasiainnotaarina ja myöhemmin nuorempana ja vanhempana oikeusneuvosmiehenä. Hän toimi kahteen otteeseen myös ylimääräisenä oikeusneuvoksena korkeimmassa oikeudessa. Hän luennoi 1920-luvun alussa yksityisoikeudesta Helsingin yliopistossa, mutta kandidaattitutkinnon lisäksi Carlsonin ainoa yliopistollinen oppiarvo oli kunniatohtorin titteli, joka hänelle myönnettiin vuonna 1963. Hän julkaisi yhden suppeahkon oikeusteoreettisen kirjan ja hieman alle sata lyhyempää tekstiä, joista parisenkymmentä on teoreettisesti relevantteja. Carlsonia kuvataan yleisesti ”uuskantilaiseksi”, ja hänen

---

[22] Aarnio 1997, s. 193.

[23] En käsittele vaatimusta tässä erikseen. Totean vain, että se on kansanvälisten, tieteidenvälisyyttä korostavien nykyaikaisten tutkimuskäytäntöjen ja –standardien näkökulmasta kestämätön. Se ei myöskään välttämättä ole suomalaisen oikeustieteen erityispiirre sikäli, että sama ”käytännönläheisyys” on leimallista yleisemmin pohjoismaiselle oikeustieteelle.

[24] Monet lakimiehet katsovat esimerkiksi Hegelin aseman 1800-luvun lopun Suomessa liittyneen pikemminkin suomalaiseen nationalismiin kuin ”teoreettiseen” kiinnostukseen. Näin esim. Aarnio 1983, s. 11.

teoreettisiksi esikuvikseen mainitaan Hans Kelsen sekä muutama Kelseninkin taustalla vaikuttanut uuskantilainen filosofi. Carlsonia luonnehditaan usein yksinäiseksi ajattelijaksi, jolla ei ollut seuraajia tai oppilaita, eikä hänen kirjoituksiinsa myöhemmin viitattu muuta kuin suomalaisen oikeusteorian yleisesittelyissä. Mahdollisina syinä tähän valitettavana kuvattuun asiaintilaan mainitaan hänen varsinainen työnsä yliopistolaitoksen ulkopuolella, hänen tekstiensä ”vaikeaselkoisuus”, sekä eräät hajanaiset huomiot Carlsonin ”hyvin kriittisestä” luonteesta.[25]

Carlsonin ensimmäiset kirjoitukset ovat usein alustuksia, jotka ilmestyvät myös nimettöminä tai allekirjoitettuna hänen nimensä alkukirjaimilla ”B.C.C.” 1920-luvun alussa, ja viimeisen artikkelinsa Carlson julkaisee vuonna 1959. Carlson on siitä erikoinen oikeusteoreetikko, että hänen ensimmäinen vuonna 1923 julkaisemansa teoreettinen kirjoitus on eräässä mielessä myös hänen kokonaistuotantonsa kulmakivi.[26] Siinä hän selvittää ensimmäisen kerran keskeisen ajatuksensa fiktioista oikeustieteellisen ajattelun ennakkoehtona, ja seuraavana vuonna hän täsmentää ajatusta käyttäen apuna Hans Kelsenin kirjoituksia – kymmenen vuotta ennen *Puhtaan oikeusopin* ensimmäisen painoksen ilmestymistä saksaksi![27] Yksi osoitus Carlsonin ”kriittisestä” luonteenlaadusta on mahdollisesti myös vuonna 1923 käyty poleeminen keskustelu kirja-arvostelusta, jossa nuori ja ilmeisen innostunut oikeusneuvosmies on kirjoittanut pedantin ja yksityiskohtaisen arvion kauppaoikeudellisesta käsikirjasta. Hieman ajan korrektin ja etikettisidonnaisen hengen vastaisesti kirjan kirjoittaja rohkenee kirjoittaa vastineen, jossa hän syyttää arvostelijaa taitamattomaksi ja vastuuttomaksi ”oppimestariksi” ja korjaa arvostelussa esitetyt väärät väitteet.[28] Vuoden 1924 artikkelia lukuun ottamatta seuraava Carlsonin kirjoitus kyseisessä julkaisussa ilmestyykin vasta kahdeksan vuoden kuluttua. Carlson ei myöskään mainitse arvostelua tai siitä seurannutta keskustelua ansioluettelossaan.

---

[25] Ks. esim. Makkonen 1977; Aarnio 1976, s. 37; Kangas 1998, s. 180. Uransa loppupuolella Carlson oli kuitenkin tiiviissä yhteydessä yliopiston tutkijoihin 1950-luvulla toimineessa *Theoria Juris* -kerhossa, jota Otto Brusiin veti. Ks. Kangas 1986. Carlsonista yleisesti käytetty kutsumanimi ”Kloka” viitannee myös hänen ”erittäin kriittiseen” luonteeseensa: ”[…] (ringaktande l. klandrande) som i sina egna ögon är förståndigare än andra (o. som därför vill uppträda ss. läromästare l. kritiker).” *Svenska Akademiens ordbok*. Toisin kuitenkin Kastari promootiojuhlapuheessa, ks. Kyläkallio 1963, s. 45.

[26] Carlson 1923c.

[27] Carlson 1924. Toinen Kelseniä kriittisesti arvioinut aikalainen oli Elieser Kaila, ks. Kaila 1924, s. 208–222. Kelsenin ja fiktioteorian luojan filosofi Hans Vaihingerin vaikutus Carlsonin ajattelussa on usein huomioitu, mutta erityisesti tietoteoreettisissa pohdinnoissaan hän on myös hyvin lähellä Adolf Merkliä.

[28] Carlson 1923a; Hernberg 1923; Carlson 1923b; Hernberg ja Carlson 1923.

Carlsonia ei tee merkittäväksi hänen teoreettisen työnsä kestävyys, sillä tieteellisyyden ihannetta korostavat uuskantilaiset näkökulmat oikeuteen eivät tänä päivänä ole enää ajankohtaisia. Mutta hän oli ainoa suomalainen ”puhdasverinen” uuskantilainen aikana, jolloin suuntaus oli erityisesti Saksassa tärkeä, ja hänen teoriansa on siinä suhteessa mielenkiintoinen osa suomalaista oikeuskulttuuria. Suomessa suuntaus sai saksalaisten vaikutteiden keskeisyydestä huolimatta vain vähän kannatusta. Yksi mahdollinen syy saattaa olla edellä mainittu vaatimus oikeusteorian sovellettavuudesta oikeuskäytännössä, ja siksi myös Carlsonin oma oikeusteoria jäi vieraaksi sekä hänen aikalaisilleen että myöhemmille juristipolville. Historiallisesti Carlsonin työ edustaa Suomessa tietoteoreettisilta lähtökohdiltaan viimeisiä yrityksiä rakentaa oikeusteoriaa, jota voitaisiin yleisesti kutsua käsitelainopilliseksi.[29] Carlson oli myös teoreettisena ajattelijana suomalaisesta näkökulmasta katsottuna harvinainen tapaus sikäli, että hän oli johdonmukaisuuden nimissä valmis tekemään johtopäätöksiä, joita hänen aikalaisensa pitivät todellisuuden vastaisina.

3. HEDELMÄLLINEN APUVÄLINE

Kirjassaan Carlson muotoilee ”konstruktiivisen oikeustieteensä” (*konstruktiv juridik*, *konstruktive Jurisprudenz*) lähtökohdat näin:

> Seuraava yritys perustuu ajatukseen, että oikeusteorian tulisi olla muodollista, riippumatonta oikeussäännösten sisällöstä ja yhdenmukaista kaikelle, mikä on oikeudellista [*rättsväsen*]. Sitä tulisi voida soveltaa jokaiseen oikeusjärjestelmään riippumatta sen yhteiskunnallisesta taustasta tai arvoista, joita yhteiskunta pitää tärkeimpinä. Sellainen oikeustiede ei voi puuttua oikeuden sisältöön, vaan sen on keskityttävä yksinomaan sen rakenteeseen, loogiseen luurankoon, joka ylläpitää oikeusjärjestystä.[30]

Tällaisen projektin tietoteoreettiset lähtökohdat poikkeavat melko radikaalilla tavalla Carlsonin aikalaisten käsityksistä oikeustieteestä normatiivisena tieteenä. Carlsonin mukaan oikeustiede on luonnontieteitten kaltainen lainalaisuuksia

---

[29] Esim. Björne katsoo Jheringiltä peräisin olevan nimityksen ”käsitelainoppi” olevan pejoratiivinen nimi konstruktiiviselle suuntaukselle oikeustieteessä. Björne 2002, s. 3. Käsitelainopista, ks. myös Mahkonen 1976. Viimeaikaisesta keskustelusta, ks. Tuori 2002.

[30] Carlson 1954, s. 11. Ks. myös Carlson 1954, s. 172.. ”Oikeudellisista konstruktioista”, ks. esim. Wrede 1921, s. 27–28. Kirjan suomennoksessa Wreden ”juridinen konstruktio” on hieman oudosti suomennettu ”lainopilliseksi sommitteluksi”.

tutkiva ”nomoteettinen” tiede[31], jonka lähtökohtana on tieteellisyyden turvaamiseksi luotu olettama oikeuden sisäisestä johdonmukaisuudesta.[32] Mutta toisin kuin luonnontieteilijät, jotka operoivat myös käsitemaailman ulkopuolisen todellisuuden kanssa, juristit näkevät tutkimansa oikeuslauseet vain ja ainoastaan luonnonlakien kaltaisina aistihavaintojen synteeseinä. Juristi toimii kuin insinööri, joka käyttää oikeusvelvollisuuksien syntyä sääteleviä seuraussuhteita hyväkseen määritelläkseen, mistä velvollisuudesta on milloinkin kysymys. Mutta Carlsonin perusajatuksen mukaan oikeuslauseet eivät tosiasiallisesti luo oikeusvelvollisuuksia. Mikä silloin oikeuttaa rinnastamaan oikeuslauseen ja oikeusvelvollisuuden vaikka tämä ei tosiasiallisesti pidä paikkansa?

Carlsonin ratkaisusta muodostuu hänen oikeusteoriansa keskeinen elementti, eräänlainen tunniste ja stigma, jota hän joutuu selittämään vuosikymmenestä toiseen. Oikeusjärjestelmän huipulla on valtion suvereenin lainsäädäntövallan määrittävä lause. Siitä seuraa, että missä valtio katsoo velvollisuuden sijaitsevan, siellä sen myös tosiasiallisesti katsotaan olevan. Oikeudellinen järjestelmä pohjautuu toisin sanoen hypoteesille, jonka mukaan valtiolla on ehdoton kyky asettaa velvollisuuksia kaikilla oikeudenaloilla. Hypoteesin kautta oikeudellisesti määritellyt valtio ja oikeus muodostuvat eheiksi ja johdonmukaisiksi tavalla, joka ei olisi mahdollista muutoin kuin oikeustieteessä. Vaikka hypoteesi on *fiktio*, siihen turvaudutaan koska se mahdollistaa yhteiskunnallisen elämän johdonmukaisen hahmottamisen. Siksi:

> […] oikeustiede ei itse asiassa ole niinkään tiedettä oikeudesta vaan tiedettä ulkoisesta elämän järjestyksestä, joka on syntynyt tuloksena vastakkaisiin yksittäisiin oikeuskäsityksiin ja osittain jopa karkeaan vallanhimoon sisältyvistä voimainkoetuksista.[33]

Mikä oikeuttaa tällaisen ”hedelmällisen apuvälineen” käytön? Vaikka maailma on aivan liian monimutkainen tieteen selvitettäväksi, yhteiskunnallinen elämä edellyttää inhimillisen käyttäytymisen ennakoitavuutta, kykyä arvioida, että kanssaihmisemme toimivat määrätyllä tavalla. Ennakoitavuus on juuri oikeuden ja oikeustieteen tehtäväkenttää. Maailman perustava monimutkaisuus koskee toki oikeustiedettäkin, mutta oikeustiede ei tutki, kuinka ihmiset tosiasiallisesti toimivat vaan kuinka heidän *pitäisi* toimia. Ja koska kokemus osoittaa, että

---

[31] Uuskantilainen filosofi Heinrich Rickert jakoi tieteet ”nomoteettisiin” luonnontieteisiin, jotka etsivät ilmiöitä yhdistäviä yleisiä lainalaisuuksia, sekä ”idiografisiin” ihmistieteisiin, jotka tutkivat yksittäisiä, erityisesti historiallisia ilmiöitä. Ks. Rickert 1902.

[32] Carlson 1956, s. 347–350; Carlson 1977, s. 139–142.

[33] Carlson 1923c, s. 20. Fiktioista, ks. Vaihinger 1986.

ihmiset täyttävät yleensä velvollisuutensa, oikeustiede voi verraten suurella varmuudella ennakoida ihmisten tulevaa käyttäytymistä. Juuri velvollisuuskäsitteensä kautta oikeustiede osoittaa hyödyllisyytensä. Tästä seuraa tärkeä johtopäätös:

> […] jos oikeuden tutkimus on pääasiassa tekniikkaa eikä oikeutta koskeva tiede katso selvittävänsä mitään totuuksia yhteiskunnallisista olosuhteista, silloin se voi apukeinona [*konstgrepp*] turvautua käsitteisiin, jotka edistävät sen tavoitteita eivätkä ole sille haitaksi, vaikka käsite olisi loogisesti epäilyttävä. Tässä tarkoitettu apukeino on tietoisesti väärän ajatuksen esittäminen, fiktion, joka yhtäältä yksinkertaistaa todellisuuden oikeudellista käsittelyä ja antaa loogista tarkkuutta, mutta toisaalta poistaa oikeustieteeltä kaikki vaatimukset voida yhdessä muiden nomoteettisten tieteiden kanssa myötävaikuttaa tieteellisen maailmankuvan luomiseen tehden siitä täysin teknisen tieteen, jonka tarkoituksena on ainoastaan yhteiskunnallisten tosiasioiden helpompi hallinta.[34]

Yleisten tietoteoreettisten perusedellytysten lisäksi oikeustieteen taustalla on siis fiktio oikeusjärjestelmän suvereenisuudesta. Vaikka fiktio olisi yhteiskuntatieteellisestä näkökulmasta epätotta, Carlson katsoo, että se tekee oikeudellisesta järjestelmästä esimerkiksi epävarmaan sosiologiseen oppirakennelmaan nähden ylivoimaisen:

> Tämä lause [PM: fiktio] on perusta, joka täysin kehittyneessä oikeusjärjestelmässä mahdollistaa sen, että tiedemies voi loogisesti kestäviä johtopäätöksiä tekemällä selvittää periaatteessa jokaisessa esiin tulevassa tapauksessa siihen kuuluvat tai odotusten vastaisesti siihen kuulumattomat velvollisuudet.[35]

---

[34] Carlson 1954, s. 14. Carlson myös vastustaa ”reaalisten näkökulmien” tieteellistä eklektismiä, jota Suomessa edusti Ek: ”Lakimiehet pyrkivät ensisijaisesti selvittämään oikeussäännösten sisällön analysoimalla ja systematisoimalla niitä, mutta sen sijaan normien synnyn ja todellisen pysyvyyden selittämisen katsotaan kuuluvan lähinnä sosiologialle, sosiaalipsykologialle, kansantaloudelle ja oikeusfilosofialle. Siksi usein huomautetaankin, että toistaiseksi on vain erityistieteitä. […] Tämä tosiasia tekee siten ylipääsemättömän vaikeaksi rajata tieteenalat keskinäisin käsittein. Siksi lakimiehen on ainakin jossain määrin pyrittävä hallitsemaan kaikki nämä erityistieteet jotta hän voisi tarvittaessa muodostaa luotettavan käsityksen ja ottaa kantaa esitettyihin yleisiin kysymyksiin, joita oikeustiede ei pysty selvittämään mutta joiden kanssa lakimies joutuu toiminnassaan tekemisiin.” Ek 1943, s. 4–5.

[35] Carlson 1924, s. 284. Vrt. Kelsen 1928, s. 1–3. Kaila määrittelee fiktion näin: ”Teennelmä (fiktsiooni) on lyhennysformeli, joka kyllä tiedetään vääräksi (toisin kuin olettamus eli oletelma, joka on problemaattinen arvostelma, jota ei siis varmaan tiedetä todeksi eikä vääräksi), mutta jota siitä huolimatta sen heuristisen arvon vuoksi käytetään lyhennysnimenä jollekin monimutkaiselle asialle.” Kaila 1924, s. 153–154.

Fiktion ansiosta epätottakin olettamaa voidaan siis tieteessä pitää oikeana, jos se auttaa tiedon analyysissa. On kuitenkin tärkeää eliminoida fiktio ennen lopullisten tulosten esittämistä tai tiedostaa ja osoittaa selvästi tutkimustulosten rajallisuus. Carlsonin mukaan oikeustieteelle riittää, että valtaosa yhteiskunnan jäsenistä tunnustaa ylimmän velvollisuuden, jonka varaan velvollisuusoppi rakentuu. Silloin oikeustiede voi johtaa kirjoitetusta laista ja tapaoikeudesta loogisen velvollisuuksien järjestelmän.[36] Oikeustiede on muodollista ja tutkii oikeuskäsitteitä puhtaasti loogisesta näkökulmasta viittaamatta sisällöllisiin näkökohtiin. Sellaisena sen tehtävänä on eräässä mielessä täydentää yhteiskuntatieteitä, joiden todelliset mahdollisuudet ohjata ihmisten käyttäytymistä ovat rajallisemmat. Koska oikeudessa on kysymys siitä, kuinka ihmisten pitää käyttäytyä, voimme yleisesti ottaen luottaa siihen, että ihmiset käyttäytyvät velvollisuudentuntoisesti. Oikeustieteen käsitteellinen järjestys palvelee siten pohjimmiltaan käytännön tarpeita, ja siinä tehtävässä oikeustiede voi käyttää hyväkseen myös fiktioita.[37]

Toisin kuin luonnontieteissä, oikeustieteen keskeinen menetelmä on luonteeltaan deduktiivinen koska luonnon lainalaisuuksia vastaavat lait ovat oikeustieteessä jo ennalta lainsäätäjän asettamat. Oikeudellinen kehitys tapahtuu ensisijassa lainsäädännön kautta, joten juristin ei tarvitse johtaa lakeja ilmiömaailmaa vastaavasta oikeudellisesta elämästä, vaan ne ovat valmiiksi asetettuja ja ilmaistuja. Juristit päättelevät toisin sanoen lähinnä deduktiivisesti, yleisestä erityiseen, yleispätevästä laista yksittäiseen tapaukseen. Mutta aivan kuten deduktiolla on sijansa luonnontieteissä, myös oikeustieteessä on sijaa induktiolle, kun tapaoikeudesta johdetaan oikeussääntöjä:

> Induktiivinen menetelmä, johon oikeustiede turvautuu kun selvitetään säännönmukaisuutta oikeudellisessa todellisuudessa, on samanlaatuinen kuin luonnontieteen induktiivinen tutkimustapa vain sillä erotuksella, että juristilta puuttuvat keinot, joilla hän voisi todellisuuteen tai johonkin muuhun objektiivisesti pätevään nähden varmistaa tulostensa oikeellisuuden.[38]

Vaikka lainsäädäntö olisi käsitteellisesti kuinka kehittynyttä tahansa, Carlsonin mukaan oikeusjärjestyksen siveellinen kehitys edellyttää myös induktiivisen menetelmän käyttöä. Silloinkin kun tapaoikeuden käyttö oikeuslähteenä on nimenomaisesti kielletty, elävän elämän vaatimukset ovat usein voimakkaam-

---

[36] Carlson 1937b, s. 395–397.

[37] Carlson 1956, s. 331–332; Carlson 1977, s. 123–125.

[38] Carlson 1954, s. 155. Vrt. Kelsen: ”[…] tuomarin ratkaisu on itsessään yksittäinen oikeusnormi, abstraktin oikeusnormin yksilöintiä tai konkretisointia, oikeuden luomisprosessin etenemistä yleisestä yksittäiseen.” Kelsen 1994, s. 79–80.

pia kuin lainsäätäjän tahto. Tapaoikeudelliset säännöt kehittyvät määrätyn muotoisiksi epäselvien tai väljien oikeussääntöjen tulkinnoiksi tai epäajanmukaiset oikeussäännöt muuttuvat käyttämättöminä merkityksettömiksi. Juuri näissä tapauksissa oikeustieteilijä voi induktion avulla johtaa oikeussäännön olemassaolon, kun tapaoikeudellinen periaate on ensin vahvistettu oikeuskäytännössä.[39]

4. AUTONOMINEN OIKEUSVELVOLLISUUS TOSIASIANA

Carlsonin suurin yksittäinen vaikuttaja oli eittämättä Hans Kelsen, jonka tuotantoon hän oli tutustunut syvällisemmin niinkin varhain kuin 1920-luvun alussa. Tästä huolimatta Carlsonin suurin ”kiistakumppani” realististen oppisuuntien ohella on juuri Kelsenin edustama normatiivinen oikeustiede. Sen tieteellisenä peruskäsitteenä on oikeussääntö, josta oikeusvelvollisuus ja subjektiivinen oikeus puolestaan johdetaan.[40] Oikeussääntökeskeinen lähtökohta perustuu kuitenkin heteronomiseen velvollisuuskäsitykseen, koska oikeussäännön tunnusmerkkinä on valtion asettama seuraamus.[41] Velvollisuutta ei silloin noudateta sen itsensä takia vaan ulkoisen pakon motivoimana. Tällaisella velvollisuudella ei ole kantajaa, ei subjektia.[42]

Tavallisesti oikeusjärjestyksen väitetään sääntelevän yksilöiden oikeuksia. Siitä seuraisi, että subjektiiviset oikeudet olisivat oikeudellisen maailman perusyksikköjä. Mutta oikeusjärjestys voidaan Carlsonin mukaan kuvata myös oikeusvelvollisuuksien järjestelmänä. Tämä olisi jopa lähempänä totuutta, sillä Carlson pitää velvollisuuksia oikeuden yksinkertaisimpina peruselementteinä, joista myös subjektiiviset oikeudet voidaan johtaa: oikeudet ovat oikeusvelvollisuuksien konstellaatioita. Yleensä myös katsotaan, että eettinen velvollisuus

---

[39] Carlson 1940a, s. 100–104.

[40] Ks. esim. Kelsen 1911, s. 311–312 ja Kelsen 1994, s. 47–48. Vrt. Thon: ”Subjektiivinen oikeus perustuu lupaukseen mahdollisista vaatimuksista, se rakentuu näköpiirissä olevien vaatimusten varaan. Tai tarkemmin sanottuna se syntyy suojaamaan sitä, mikä on objektiivisen oikeuden määräämänä normien kautta suojeltua, ja myöntää suojatulle keinon eli vaatimuksen mikäli rikkomus objektiivista oikeutta kohtaan edellyttää käskyn täytäntöönpanoa tai kiellon pystyttämistä uudelleen.” Thon 1878, s. 218.

[41] Kelsen johtaa oikeusnormin heteronomisuuden sen velvoittavuudesta: ”Oikeuden puhdas heteronominen luonne on joka tapauksessa selvää ja ilmenee suoraan siinä, että oikeuslauseet velvoittavat myös häntä, joka ei halua sitä totella, ja jopa häntä, joka ei sitä tunne.” Kelsen 1911, s. 346. Ks. myös Kelsen 1994, s. 25–26.

[42] Carlson 1954, s. 54–55.

on autonominen eikä edellytä ulkoista pakkoa, kun taas oikeusvelvollisuus on heteronominen, subjektiin nähden ulkoapäin asetettu, ja siihen liittyy aina mahdollinen oikeusseuraamus. Carlson huomauttaa, että tämä ei pidä paikkaansa kaikkiin oikeusvelvollisuuksiin nähden, sillä esimerkiksi valtiolla on velvollisuuksia kansalaisiaan kohtaan, eikä ylimmälle valtiovallalle voida ”loogisesti” asettaa seuraamuksia. Silloin ulkoinen pakko ja oikeusseuraamus eivät voi olla oikeusvelvollisuuden määräävä tunnusmerkki, vaan oikeusvelvollisuuksia on Carlsonin mukaan pidettävä eettisten velvollisuuksien tavoin autonomisina.[43]

Carlsonin lähtökohta on siten Kelseniin nähden radikaalisti toinen perustuen velvollisuuden autonomiseen luonteeseen. Moraalifilosofiassa autonominen velvollisuus velvoittaa kaikesta ulkoisesta pakosta riippumatta, kun taas heteronomisissa moraalijärjestelmissä jumalasta – Carlson kirjoittaa itse ”jumalan” pienellä[44] – muodostuu usein ihmiseen nähden ulkopuolinen taho, jonka kaikkivoipaisuus motivoi ihmisen noudattamaan eettisiä ja moraalisia velvollisuuksiaan. Näin on myös oikeusvelvollisuuksien laita. Heteronomisissa järjestelmissä valtio hallitsee suvereenisti yksilön tahdosta riippumatta, mutta siitä huolimatta kansalaiset usein tunnustavat oikeusvelvollisuuden olemassaolon täysin pakosta ja seuraamuksesta riippumatta.[45]

Jos oikeussäännöt ovat normatiivisia ja vaikuttavat inhimilliseen käyttäytymiseen, ne edellyttävät vapaata tahtoa eli normin loogista vastinetta: mahdollisuutta noudattaa normia tai rikkoa sitä vastaan. Vapaata tahtoa omaavaa subjektia ei kuitenkaan ole olemassa tieteen eli olemisen maailmassa. Kelsenillä oikeudellisesti määritelty henkilö eroaa yksilöstä siten, että normin kohteena on yksilö, kun taas henkilö on yksilön käyttäytymistä säätelevien normien personifioitu kokonaisuus.[46] ”Henkilö” on Kelsenille siten ainoastaan symboli. ”Yksi-

---

[43] Carlson 1935, s. 451–453.

[44] Carlsonin kriittisestä suhtautumisesta aikansa luonnonoikeudelliseen ajatteluun, ks. Carlson 1949.

[45] Carlson 1954, s. 6–9. Autonomisen ja heteronomisen oikeusteorian eroista, ks. myös Carlson 1952b. Valtio on Kelsenin mukaan ”[…] yhteiskunnallinen pakkojärjestys, jonka on oltava identtinen oikeusjärjestyksen kanssa, sillä kumpaakin luonnehtii samat pakkotoimenpiteet, eikä yhden ja saman sosiaalisen yhteisön perustana voi olla kahta erillistä järjestystä. Valtio on oikeusjärjestys.” Kelsen 1994, s. 117.

[46] ”Subjektiivinen oikeus ei eroa millään tavoin objektiivisesta oikeudesta vaan on sama kuin objektiivinen oikeus vain sikäli kuin objektiivisen oikeuden säätämä seuraamus laittomuudesta kohdistuu konkreettiseen subjektiin (velvollisuus) tai sellainen on käytettävissä (oikeutus).” Kelsen 1994, s. 49. Vrt. Jellinek: ”Teoreettisesti henkilöllisyys [*Persönlichkeit*] on yksilölle osoitettu suhde valtioon. Se on siten juridisesti tila tai status, johon voidaan liittää yksittäisiä oikeuksia mutta joka ei itsessään ole oikeus. Oikeus omistetaan, henkilöllisyys puolestaan on. Oikeuden sisältönä on omistaminen [*Haben*], henkilön sisältönä taas oleminen [*Sein*].” Jellinek 1919, s. 83–84.

lö” ei olisi tieteellisesti hyväksyttävissä oleva käsite, vaan se voisi toimia vain normatiiviseen oikeustieteeseen nähden ulkopuolisena tahona, jonka käyttäytymistä oikeusnormit ohjaavat, mutta oikeustiede käsittelisi vain ja ainoastaan normeja. Kelsenin äärimmäiset johtopäätökset voidaan välttää vain käyttämällä fiktioita oikeuden normatiivisen perustan rakentamisessa.[47]

Autonomisen velvollisuusteorian lähtökohtana on Carlsonin mukaan oltava velvollisuuden kantaja eli psykofyysinen yksilö, joka syntetisoi ulkoista maailmaa. Oikeusvelvollisuus perustuu autonomiseen normiin, jolla on kantajana välttämättä subjekti. Carlsonin velvollisuusteorian taustalla on kantilainen käsitys ihmisen tietoisuuden synteettisestä luonteesta, sen kyvystä ja taipumuksesta koostaa sekavista kokemusvirroista yhtenäisiä kokonaisuuksia. Synteesissä syntyvää kokonaisuutta Carlson kutsuu myös ihmisen ”todelliseksi minäksi” (*reala jaget*[48]). Synteettinen toiminta on kaiken tietoisuuden ennakkoehto ja mahdollistaa sen, että ihminen kokee itsensä yksilönä. Sielunelämän pyrkimyksestä yhtenäisyyteen yleisesti seuraa, että myös siveellisen elämän mittapuuksi tavoitellaan yhtenäisyyttä, ja mittapuu on yksi osa ihmisen ”todellista minää”. Yksilön tausta määrää hänen tahtonsa suunnan ja velvollisuuden sisällön. Siihen saattaa liittyä myös tuntemattomia tekijöitä, mutta ne eivät muuta sitä, että ihminen mieltää velvollisuuden kokemuksen tosiasiana. Velvollisuuden sisältö voi vaihdella yksilöittäin, mutta sen ”pyhyys” eli voima, jolla velvollisuus vaikuttaa, perustuu synteettiseen toimintaan, jota kaikki sielunelämä edellyttää.[49]

Ihmisen tietoisuuden synteettinen luonne eli sen kyky yhtenäistää ja pitää koossa aistihavaintojen moninaisuutta on sen tärkein ominaisuus. Jos ihmismieli ei kykene synteesiin, tietoisuus sammuu. Ihmisen ”todellinen minä” on synteesistä seuraava ykseyden ja yksilöllisyyden kokemus, johon ihminen sovittaa kaikki uudet kokemuksensa. ”Todellinen minä” ei muodostu ainoastaan ihmi-

---

47 Carlson 1940b, s. 79–82. ”’Henkilö’ on ainoastaan henkilöity kokonaisilmaisu koko joukolle oikeudellisia velvollisuuksia ja oikeuksia eli toisin sanoen normikokonaisuuksille […]” Kelsen 1994, s. 52.

48 Käsitteen ”todellinen minä” alkuperä on hämärä vaikka sen psykologinen tausta lienee selvä. Vuonna 1911 julkaisemassaan artikkelissa Freud puhuu ”reaalisesta minästä” (*Real-Ich*), eräänlaisesta mielihyväperiaatteen ohjaaman minän reaalisessa maailmassa aineellistuneesta vastineesta. Ks. Freud 1999. Ks. myös Jellinek 1905, s. 162–166.

49 Carlson 1954, s. 55–57. Velvollisuuden ”pyhyydestä”, ks. myös Hermanson 1898, erityisesti s. 71–81. Carlsonin usein kritisoiman Lundstedtin velvollisuuden määritelmä on rakenteellisesti yllättävän samankaltainen: ”Velvollisuus on pitämistä koskeva *tunne*, joka tekee määrätyistä teoista meille mahdollisia tai mahdottomia. Tosin tunteeseen liittyy toisinaan *mielikuva*, että velvoitettu toiminta olisi *objektiivisesti* oikein ja että siksi *jokaisen pitäisi* kuulua tähän suhteeseen. Se on kuitenkin jotakin aivan muuta kuin se, että jokaisella olisi tosiasiallisesti mainittu velvollisuuden tunne.” Lundstedt 1932, s. 181.

sen henkilöhistoriasta vaan myös tiedostamattomista voimista, jotka juontuvat kulttuurista yleisemmin. Siksi ihminen kokee käskyn usein velvoittavana vaikka ei osaa selittää asiaa tarkemmin:

> Se [PM: velvollisuus] muodostuu olennaisilta osiltaan perityistä taipumuksista tai reaktiotottumuksista, tai se on seurausta varhaislapsuuden kokemuksista, tai vastaavista asioista, jotka loppujen lopuksi vaikuttavat ilmeisen salaperäisellä tavalla vaistoihin, tahtoon ja arvostuksiin. Velvollisuuden (näin määriteltynä) pyhyys ja voima, jolla mainittu synteettinen toiminta vaikuttaa, vaihtelevat tietenkin eri yksilöillä, mutta se on aina yksi yksilöllisyyden säilymisen edellytys.[50]

Vaikka velvollisuus tosiasiallisesti vaihteleekin yksilöittäin, oikeusteorian tieteelliset lähtökohdat edellyttävät, että oikeusvelvollisuuden sisältö määritellään yhdenmukaiseksi lain kanssa. Oikeuslause on siten velvollisuuden johdannainen eikä päinvastoin. Velvollisuuden ensisijaisuuden perimmäisenä tavoitteena on välttää heteronominen oikeusjärjestelmä, jota Carlson pitää tieteellisesti kestämättömänä:

> Velvollisuudella psykologisena tosiasiana tarkoitetaan siten sielunelämän synteettisestä luonteesta johtuvaa taipumusta seurata vastoin ohikiitäviä tahdon mielijohteita yksilön todellisessa minässä piilevää tahdon suuntautuneisuutta. Velvollisuus edellyttää ristiriitaisia tahdon mielijohteita, jotka velvollisuudenmukaisesti toimivan yksilön sisäinen tahto voittaa.[51]

Jos oikeusvelvollisuus määritellään normiksi kuten normatiivinen teoria tekee, silloin oikeusjärjestykseen ei sisältyisi yksilöitä lainkaan. Mutta oikeustieteen kohteena on juuri psykofyysisen ihmisen käyttäytyminen, ja sen tavoitteena on vaikuttaa ihmistenvälisiin suhteisiin. Siksi on löydettävä sellainen oikeusvel-

---

[50] Carlson 1956, s. 339; Carlson 1977, s. 131. Ks. myös Carlson 1923c, s. 11–12. Ongelmana on yksilöstä käsin määritellyn subjektiivisen oikeusvelvollisuuden ja yleisesti velvoittavan lain yhteensovittaminen, ja Carlson ratkaisee ongelman siis fiktion avulla. Hän ei hyväksy Jellinekin ajatusta oikeudesta ”pinenemmän pahan valintana”: ”Oikeus on ainoastaan *eettinen minimivaatimus* [*ethische Minimum*]. Objektiivisessa mielessä se muodostaa yhteiskunnan olemassaolon ehdot sikäli kuin ne riippuvat ihmisen tahdosta, eli toisin sanoen se on eettisten normien olemassaolon minimivaatimus. Subjektiivisessa mielessä oikeus on puolestaan yhteiskunnan jäseniltä vaadittava siveellisen toiminnan ja mielen minimivaatimus [*Minimum sittlicher Lebensbethätigung und Gesinnung*].” Jellinek 1878, s. 42.

[51] Carlson 1954, s. 57. Toisin kuin esim. Kelsen, Carlson määrittelee tässä siis velvollisuuden Kantin moraalifilosofian mukaisesti. Mutta Kantista poiketen velvollisuus on Carlsonin mukaan siis olemisen maailmaan kuuluva psykologinen tosiasia eikä velvoittava siveellinen normi tai moraalilaki. Tällainen pyrkimys ”tieteellistää” moraali käsittelemällä sitä tosiasiana on tyypillistä uuskantilaista ajattelua.

vollisuuden määritelmä, joka mahdollistaa myös yksilön olemassaolon, yksilön, joka kuuluu tosiasioiden eikä arvojen maailmaan. Carlson käyttää psykofyysisen yksilön oikeusvelvollisuudesta termiä ”velvollisuudentunto” (*pliktmedvetande*).[52] Oikeuslauseet sääntelevät yksittäisten velvollisuudentuntojen syntyä ja kehitystä. Velvollisuudentuntoihin liittyy tietoisuus (faktinen puoli) ja motivoiva pakko (normatiivinen puoli) sikäli, että yleisen kokemuksen mukaan oikeussääntöä myös pääasiallisesti noudatetaan. Oikeustieteelle riittää tässä suhteessa aksiomaattinen käsitys velvollisuudentunnoista, eivätkä vastakkaiset havainnot tätä käsitystä horjuta.

5. OLEMISEN PITÄMISEEN YHDISTÄVÄ FIKTIO

Määrätyissä olosuhteissa yhteiskunnan jäsenten käyttäytyminen on vaihtelevista yksittäisistä taustoista huolimatta jossakin määrin yhdenmukaista. Tästä yhdenmukaisuudesta voidaan johtaa järjestelmä lauseita, jotka ilmaisevat kuvailevalla tasolla – ei siis normatiivisesti – yleisesti hyväksyttyjä ja tunnustettuja velvollisuuksia. Kuten luonnontieteitten luonnonlait, nämä velvollisuudet ovat yksilön kokemussynteesejä, eikä niitä tule ymmärtää muutoksien todellisina syinä ilmiömaailmassa. Ne ovat siten teoreettisia lauseita, ja juuri siksi oikeustiede voidaan Carlsonin mukaan rinnastaa luonnontieteisiin.[53] Mutta teoreettisista lauseista rakentuva kokonaisuus perustuu fiktioon, jonka mukaan oikeus on erotettavissa yhteiskunnallisesta todellisuudesta velvollisuuksien lainmukaisuuden perusteella. Oikeus on fiktiivinen rakenne, jonka käytännöllisen arvon takaa sen tehokkuus. Normatiivisen oikeusteorian peruskivi on olettama perusnormista, joka on autonomisen moraalin näkökulmasta fiktio. Fiktiona se toimii oikeusjärjestelmän yhtenäisyyden loogisena edellytyksenä. Mutta Carlsonin mukaan kelseniläinen käsitys perusnormista voidaan korvata fiktiolla, jonka mukaan oikeussubjektien velvollisuudentunnon sisällön määrää oikeusjärjestyksen sisältö. Fiktio koskee silloin olemisen alueelle kuuluvaa faktista tosi-

[52] Tarkempi suomennos olisi ”velvollisuudentaju”, ”velvollisuustietoisuus” tms., mutta siinä menetettäisiin Carlsonin sanaleikki.

[53] Juuri tässä kohdin esim. Aarnion käsitys uuskantilaisesta konstruktiivisesta oikeustieteestä – aarniolaisittain ”induktiivisestä käsitelainopista” – ja sen ”näennäisloogisesta” luonteesta on mielestäni puutteellinen. Ks. Aarnio 1978, s. 242. Carlsonin mukaan oikeus yhteiskunnallisena ilmiönä ei siis ole tosiasiallisesti ”looginen”. Loogisia ovat ainoastaan ne teoreettiset lauseet, jotka oikeudesta voidaan tieteellisesti johtaa. Oikeustieteen tieteellisyyden ehtona on, että oikeutta tutkitaan ainoastaan ilmiöstä johdettuina loogisina lauseina. Tässä mielessä Carlsonia voidaan pitää ”ankarana normativistina”.

asiaa eikä normatiivista pitämistä, ja se pystyy Carlsonin mukaan aivan yhtä hyvin kuin perusnormikin turvaamaan oikeusjärjestelmän yhtenäisyyden. Fiktio kuvaa pikemmin sitä, kuinka oikeussubjektit ymmärtävät omat velvollisuutensa[54]:

> Oikeustieteen yhteys yhteiskunnalliseen todellisuuteen edellyttää yksinkertaisempaa, mahdollisesti tietoteoreettisesti epäjohdonmukaisempaa mutta käytännöllistä oikeudellisten käsitteiden rakennetta, mihin johdonmukainen normatiivinen oikeusteoria ei välttämättä kykene. Mainituista syistä oikeudellisen siirtäminen normien tasolta olevan tasolle, normatiivisista velvoitteista psykologisen velvollisuudentunnon maailmaan, näyttää siten ensisijaisen tärkeältä tehtävältä.[55]

Oikeusvelvollisuus on siten Carlsonin käsityksen mukaan faktinen tosiasia, jonka yhteys normatiiviseen oikeuteen on luotava fiktion avulla. Oikeus on yhtäältä kokoelma sääntöjä, jotka kuvaavat velvollisuuksien syntyä, muutoksia ja häviämistä, mutta se on toisaalta myös yhteiskunnallisen toiminnan ohjausväline, ja toiminnan ohjaus tapahtuu juuri velvollisuuksien avulla. Ihmisten halu ja kyky kokea velvollisuudentunto vaihtelee yksilöittäin, mutta oikeustieteen kannalta lain määräämää velvollisuutta on pidettävä ehdottomana. Carlsonin omaksumassa autonomisessa velvollisuusjärjestelmässä seuraamus on mahdollinen lisäkriteeri, mutta se ei ole välttämätön tai edes tarpeellinen käsitteellinen osatekijä velvollisuudessa. Velvollisuus on autonominen koska sen lähtökohtana on velvollisuuden subjekti, mutta velvollisuuden on myös oltava lain mukainen, ja tässä yhteydessä tarvitaan fiktiota:

> Oikeusvelvollisuuden on perustuttava velvollisuuden subjektin tahtoon, mutta tahdon katsotaan aina tarkoittavan velvollisuuden sisältöä, jonka laki määrää. Tämän fiktion seurauksena voimme väittää oikeusvelvollisuuden olevan eräässä mielessä subjektiivisesta näkökulmasta katsottuna oikeuslause vaikka se onkin pelkistys asioiden oikeasta laidasta; oikeusvelvollisuus ei seuraa oikeuslauseesta vaan perustuu subjektin tahtoon, joka on ensisijaista, ja lainsäädännöstä juontuvan oikeuslauseen voidaan myös sanoa olevan johdettu velvollisuudesta, jonka ajatellaan olevan tapaoikeudellinen.[56]

Carlsonin yksinkertainen ja radikaali ratkaisu on siis käsitellä oikeusvelvollisuuksia rakenteellisesti autonomisina, mutta subjektiivisesti määritellyn velvollisuuden ja yleispätevän lain välisen antinomian ratkaisu edellyttää, että oikeusvelvollisuuksia on käsiteltävä eettisistä erillään. Eettisestä näkökulmasta oikeusvelvollisuus on luonteeltaan fiktio: jos lain mukaan määrättyjen olosuhteiden vallitessa syntyy

[54] Carlson 1939b, s. 142–145.
[55] Carlson 1952a, s. 180.
[56] Carlson 1954, s. 74–75.

oikeusvelvollisuus, on lähdettävä siitä, että yksilö tunnustaa velvollisuuden autonomisesti vaikka tiedämme, että todellisuudessa näin ei aina ole.[57]

Jotta yksilöitä ei korvattaisi kokonaan normeilla, meidän on siis turvauduttava ei-oikeudelliseen tosiasiaan, jonka avulla oikeusjärjestystä voidaan käsitellä eräänlaisena näennäistodellisena ilmiönä analogisesti luonnonlakien kanssa. Velvollisuudentunto on oikeusvelvollisuuteen viittaava tosiasiallinen fakta, johon sisältyy subjektin eli yksilön sisäisen välttämättömyyden tunne. Silloin velvollisuuden käsite voidaan oikeustieteessä ymmärtää täysin psykologisesti. Mutta koska velvollisuudentunto on perusteiltaan autonomista ja subjektiivista, siitä ei voida johtaa yleisiä tieteellisiä lainalaisuuksia. Se olisi tieteellisesti käyttökelvoton käsite, jonka Carlson johdonmukaistaa fiktion avulla:

> Fiktion mukaan autonomisten oikeusvelvollisuuksien sisältö muodostuu yhdenmukaisesti niitä koskevien oikeussääntöjen kanssa, ja se on siten määritelty seuraavalla tavalla: ihmiset katsovat, että heidän pitäisi toimia tavalla, jonka korkein auktoriteetti välittömästi tai välillisesti määrää. Kun tämä fiktio sisällytetään oikeusjärjestelmään, oikeusvelvollisuudet, joita perinteinen oikeustiede pitää normatiivisina velvollisuuksina, muuttuvat fiktiivisiksi psykologisiksi tosiasioiksi, keksityiksi inhimillisiksi tietoisuuksiksi määrätyistä sisällöllisistä velvollisuuksista, ja oikeusnormeista, jotka ovat normatiivisen oikeustieteen mukaan velvollisuuksien perusta, tulee rakenteellisia luonnonlakeja, yleisluonteisia väitteitä velvollisuudentuntojen muutoksista ajassa.[58]

Fiktion mukaan velvollisuudentunto määräytyy sisällöllisesti oikeuslauseisiin sisältyvien säännösten mukaisesti. Fiktion seurauksena subjektiivinen välttämättömyyden tunne katoaa ja velvollisuudesta katoaa sen ”motivoiva” ulottuvuus, mutta sen normatiivinen pätevyys säilyy. Oikeusvelvollisuuden fiktiivisestä luonteesta huolimatta oikeusjärjestelmän faktisiteetti mahdollistaa kuitenkin sen, että oikeussääntöjä voidaan pitää inhimillisen toiminnan skeemana:

> […] objektiivinen oikeus tai oikeusjärjestelmä on järjestelmä teoreettisia väitteitä, joiden seurauksena ihmisten oikeudelliset velvollisuudet tosiasiallisesti syntyvät, muuttuvat tai katoavat. Oikeusvelvollisuudet tarkoittavat tässä määritelmässä fiktiivisiä tosiasioita, tietoisuutta oikeussäännösten määräämien velvollisuuksien sisällöstä riippumatta siitä, tunnustaako subjekti velvollisuuden yksittäisessä tapauksessa vai ei.[59]

---

[57] Carlson 1935, s. 453–454.

[58] Carlson 1954, s. 89.

[59] Carlson 1940b, s. 84. On huomattavaa, että kaikki Carlsonin ratkaisut palvelevat oikeustieteen tieteellisyyttä: ”Tieteenä, jonka tehtävänä on analysoida ja systematisoida oikeussääntöjä, oikeustiede ei ole oikeudenmukaisuuden vaan totuuden suojelijatar […]” Carlson 1952c, s. 544.

6. PÄTEVYYS JA OIKEUDEN ”SISÄINEN OBJEKTIIVISUUS”

Oikeusvelvollisuudet ovat fiktion kautta sisällöllisesti yhdenmukaisia oikeussääntöjen kanssa. Mutta oikeussääntöjen muodostama käsitteellinen kokonaisuus on puolestaan puhtaasti normatiivinen, ja pätevyyden käsite kuuluu juuri normatiivisen puolelle.[60] Carlson kuitenkin rinnastaa pätevyyden tieteelliseen objektiivisuuteen sikäli, että se on looginen suhde syyn ja seurauksen välillä, eikä se välttämättä vastaa millään tavoin todellista maailmaa. Normista eli hypoteettista velvollisuutta koskevasta lauseesta voidaan johtaa seuraussuhteen puitteissa toinen normi aivan samoin kuin reaalilauseesta voidaan johtaa toinen reaalilause. Tieteen kohteena on yleisten normien luonne sääntöinä, joihin kuuluu määrätty älyllinen sisältö. Mutta normijärjestelmän paikkansapitävyyttä ei voida varmentaa havainnoin:

> Arvostelmat, jotka koskevat sitä, kuinka asioiden pitäisi olla, eli normit eivät sitä vastoin kuuluu todellisuuteen; niiden objektiivisuutta, tai oikeammin niiden pätevyyden objektiivisuutta, ei voida millään tavoin varmentaa vertaamalla niitä todellisuuteen.[61]

Jos normeja pidetään myös yleisinä lauseina, joista voidaan johtaa päätelmiä, samankaltaisuus reaalilauseisiin piilee Carlsonin mukaan siinä, että kumpikin suuntautuu yleisemmästä erityisempään. Mutta toisin kuin reaalilauseet, joiden pätevyys perustuu myös suhteeseen ulkoiseen maailmaan, normien pätevyys perustuu vain ja ainoastaan niiden keskinäisiin loogisiin suhteisiin. Eettinen järjestys pohjautuu sisällölliseen korkeimpaan arvoon, josta muut arvot johdetaan. Oikeuden korkein arvo on puolestaan muodollinen normi, joka määrää alemmanasteisten normien synnystä vapaan ratkaisutoiminnan puitteissa. Tämä korkein arvo on olettama lainsäädännön suvereenisuudesta:

> Sikäli kuin tiede pelkistyy ainoastaan oikeussäännöistä muodostuvan aineiston loogiseksi työstämiseksi ja torjuu työssään muut vaikutteet kuin loogiset näkökulmat, tieteen tuloksia ei tarvitse varmentaa johonkin objektiiviseen, itsensä ulkopuoliseen nähden. Se on tarve, jota ei voida tyydyttää, ja johtaa tietenkin vain siihen, että objektiivisuus on hylättävä sen työn tuloksissa. Pelkistämällä oikeussäännösten käsittelyn niiden loogiseen kehitykseen tie-

---

[60] Carlson kritisoi tässä mm. Jheringin yrityksiä sijoittaa subjektiiviset oikeudet faktisen tasolle: ”Oikeuden käsite riippuu *nautinnan* oikeudellisesta *varmuudesta*, joten oikeudet ovat *oikeudellisesti suojattuja intressejä*.” Jhering 1888, s. 339.

[61] Carlson 1954, s. 25.

> de saavuttaa tieteelliset tuloksensa, oikeuden sisäisen objektiivisen pätevyyden, jonka analyyttinen menetelmä tieteelle suo.[62]

Normatiivisen arvostelman pätevyyttä ei siten voida millään tavoin kontrolloida, ja se riippuu siten aina pätevyydestä, joka subjektiivisin perustein osoitetaan yleisemmälle normille. Vaikka subjektiivisesti asetetusta ylälauseesta johdetut loogisesti oikeat johtopäätökset ovat päteviä, ne ovat päteviä vain subjektiivisesti siinä määrin, missä ylälausetta on pidettävä pätevänä.[63] Normatiivisen järjestelmän kruunaa perusnormi. Koska perusnormi on subjektiivisesti asetettu, oikeusjärjestys ei voi olla samassa mielessä objektiivisesti pätevä kuin luonnontieteiden käsitejärjestelmät. Mutta kaikki normatiivinen aineisto, joka voidaan loogisesti oikein johtaa perusnormista, on oikeuden sisäisesti pätevää ja objektiivista. Pätevyys ja objektiivisuus eivät kuitenkaan ulotu itse perusnormiin:

> Perusnormi on avoin väite ja oikeussäännöt puolestaan päteviä johdannaisia siitä, päteviä sikäli kuin väite hyväksytään. Oikeusjärjestelmässä ei tuomarien ilman lain tukea tekemien päätöksien lisäksi voi olla kuin yksi vapaasti esitetty väite.[64]

Perusnormi ei ole selitysperusta oikeuden alkuperälle kuten usein väitetään vaan looginen edellytys, joka kokoaa normiaineiston järjestelmäksi. Vain perusnormiin viittaavat velvollisuudet ovat luonteeltaan oikeudellisia, ja oikeustiede käsittelee vastaavasti vain oikeusvelvollisuuksia.[65] Kelsenin perusnormi lähtee Carlsonin mukaan siitä, että ”pitäisi” käyttäytyä siten kuin ylin oikeudellinen auktoriteetti välittömästi tai välillisesti käskee.[66] Carlson kuitenkin siis katsoo, että oikeudellinen ajatus voidaan siirtää normien pitämisen maailmasta tieteen tarkoittamaan todellisuuteen jos oletamme, että perusnormin taustalla on fiktiivinen tosiasia, jonka mukaan ihmiset tosiasiallisesti käyttäytyvät siten kuin heidän pitäisi. Tämän perustavan fiktion tehtävänä on estää muiden normatii-

---

62 Carlson 1954, s. 30–31. Ks. myös Carlson 1938, s. 319–322; Carlson 1944a, s. 193–196.

63 Carlson 1952a, s. 175. Ks. myös Carlson 1956, s. 333–335; Carlson 1977, s. 125–127.

64 Carlson 1954, s. 31–32.

65 Carlson 1944b, s. 320–325.

66 Kelsen muotoilee perusnormin ”skemaattisesti” hieman toisin: ”Pakon pitää muuttua laiksi niillä ehdoilla ja sillä tavalla kuin ylin valtiosääntöoikeudellinen lainsäätäjä [*Verfassungsgeber*] tai tämän valtuuttama taho määrää […]” Kelsen 1994, s. 65–66. Mainittakoon, että Suomessa oikeudellinen ja moraalinen perusnormi ovat saaneet hieman erikoisen tulkinnan Erik Ahlmanin kautta, joka yhdistää ajatuksen perusnormista fenomenologiaan. Ahlman 1929. Ks. Husserl 1980, s. 45, jossa esimerkkinä perusnormista mainitaan Kantin kategorinen imperatiivi.

visten järjestelmien vaikutus oikeusjärjestykseen, jolloin se takaa oikeuden absoluuttisen suvereenisuuden moraalisuuteen ja siveellisyyteen nähden.[67]

Oikeustieteen tavoittelema käsitejärjestelmä on oletettava suljetuksi, sillä muutoin tieteellinen esitys oikeudesta kävisi mahdottomaksi. Carlson katsoo, että oikeusjärjestyksen suljettua luonnetta valaisevat aukkotapaukset. Ajatus aukottomasta teoreettisesta järjestelmästä perustuu Carlsonilla Kantin filosofian tietoteoreettisiin lähtökohtiin, joiden mukaan kaikki tiedolliset käsitejärjestelmät ovat luonteeltaan suljettuja. Väite oikeusjärjestyksen aukottomuudesta on kuitenkin pätevä vain sikäli kuin pitää konstruktiivisen oikeustieteen peruslähtökohtia mahdollisena. Oikeusjärjestyksen on käytännön syistä oltava johdonmukainen, ja koska konstruktiivisen oikeustieteen menetelmä on silloin tarpeellinen, järjestelmän looginen perusedellytys aukottomasta ja yhtenäisestä oikeusjärjestyksestä on myös hyväksyttävä.[68] Käsitteistön ollessa arkista ja epätarkkaa tulkintaa käytetään myös olemassa olevien säännösten tarkentamiseksi. Empiirisiä käsitteitä ei voida koskaan määritellä tarkkaan, ja jopa luonnontieteen käsitteet muuttuvat tieteen korjatessa itseään. Vaikka tieto ei tässä suhteessa ole koskaan suljettu järjestelmä, Carlsonin mukaan tietoteoreettiset lähtökohdat edellyttävät, että sitä on käsiteltävä sellaisena. Tässä suhteessa tarkimmatkin empiiriset käsitteet ovat alati muuttuvia, ja arkisten ilmausten tulkinta on aina historiallis-loogista.

Oikeuden tasoteorian[69] mukaan oikeusjärjestelmä jakautuu yhtäältä horisontaalisesti oikeudenaloihin ja toisaalta vertikaalisesti pätevyyden mukaan. Täytäntöönpanon pätevyys perustuu aina asianmukaiseen tuomioon, joka puolestaan nojautuu sen pätevyydestä määräävään lakiin. Tasoteorian mukaan yksikään oikeusnormi ei sellaisenaan sovellu tapaukseen vaan edellyttää aina konkretisointia tahdonilmauksessa, jossa ideaalinen normi ja reaalinen asiasisältö yhdistyvät.[70] Oikeusjärjestelmässä on siis aukkoja, sillä jokaisen tulkinnan yh-

---

67 Carlson 1940a, s. 104–106.

68 Carlson 1954, s. 97–102.

69 Jo ennen Kelseniä hänen oppilaansa Adolf Merkl pyrki selvittämään tietoteoreettisesti kestävällä tavalla oikeusnormin oikeusvoiman käsitteen, ja tässä yhteydessä hän kytkee oikeusvoiman normin pätevyyden pysyväisyyteen tai kestoon (*Geltungsdauer*). Kaiken oikeusvoiman edellytyksenä on alkuperäinen normi (*Ursprungsnorm*), jonka pätevyys on absoluuttista. Sen sijaan alkuperäisen normin varaan rakentuvien oikeudellisten ilmiöiden (*Rechtserscheinungen*) pätevyys on aina rajallista. Eriasteisen ja vaihtelevan pätevyyden ja oikeusvoiman perusteella normien järjestelmä hahmotetaan kerroksittaisena. Merkl 1923, s. 178–181. Ks. myös Merkl 1993, s. 479–480. Suomalaisesta ”tasoteoriasta”, ks. Tuori 2000, s. 163–216.

70 Vrt. Kelsen: ”Tulkinnan funktiona ei ole tässä tapauksessa [PM: aukkotapauksessa] soveltaa tulkittavaa normia vaan päinvastoin irrottaa se jotta sen tilalle voitaisiin asettaa parempi, oikeampi ja oikeudenmukaisempi eli lyhyesti lainkäyttäjän toivoma normi. Näennäisellä täydentämisellä alkuperäinen normi ylitetään lainkäytön yhteydessä ja korvataan uudella.” Kelsen 1994, s. 102.

teydessä oikeusjärjestelmää täydennetään vapaalla tahdonaktilla.

Tasoteorian merkitys liittyy vain konstruktiiviseen oikeustieteeseen. Tieteen perusedellytyksenä on olettama oikeusjärjestelmän johdonmukaisuudesta, vaikka tosiasiassa epämääräisten käsitteiden tulkinta viittaisi juuri päinvastaiseen. Carlson korostaa, että tavoitteelliset näkökohdat ovat tulkinnassa kieltämättä joskus tärkeässäkin asemassa ja vaikuttavat tulkinnan lopputulokseen. Mutta sikäli kuin tiede haluaa olla tieteellistä, sen on periaatteessa pidettävä näitä olosuhteita ainoastaan puutteellisesta lainsäädäntötekniikasta johtuvina. Tasoteorian mukaan empiirisiin käsitteisiin liittyvät aukot täytetään lainkäytössä, mutta konstruktiivinen tiede ja vapaa tulkinta ovat keskenään ristiriidassa. Konstruktiivisen oikeustieteen on siten oletettava, että oikeusjärjestelmä on aukoton[71]:

> Arvostelmia voidaan kritisoida objektiivisesti, jos ne ovat johdonmukaisia. Minun järjestelmäni yksi kulmakivi on, että silloin kun arvostelmat johdetaan järjestelmän kruunaavasta normista, ne voivat olla objektiivisia. Arvostelmat, jotka perustuvat pätevyytensä vapaasti säädetyistä normeista johtaviin lakeihin, ovat oikeudellisia, ja mikäli ne on oikein johdettu lakeihin sisältyvistä oikeuslauseista, ne ovat oikeuden sisäisestä näkökulmasta objektiivisia. Näissä olosuhteissa se, että oikeustiede on salakavala sekoitus teoreettisia ja arvottavia näkökohtia, ei ole este sille, että sitä pidetään tieteenä, normatiivisena tieteenä, jonka tulokset ovat objektiivisia vain omien järjestelmiensä rajojen sisällä ja perustuvat kaikki perimmäiseen, kaiken yhteen kokoavaan normiin.[72]

7. FAKTISITEETTI YHTEISKUNNALLISEN OHJAUKSEN SKEEMANA

Oikeus edellyttää Carlsonin mukaan myös faktisiteettia, sen tosiasiallista soveltamista ja tehokkuutta. Normatiivisen erottaa todellisesta ylittämätön juopa siten, että oleva voidaan johtaa vain toisesta olevasta ja normi vain toisesta normista. Vaikka normatiivinen pätevyys on siten erotettava faktisiteetista tai oikeuden todellisesta tehokkuudesta, positiivisen oikeuden käsite edellyttää tiettyä yhteyttä olemisen ja pitämisen välille. Normien pätevyys oikeusjärjestelmässä perustuu ensisijassa siihen, että ne voidaan johtaa muodollisesti oikein korkeimmasta normista tai perusnormista. Mutta pätevyys edellyttää myös, että

---

[71] Carlson 1937a, s. 591–597. Artikkeli julkaistiin muutamaa vuotta myöhemmin myös saksaksi. Carlson 1939a.

[72] Carlson 1955b, s. 405.

normit voidaan asiallisesti tai sisällöllisesti johtaa normeista, jotka on säädetty oikeusjärjestyksen määräämässä muodollisessa järjestyksessä. Vain siten voi puhtaasti teoreettisesta oikeusjärjestyksestä muodostua positiivista oikeutta[73]:

> Dogmaattinen oikeustiede edellyttää kumpaakin oikeusjärjestelmän ominaisuutta, ja yhdessä ne luovat oikeusjärjestelmästä positiivisen oikeuden. Pätevyys ilman faktisiteettia on turhanpäiväinen haamu, faktisiteetti ilman käsitystä sääntöjen pätevyydestä on väkivaltaa. Inhimillistä toimintaa koskevat pakottavat säännöt, jotka ovat niin erillisiä, etteivät ne voi olla systematisoinnin kohteina eikä niitä voi johtaa korkeammasta ja lopulta korkeimmasta normista, eivät myöskään voi olla tieteellisen toiminnan kohteina, eikä niille voida osoittaa pätevyyttä, ja siksi ne eivät ole oikeussääntöjä. Ne olisivat ainoastaan puhtaitten tosiasiallisten valtasuhteiden ilmaisuja. Positiivista oikeutta on olemassa vain sikäli kuin säännöt voivat olla oikeustieteellisen toiminnan kohteina.[74]

Mutta faktisiteetti on ainoastaan sivujuonne normatiivisessa tutkimuksessa. Kaikki itsenäiset tieteet rakentuvat joidenkin aksiomaattisten perusedellytysten varaan, ja oikeustieteessä nämä ovat normatiivisen järjestyksen loogisen johdonmukaisuuden turvaava perusnormi ja yksilön varaan rakentuvan autonomisen ja tosiasiallisen oikeusvelvollisuuden ja oikeuden sisällöllisesti yhteen kytkevä perusfiktio. Faktisiteetti on puolestaan käytännöllinen olettama. Pätevyys on ideaalista kun taas faktisiteetti on ainoastaan tosiasiallista, ja yhdessä ne muodostavat positiivisen oikeuden perusedellytykset:

> Positiivinen oikeus on inhimillistä käyttäytymistä koskeva sääntöjen järjestys, joka ei perustu ainoastaan korkeimpaan normiin ja fiktioon, vaan on myös tehokas, on ominaisuudeltaan faktinen.[75]

Oikeusvelvollisuuksia yleensä noudatetaan ja lainrikkojia yleensä kohtaa valtion langettama seuraamus. Oikeuden tehokkuus mahdollistaa sen käytön yhteiskunnallisessa ohjauksessa jolloin Carlsonin tarkoittama oikeustiede voi ennakoida muutoksia oikeusvelvollisuuksien fiktiivisessä maailmassa, jota oikeustiede suvereenisuusopin kautta hallitsee. Mutta sellaisena se olisi vain ajatusleikki, eikä pudasta normatiivista tiedettä voida pitää ”ennakoivana” sanan teknisessä ja käytännöllisessä mielessä. Siksi oikeustiedettä ei voida luonnehtia puhtaasti normatiiviseksi tieteeksi, vaan siihen on kuuluttava myös oppi oikeuden faktisiteetista. Oikeuden faktisiteetti ei voi olla fiktio vaan todellisuut-

---

[73] Carlson 1952a, s. 177–180; Carlson 1956, s. 341–343; Carlson 1977, s. 133–135.
[74] Carlson 1954, s. 92.
[75] Carlson 1954, s. 94.

ta. Carlson kuitenkin korostaa, että kysymys oikeuden faktisiteetista ei kuulu itse oikeustieteen piiriin. Se on oikeustieteen edellytys, mutta sitä ei voida oikeustieteen omista lähtökohdista käsin analysoida.[76]

Oikeusjärjestelmä muodostuu hyvin yksityiskohtaisista säännöistä, mutta ne eivät voi säännellä inhimillistä toimintaa tavalla, jolla se tieteellisesti tavallisesti ymmärretään. Oikeussäännöt eivät Carlsonin mukaan siten voi sellaisenaan saada aikaan muutoksia inhimillisessä toiminnassa, vaan ne kertovat ainoastaan tavasta, jolla ihmisten ”pitäisi” toimia. Siksi oikeustiede on välttämättä normatiivinen tiede ja koskee velvollisuuksia, jotka eivät itsessään kerro, kuinka asiat tapahtuvat ilmiöiden maailmassa. Mutta oikeuden faktisiteetti takaa, että normatiivista tiedettä voidaan käyttää myös skeemana tulevan inhimillisen toiminnan arvioimisessa. Koska ihmiset yleensä noudattavat oikeusjärjestyksen sääntöjä ja viranomaiset yleensä toimeenpanevat säädetyt seuraamukset, on ”todennäköistä”, että tulevaisuus on määrätyn kaltaista. Tätä suurempaa todennäköisyyttä ei voida tieteellisesti osoittaa, eikä se olisi edes toivottavaa, sillä absoluuttinen ennustettavuus merkitsisi Carlsonin mukaan inhimillisen kulttuurin kuolemaa.[77]

8. AUKOT, OIKEUDENMUKAISUUS JA KAAOS

Suomen kaltaisessa maassa, jossa lainsäädäntö ei Carlsonin käsityksen mukaan ole vielä käsitteellisesti parasta mahdollista, konstruktiivinen menetelmä on välttämätön jotta lainkäyttäjälle ei jäisi liian vapaita käsiä. Myös lain kirjaimen ylittävän tulkinnan on siis oltava yhdenmukaista käsitteellisen oikeusjärjestelmän kanssa. Tällainen tulkinta on juuri sitä, mitä myös konstruktiivinen oikeustiede tekee: johtaa yleisiä käsitteitä oikeudellisesta aineistosta. Konstruktiivinen menetelmä nojaa niin tieteessä kuin lainkäytössäkin johdonmukaisuuden vaatimukseen, joka perustuu puolestaan käytännön tarpeeseen. Siksi Carlson painottaa, että oikeusjärjestelmän yhtenäisyys on hyväksyttävä lähtökohdaksi riippumatta siitä, kuinka todellisuudelle vieraalta se vaikuttaa.[78]

Kaikki muut kuin suoraan laista tai tapaoikeudesta johdettavat oikeuspoliittiset näkökulmat kuuluvat sen sijaan lainkäyttäjän suvereenisuuden piiriin.[79]

---

[76] Carlson 1924, s. 282–286; Carlson 1939b, s. 142–145.

[77] Carlson 1940b, s. 77–79.

[78] Carlson 1937a, s. 585–591.

[79] Tässä viitataan OK 1:11 sanamuotoon: ”Tuomarin pitää tarkoin tutkia lain oikeata tarkoitusta ja perustusta sekä tuomita sen mukaan, mutta ei vastoin sitä, oman mielensä mukaan. Maan tapa, jos se ei ole kohtuuton, olkoon hänellä myös ohjeena tuomitessansa, kun säädettyä lakia ei ole.”

Ellei lainkäyttö ole kirjaimellisesti laintulkintaa, se on Carlsonin mukaan lakiin sitomatonta. Silloin tuomarin ohjeena toimivat lähteet eivät kuulu oikeuden piiriin, ja ala, jota oikeus säätelee, on itse asiassa paljon kapeampi kuin mitä tavanomaisesti ajatellaan. Monesti kysymyksessä on pikemminkin moraali, siveellisyys tai tapa kuin oikeus. Kun tuomari puuttuu tuohon ei-oikeudelliseen alueeseen, hän tekee niin vain siksi, että hän on ”taitava” lainsäätäjä. Tällä alueella oikeustiede on myös mitä hyödyllisin apuväline, mutta lopullinen sana kuuluu vain ja ainoastaan tuomarille:

> […] koska johdonmukaisuus, oikeusvarmuuden palvelija, ei yksinään hallitse oikeudellista elämää vaan joutuu näkemään rinnallaan myös oikeudellisen tietoisuuden välittömän jumalattaren, ei päätöksien johdonmukaisuudesta voida pitää kiinni in absurdum. Tuomarin terveelle vaistolle on siten annettava viimeinen sana, mutta on pidettävä kiinni vaatimuksesta, että tuomari ei voi luottaa yksinomaan vaistoonsa, vaan hänen on oltava hyvin perillä teorian perusteluista voidakseen arvioida sen arvon ja päättää korkeammasta näkökulmasta, mikäli ja milloin teoria vaatii poikkeamaan säännöittä tehdystä päätöksestä.[80]

Tuomioistuinten on seurattava tarkoin tieteen kehitystä, sillä tieteen ankara logiikka saattaa joskus johtaa elämälle vieraisiin lopputuloksiin.[81] Todellisten aukkotapausten kohdalla Carlsonin konstruktiivinen oikeustiede ei voi lausua mitään, sillä silloin se ei perustuisi lakiin. Tieteen alueelta löytyy myös rajatapauksia, joiden osalta tieteen on alistuttava tuomarin päätökselle. Näin käy kun esimerkiksi käsitteen rajoja koetellaan tai kun tutkitaan tapaoikeutta eikä säädännäinen laki anna mitään viitettä ratkaisun perustaksi. Jos ratkaisu edellyttää vapaata tulkintaa, oikeustiede ei voi tarjota vastausta:

> Tuomarin toiminta muodostuu epäilemättä suurimmaksi osaksi sellaisten sääntöjen tulkinnasta, jotka tuomari johtaa laista tai oikeustieteen asevalikoimasta, mutta osaksi, ehkäpä ylevimmillään, se on taito, jota eivät sido muut säännöt kuin mitä se itse tätä taitoa käyttäessään itselleen asettaa, eräänlainen ars boni et aequi.[82]

Epäselvissä tapauksissa kylmät säännönmukaisuudet eivät voi ratkaista inhimillisen elämän ongelmia, vaan avuksi tarvitaan lämmintä ja inhimillistä tuomitsemisen taitoa. Carlsonille tiede on tekniikka, joka palvelee tuota taitoa. Koska oikeustieteen edellytys eli olettamus oikeussäännösten yhdenmukaisuu-

[80] Carlson 1954, s. 49.

[81] Carlson 1954, s. 174–176.

[82] Carlson 1937a, s. 604. Oikeuden ”antinomioista” ja oikeuskäytännön keskeisyydestä niiden ratkaisussa, vrt. Radbruch 1950, s. 100–105.

desta on fiktio, tuomarilla on epäselvissä tapauksissa oltava ylivalta eikä tieteellä. Tyydyttävässäkin lainsäädännössä epäselvien tapausten määrä on kuitenkaan vielä melkoinen, joten tieteen merkitys on yhä suuri[83]:

> Oikeusjärjestelmässä, jossa ei ole tieteellisesti säädettyjä lakeja, on aivan välttämätöntä korostaa käytännön toimijoiden etusijaa, sillä vaikka teoreetikot harrastavat nimenomaan sääntöjen analyysia ja ratkaisujen johtamista niistä, sitä ei aina voi tehdä siksi, että sääntöä ei ole.[84]

Carlson katsoo, että jos oikeussääntöjä voidaan yleisesti johtaa myös induktion avulla, silloin kaikki oikeudellinen aineisto ei voi syntyä lainsäädännön kautta. Mikä on tämä oikeusjärjestyksen kaoottinen vastine? Kuinka suhteuttaa oikeuden systemaattiseen luonteeseen erityisesti lainkäyttäjän kohtuusharkinnan mahdollistavat normit? Carlson muistuttaa, että viittaus kohtuuteen ei ole yleinen lupa vapaaseen harkintaan:

> Kohtuuden käsite viittaa oikeudenmukaisuuden käsitteeseen. Kun väitämme, että jokin päätös on oikeudenmukainen, väitämme sen olevan sitä objektiivisesti vailla subjektiivisia vaikuttimia. Kohtuus on oikeudellisista säännöistä vapaata oikeudenmukaisuutta, mutta ei jotakin sellaista, joka olisi ylipäätänsä kaikkien sääntöjen yläpuolella. Mikäli kohtuutta pidetään objektiivisena, täytyy sen olla sääntöjen sitomaa, sillä objektiivisuus on säännönmukaisuutta [*regelenlighet*].[85]

Ainutkertaisenkin päätöksen perustelut luovat induktiivisesti sääntöjä sikäli, että jos samanlainen tapaus tulevaisuudessa nousisi esiin, samaa sääntöä noudatettaisiin. Objektiivisuus edellyttää kuitenkin, että johdettua sääntöä voidaan pitää kulttuurisesti relevanttina:

> […] silloin kun laki määrätyissä tapauksissa viittaa moraalisiin normeihin tai oikeudenmukaisuus- tai kohtuusharkintaan, se ei tarjoa tapauksen ratkaisemiseksi sääntöjä, joita voitaisiin pitää luonteeltaan oikeudellisina, eikä se sen lisäksi ylipäätänsä tarjoa mitään sääntöjä vaan ainoastaan pyytää tuomaria ratkaisemaan tapauksen parhaan kykynsä mukaan ottaen huomioon yhteiskuntaan sisältyvät eettiset arvot ja vetoamatta tilapäisiin tunnetiloihin, jotka eivät hänestä perustu tapauksen laatuun.[86]

---

[83] Carlson 1939b, s. 137.

[84] Carlson 1955b, s. 406.

[85] Carlson 1954, s. 157. Ks. myös Carlson 1935, s. 105. Carlsonin kritisoiman realistisen näkemyksen mukaan tuomaria ohjaa eräänlainen instrumentalistinen yleishyödyllisyys: ”Itse asiassa tuomarin todellinen asema valtiossa perustuu täysin siihen, että aseman toiminta on väline, jolla toteutetaan yhteiskunnallisia intressejä. Tätä tietoa yksikään tavallinen tuomari ei *voi* välttää.” Lundstedt 1932, s. 262. Ks. myös Lundstedt 1956, s. 133–134.

[86] Carlson 1954, s. 159.

Tieteellä ei tätä mahdollisuutta ole, vaan sen on pidättäydyttävä tiukassa muodollisuudessa:

> On itsestään selvää, että tuomarintoimen tulokkaiden koulutuksessa on hyödyllistä valaista, mitä alan oikeuskäytäntö on toistaiseksi huomioinut tuomioistuimille osoitetun vapaan oikeutta luovan toiminnan yhteydessä. Koulutukseen ei kuitenkaan kuulu opastusta tieteessä vaan ainoastaan oikeuskäytäntöön pohjautuvan taidon perusteet. Vain silloin kun käytäntö on ollut niin vakiintunutta, että sitä voidaan pitää ilmauksena tapaoikeudesta tai järjestelmästä, jossa yksittäiset tuomioistuinratkaisut ovat oikeutta luovia, muodostuu vapaasti määrättävän alueen käytännön perusteluista voimassaolevan oikeuden tulkintaa eli oikeustiedettä.[87]

Oikeuden kaoottinen ainesosa on aukot, Janus-kasvojen pimeä puoli, ja niiden olemassaolo on loogisessa ristiriidassa oikeustieteen systemaattisen luonteen kanssa. Jos selkeää lainsäädäntöä ei löydy, tuomari käyttää usein jotakin toista oikeussääntöä, mutta usein hän joutuu turvautumaan myös kohtuusharkintaan. Tarkoittaako tämä sitä, että oikeuteen itseensä liittyy tässä tapauksessa myös moraalinen elementti, vai viittaako lainkäyttäjä päätöksessään silloin johonkin oikeusjärjestyksen ulkopuoliseen? Carlson haluaa muistuttaa, että kohtuusharkinta ei merkitse vapautta päättää kuinka vain, vaan ratkaisun on aina oltava oikeudenmukainen. Oikeudenmukaisuus on puolestaan objektiivinen eikä subjektiivinen määre. Mutta entäpä jos laki viittaa kohtuusharkinnan yhteydessä suoraan moraaliin? Voimme ymmärtää asian myös niin, että lainsäädännön kautta moraalilait menettävät erityisen luonteensa ja tulevat perusnormin kautta osaksi oikeutta niiden normatiivisen voiman perustuessa nyt ylempään oikeudelliseen normiin. Mutta jos oikeussäännöt rinnastetaan luonnonlakeihin kuten Carlson tekee, silloin olemisen ja pitämisen maailmojen sekoittuminen ei ole mahdollista:

> […] sikäli kuin laki viittaa kohtuuteen ja hyvään tapaan, silloin viitataan johonkin, joka on oikeuden ulkopuolella, olemukseltaan erilliseen järjestelmään, jota ei voida pitää lain omaan järjestelmäänsä mukaan tuoneena.[88]

Todellisessa aukkotilanteessa oikeustiede ei voi sanoa mitään, toisin kuin lainkäyttäjä, jolla on oikea koulutus ja kokemus päätöksen tekemiseksi. Toki tiedekin voi Carlsonin mukaan käsitellä oikeussäännöksiin liittyviä ulko-oikeudellisia näkökulmia, mutta silloin ne voidaan esittää vain yksittäisinä, subjektiivisina kannanottoina tai ohjeina, joita suvereenilla lainkäyttäjällä ei ole mitään

[87] Carlson 1937a, s. 600–601.
[88] Carlson 1935, s. 109.

velvollisuutta noudattaa. Keskeistä kuitenkin on, että ulko-oikeudelliset näkökohdat eivät pääse vaikuttamaan oikeustieteen kautta vaan ainoastaan välittömästi lainkäyttäjän vapaaseen harkintaan sikäli kuin laki tarjoaa siihen mahdollisuuden. Silloin ”puhtaan” oikeusjärjestelmän voimassaolo perustuu vain ja ainoastaan säädännäiseen oikeuteen (ja tapaoikeuteen), ja moraaliset ja poliittiset näkökohdat kuten oikeudenmukaisuus ja kohtuus tulevat mukaan lainkäytön kautta[89]:

> Tässä astuu esiin tuomarin jaloin tehtävä, jonka täyttämisen yhteydessä hän osoittaa, missä määrin hän on elänyt yhteiskunnan oikeudenmukaisuuskäsityksen piirissä, jonka tulkki hän on. Vasta tuomarinkutsumuksen käyttö ilman lain tukea, jolloin tuomari ei toimi ainoastaan lainsäätäjänä vaan myös kohtuusnäkökohtien soveltajana erityisissä, mahdollisesti ainutkertaisissa tapauksissa, osoittaa selkeästi, onko hän hyvä tuomari vaan ainoastaan taitava esille tulevien lain säännösten soveltaja.[90]

9. ”ELÄMÄLLE VIERAS” TEORIA

Vaikka Carlsonin ensimmäiset merkittävät kirjoitukset julkaistiin jo 1920-luvun alussa, hänen teksteihinsä ei juuri viitattu. Yleistä suhtautumista kuvaa parhaiten Viljo Sainion käsitelainoppia vastaan suunnattu tunnettu kommentti:

> Mutta jos kerran tieteen tarkoituksena on pyrkiä totuuteen, niin eikö oikeampi menettelytapa ole, että tiede luopuu käyttämästä hyväkseen fiktioita, joiden se itse myöntää olevan tosiasiain kanssa ristiriidassa ja koettaa selittää tutkittavanaan olevat ilmiöt totuuden valossa silläkin uhalla, että totunnaiset käsityksemme sen johdosta muuttuvat.[91]

Carlsonin aikalainen Ilmari Caselius oli monessa asiassa pitkälti samoilla linjoilla kuin uuskantilaiset vaikka ei tunnu ymmärtävän fiktiivisen käsitteen tietoteoreettista taustaa:

> Oikeuden käsitteen epäselvyys ja epämääräisyys riippuu ensinnäkin siitä, ettei sillä ole fyysillistä vastinetta ulkomaailmassa, vaan se on pelkästään ajatustoiminnan tulos, olettamus eli fiktio sanan laajimmassa merkityksessä.[92]

---

89 Carlson 1944b, s. 320–325.
90 Carlson 1952c, s. 545.
91 Sainio 1928, s. 113.
92 Caselius 1925, s. 3.

Caselius ei ainakaan tunnetuimmissa teoksissaan kuitenkaan viittaa Carlsoniin, saati asiallisesti käsittele hänen teoriansa yksityiskohtia. Kolmannen aikalaisen, Elieser Kailan suhde uuskantilaiseen oikeusfilosofiaan oli ristiriitaisempi. Vaikka hän tuntee kirjallisuuden erinomaisen hyvin, monen muun tavoin hän huomauttaa uuskantilaisten elämälle vieraista muodollisista johtopäätöksistä:

> Muutenkin peräti vaikeatajuisen kielenkäyttönsä kautta turmelee Stammler [PM: uuskantilainen oikeusfilosofi Rudolf Stammler] filosofiiansa ymmärtämisen, ja sitä paitsi voi häntä vastaan vielä suuremmalla syyllä kuin Kantia vastaan tehdä sen muistutuksen, että hän pyrkii ulkonaiseen arkitektooniseen symmetriiaan, jonka vuoksi hän koettaa pusertaa aineen visseihin kaavoihin.[93]

Yleisissä kirjoituksissa, joissa Carlson lyhyesti esitellään yhtenä suomalaisen oikeusteorian edustajana, hänestä puhutaan usein yksinäisenä ajattelijana: hänellä ei ollut oppilaita eikä seuraajia, eivätkä aikalaiset viitanneet häneen erityisemmin paljon.[94] Monet katsovat, kuinka hänen leipätyönsä yliopiston ulkopuolella saattoi olla yksi tärkeä syy mainittuun ”yksinäisyyteen”. Näin tekee esimerkiksi Brusiin, joka selittää Carlsonin aukkotapauksia koskevan kannan erilaisuuden viittaamalla häneen ehkä tahtomattaan väheksyen ”käytännöllisen oikeuselämän suvereenina tuntijana” ja huomauttaa Carlsonin ”arveluttavista pandektisista sympatioista”.[95] Viittaukset saattavat myös olla alkusyynä Brusiinin väitöskirjaa seuranneeseen polemiikkiin, joka jatkuu Carlsonin verraten yksityiskohtaisessa kirja-arvostelussa. Carlson korostaa, että hänen arvionsa motiivina on kritisoida pikemminkin Brusiinin edustaman koulukunnan – Carlson kutsuu koulukuntaa ”sosiologiseksi” – teoreettisia peruslähtökohtia kuin yksittäistä ansiokasta väitöskirjaa.[96] Vastineessaan Brusiin toteaa, että Carlsonin peräänkuuluttamat aprioriset käsitteelliset määritelmät ovat ainoastaan ko-

---

[93] Kaila 1924, s. 206. Kaila viittaa Carlsoniin vain kerran ”imperatiiviteoriian” kannattajana. Kaila 1924, s. 230. Näitä ja muita teemoja on mahdollisesti käsitelty lisää kirjan julkaisemattomassa toisessa osassa, jonka käsikirjoitukseen Caselius viittaa. Caselius 1924, s. XVI. Stammlerista, ks. Minkkinen 1999, s. 30–34.

[94] Kuvaavaa on, että Kastari, jonka 1930-luvulla juljaistuja artikkeleita pidetään yleisesti ensimmäisinä suomalaisina Kelsen -esittelyinä, ei edes mainitse yli kymmenen vuotta häntä ennen aiheesta kirjoittanutta Carlsonia. Ks. Kastari 1936 ja Kastari 1937. Carlsonin arkistosta löytyneiden eripainosten perusteella voitaisiin päätellä, että hänellä oli erityisen hyvät välit K.R. Brotheruksen kanssa.

[95] Brusiin 1938a, s. 49–50, alav. 53, ja s. 196, alav. 10a.

[96] Carlson 1938, s. 316–317. Yleisesti ottaen Carlsonin argumentit ovat pitkälti samoja kuin ne, joita hän esittää realisteja vastaan.

risteita, joita ei yleensä edes pyritä soveltamaan tutkimustyöhön. Brusiin katsoo puolestaan tarkastelevansa oikeutta ”vallitsevasta oikeusvakaumuksesta käsin”, jolloin oikeus ankkuroituisi luontevammin kansakunnan henkiseen pääomaan. Sen sijaan:

> […] sellainen juridiikka, joka ”Seinin” ja ”Sollenin” hedelmätöntä erottelua jyrkästi korostaen *periaatteellisesti* torjuu esim. yhteisön taloudellisen rakenteen ja sen henkisten virtausten huomioimisen oikeusnormeja analysoitaessa ja systematisoitaessa, on hämähäkki, joka ”Fiktiivisen järjestelmänsä” pohjalta lähtien analogian avulla kehrää loputtomat loogilliset seittinsä. Maallikossa moinen magia kenties (?) herättää ihmettelyn sekaista kunnioitusta, synnyttää oikeusvarmuuden illusion, lakimies sensijaan tietää, että hänen normianalyysinsa on hedelmällistä vain jos sen pohjana (vaikkapa tiedottomana) on yhteiskunnallisen todellisuuden eri puolien tarkka tuntemus.[97]

Carlson on mitä ilmeisimmin vastannut Brusiinin vastineeseen yksityisellä kirjeellä. Vaikka vastine julkaistiin nimenomaisesti mainittuun kirja-arvosteluun, Brusiin puolestaan toteaa, ettei ole pahastunut ”intelligenssinä” kunnioittamansa Carlsonin arvostelusta vaan pikemminkin Kailan palautteesta:

> Kun tällainen herra [PM: Kaila] kirjoittaa ensin vaatimattomasta teoksestani *satiirisen* piikkejä täynnä olevan arvostelun, kun joku *skolastikko* ryhtyy suorastaan haukkumaan minua kuin mikäkin kylärakki, ja kun tällä herralla vielä on ulkonainen virka-asema yliopistossa, ”virallisensa vastaväittäjänä”, silloin on mitta täysi. Lainopilliseen tiedekuntaan en pyri enää, vaan tulen käytännöllisen virkani ohella harjoittamaan oikeusteoreettista tutkimusta hobbyna aivan kuten Tekin.[98]

Jos Carlson ei saanut ansaitsemaansa tunnustusta kotimaassa, niin ulkomailla hänen lahjansa huomattiin. Vuonna 1951 Sevillan yliopiston professori Francisco Elías de Tejada kirjoitti Otto Brusiinille omistetun artikkelin, jossa selvitettiin suomalaisen oikeusfilosofian erityispiirteitä. Ruotsinkielentaitoisena Tejada oli saanut luettavakseen viisi Carlsonin artikkelia. Tejadan mukaan Carlson on pyrkinyt selvittämään erilaisia opillisia teemoja uuskantilaisesta näkökulmasta mutta kuitenkin ilmeisen omaperäisesti. Carlsonin metajuridiset tavoitteet ja hänen pyrkimyksensä antaa lainsäädännölle moraalifilosofinen sisältö osoittavat, mistä Carlson innoituksensa hakee:

---

[97] Brusiin 1938b, s. 450.

[98] Brusiin 1939. Brusiin viittaa tässä Kailan vastaväittäjän lausuntoon. Kaila 1938.

> Lyhyistä ja merkittävistä monografioista koostuva kokonaisuus on yksi merkittävin moderni kontribuutio uuskantilaiseen oikeusfilosofiaan ja ylittää kirkkaasti sen, mitä suuntaus alunperin edusti. Se on kypsä tulos, joka on syntynyt ammatin kautta avautuvan todellisuuden ja ajattelijan antaumuksellisen kutsumuksen intiimistä liitosta.[99]

Seuraavan kerran Carlsoniin viitataan yleisemmin vasta kirjan *Rätten* arvosteluissa. Simo Zitting kirjoitti verraten sympaattisen referoivan arvion, joka kuvaa kirjaa ”loogiseksi teoriaksi oikeuden ja oikeustieteen piirissä käytetyistä käsitteistä”.[100] Yksityiskohtaisimman ja asiantuntevimman kotimaisen arvion kirjoitti muutamaa vuotta aikaisemmin Kelsenistä väitellyt Jans-Magnus Jansson, joka yleisellä tasolla moittii kirjan tarpeetonta käsitteellisyyttä. Arvio keskittyy kuitenkin Carlsonin keskeisimpään antiin oikeusteorialle, hänen teoriaansa oikeusvelvollisuuksista autonomiseen velvollisuuskäsitteeseen perustuvana psykologisena ilmiönä. Jansson ymmärtää hyvin, minkä ongelman Carlson pyrkii fiktiollaan ratkaisemaan mutta epäilee ratkaisun tarkoituksenmukaisuutta. Ensiksikin se saattaa olla ”ele vailla todellista merkitystä” sillä fiktiolla ei tunnu olevan mitään käytännöllisiä seurauksia. Toiseksi normatiivisen teorian vastaisesti oikeuden ja etiikan alueet näyttävät sekoittuvan autonomisen oikeusvelvollisuuskäsityksen tehdessä oikeusjärjestyksestä tarpeettomankin intiimin. Kolmanneksi Carlsonin muodollinen teoria ja psykologinen velvollisuuskäsite eivät välttämättä sovi yhteen. Oikeusvelvollisuus on Jansonin oman käsityksen mukaan heteronominen, autonomisen etiikan näkökulmasta vain näennäisvelvollisuus. Mutta Jansson korostaa, että Carlsonin johtopäätökset ovat oikeansuuntaiset, jos ne viedään katkeraan loppuun saakka.[101] Vastineessaan Janssonille Carlson aivan oikein huomauttaa, että tämä ei ole ymmärtänyt oikein fiktion tietoteoreettista luonnetta.[102]

Ruotsissa laamanni Einar Holm kirjoitti laajahkon mutta asiallisesti melko vaatimattoman arvion kirjasta. Holm ilmoittautuu ”modernin pohjoismaisen oikeustieteen” kannattajaksi, ja hänen arvionsa perustuu pitkälti ”konstruktiivisen oikeustieteen” perusolettamusten ja tarpeellisuuden epäilyyn lähtökohtanaan huomio, että tuomari ei tarvitse tiedettä. Hän kritisoi Carlsonin ja muiden yrityksiä käsitteellistää ihmisten käyttämiä symboleja:

> Puhtaaseen oikeusoppiin perustuva oikeusjärjestys edellyttää välttämättömänä lisänä oikeudellista todistusteoriaa, joka on laadultaan vastaavasti myös fiktiivinen. Vapaa todistusharkinta on täysin yhteensopimaton konstruktiivi-

[99] Tejada 1951, s. 14.
[100] Zitting 1954, s. 853.
[101] Jansson 1955, s. 196–200. Ks. myös Jansson 1950, s. 352, alav. 207, ja s. 365, alav. 132.
[102] Carlson 1955a.

> sella perustalla lepäävän suljetun sääntöjärjestelmän kanssa. Koska vapaata todistusharkintaa ei aina voida rajata määrättyyn prosessin jaksoon, se ei myöskään omalta osaltaan voi sietää edes irrallisia vääriä karttoja tai juridisia kiekuroita, ts. käsitteitä tai käsiteyhdistelmiä, jotka kattavat epätäydellisesti tai eivät lainkaan tarkoittamansa todellisuuden.[103]

Hän tuntuu myös epäilevän Carlsonin motiiveja konservatiivisiksi:

> Kun kysymys on kiihkeistä puheenvuoroista ajankohtaisista aiheista taustana sukupolvien vastakkainasettelu, on aihetta olettaa, että todellista syytä yhteensopimattomiin mielenilmaisuihin on etsittävä mahtavasta hirviöstä, jota sosiologit kutsuvat ”kulttuurin jälkeenjääneisyydeksi” – hevosvaunujen taipumuksesta seurata ja vieläpä syventää vanhoja uria senkin jälkeen, kun uusi ja parempi tie on saatettu käyttöön.[104]

Brusiin kirjoitti kirjasta lyhyen esittelevän arvion saksankieliselle yleisölle. Myönteisessä arviossaan hän kiinnittää erityisesti huomiota Carlsonin mielenkiintoisiin ajatuksiin tuomarin oikeudesta ja velvollisuudesta huomioida päätöksissään todelliset yhteiskunnalliset intressit, joiden kautta hän tekee deduktiivisen oikeustieteen tuloksiin tarpeelliset korjaukset.[105] Osvi Lahtinen puolestaan kritisoi jälleen ”säälimättömän johdonmukaisen” teoreetikon elämälle vieraita johtopäätöksiä:

> […] pyrkimys kuitenkin on saada systeemi sellaiseksi että se vastaa todellisuutta eikä päinvastoin.[106]

Carlsonin kuoleman jälkeen ainoa, joka on tutustunut hänen tuotantoonsa tarkemmin, on Markku Helin. Helin tutkii suomalaisen siviilioikeuden modernisoitumisprosessia pohjoismaisten vaikutteiden myötä ja tuntuu katsovan, että Carlson oli aikanaan ainoa, joka ymmärsi syvällisemmin, mistä pohjoismaisessa realismissa oli teoreettisesti kysymys.[107]

---

[103] Holm 1955, s. 72.

[104] Holm 1955, s. 74.

[105] Brusiin 1955, s. 451. Brusiin korostaa mielestäni tässä liikaa teorian ja tuomaritoiminnan samankaltaisuutta.

[106] Lahtinen 1956, s. 158.

[107] Helin 1988, s. 278 (”Ainoan asiasisällöltään merkittävän puheenvuoron Lundstedtia vastaan käytti B.C. Carlson.”), s. 284 (”Jälleen vain B.C. Carlson näytti olevan selvillä, mistä oli kysymys.”) ja s. 329 (”[…] jolla näytti olleen useimpia sivilistejä parempi tuntuma siviilioikeutta koskevaan metodikeskusteluun.”).

10. LOPUKSI: ANTI-INTELLEKTUALISMISTA

Suomessa 1920-luvulta alkaneen oikeustieteen ”modernisoitumisprosessin” keskeisenä teemana oli yhtäältä saksalaisen oikeuskulttuurin merkityksen pieneneminen ja toisaalta aluksi pohjoismaisten (pohjoismainen realismi, ”*reella övervägande*n”) ja myöhemmin angloamerikkalaisten (analyyttinen filosofia, yhteiskuntatieteiden empiristiset suuntaukset) vaikutteiden lisääntyminen. Modernisoitumisprosessi saattaa olla monen yksityiskohtaisemman ilmiön taustalla oleva syy, ja sen voidaan esimerkiksi sanoa olevan vallitsevan lainopillisen itseymmärryksen yksi kulmakivi. Mutta historiallisena muutoksena prosessi on myös itsessään seuraus paljon yleisemmästä suomalaisen oikeustieteen piirteestä: puhtaan teorian vierastamisesta, josta prosessin aikana käytettiin usein nimeä ”metafysiikan vastustus”. Puhdasta teoriaa vierastava perusasenne on selkeästi nähtävissä tavassa, jolla Carlsonin uuskantilaiseen konstruktiiviseen oikeustieteeseen suhtauduttiin, mutta yhtä hyvin se ilmenee penseydessä, jolla Kantin filosofia otettiin vastaan yli sata vuotta aikaisemmin.

Myös Helin viittaa lainoppineiden anti-intellektuaaliseen perusasenteeseen mutta katsoo, että oikeusteorian on myös syytä tiedostaa oma osuutensa perusasenteen synnyssä ja kehityksessä:

> Sorvattaessa oikeustieteen metodia on joskus pidetty kiinni sellaisista tieteellisyyden vaatimuksista, jotka johdonmukaisesti noudatettuina tekisivät lainopin käytännöllisen funktion mahdottomaksi. On luonnollista, että tämänkaltaiset vaatimukset […] saavat lainopin harjoittajat suhtautumaan entistä penseämmin teorian taholta tuleviin metodiohjeisiin.[108]

Havaintona oikeusteorian ja lainopillisen tutkimuksen välisestä vaikeasta suhteesta Helinin kommentti pitää epäilemättä paikkansa. Mutta väitteenä siihen sisältyy kaksi olettamaa, jotka voidaan asettaa kyseenalaiseksi. Ensiksikin Helin tuntuu samalla sanovan, että lainopin näkökulmasta teoreettinen johdonmukaisuus on puhtaasti tieteellinen hyve, josta on voitava joustaa silloin kun se osoittautuu käytännön näkökulmasta tarpeelliseksi. Ajatus kielii instrumentalismista, jonka mukaan oikeusteorian tehtävänä olisi tarjota käytännön kentällä toimivalle lainoppineelle lähinnä menetelmällisiä välineitä normatiivisen aineiston hallitsemiseksi. Toiseksi Helin tuntuu ajattelevan, että antaessaan aineellisoikeudellisilla alueilla toimivalle lainopille menetelmällisiä ohjeita, oikeusteoria operoi lainoppiin nähden yleisemmällä tasolla tieteenä, jota aikaisemmin kutsuttiin ”yleiseksi oikeustieteeksi”.[109] Käsitys oli epäilemättä laajalle

[108] Helin 1988, s. 261–262.

[109] Näin esim. Kaila 1924, s. 27: ”Yleisellä oikeusopilla ymmärrämme tiedettä, joka käsittelee määrätyn positiivisen oikeusjärjestyksen kaikille osa-aloille yhteisiä kysymyksiä […]”

levinnyt aikaisemmin, ja merkkejä siitä näkee myös Carlsonin kirjoituksissa. Mutta oikeustutkimuksen kansainväliseen nykytilaan nähden käsitys yleisestä menetelmäopiksi pelkistetystä oikeusteoriasta on kuitenkin epäajanmukainen. Jos oikeusteorialla ei ole etuoikeutettua asemaa aineellisoikeudellisten oppiaineiden ”yleistieteenä”, ei sitä myöskään voida rajata oikeuden ”metodiopiksi”, vaan oikeusteoria on itsenäinen ja erillinen oikeustutkimuksen osa-alue, jonka on voitava tarkastella tutkimuskohdettaan ilman vaatimuksia sovellettavuudesta tai käytännöllisyydestä.

Carlsonin oman käsityksen mukaan teoreettisen ajattelun keskeinen piirre on juuri johdonmukaisuus:

> Teoreettisella ajattelulla tarkoitetaan tässä ajattelemisen etenemistä lähtökohdistaan niiden äärimmäisiin johtopäätöksiin siten, että kehitystä eivät saa häiritä näkökulmat, jotka eivät perustu johdonmukaisuuteen, ajattelemisen erityispiirteeseen […][110]

Tinkimätön johdonmukaisuus mielletään usein ”vaikeaselkoisuudeksi”, lainoppineen – ja mahdollisesti myös käytännön juristin – kykenemättömyydeksi ymmärtää, mistä on kysymys. Oletetun tai väitetyn kykenemättömyyden taustalla vaikuttavat kuitenkin muutkin syyt kuin itse teorian vaikeus. Suomalaiselle (ja pohjoismaiselle) oikeustieteelle ominainen ”käytännönläheisyys” eli teoriaan sisäänrakennettu vaatimus huomioida ”lainopin käytännöllinen funktio” (Helin) johtaa omalta osaltaan myös kykenemättömyyteen erottaa, mikä tutkijan työssä on teoriaa ja mikä ei, mikä näkökulma oikeuteen kuuluu yliopistolle ja mikä tuomioistuinlaitokselle. Tämän perustavan sekaannuksen seurauksena suomalainen oikeustiede on harvoja poikkeuksia lukuun ottamatta ajautunut sokeaan pisteeseen, jota Carlson ja hänen lähinnä Saksasta vaikutteensa saaneet aikalaisensa olisivat kutsuneet ”epätieteellisyydeksi” tai ”tieteelliseksi epäpuhtaudeksi”. Kaiken hyvän oikeustieteen – myös hyvän lainopillisen tutkimuksen – yhtenä perusedellytyksenä on oltava teoreettinen johdonmukaisuus, jota toimivuuden tai soveltamisen eteen tehdyt myönnytykset saattavat vain heikentää. Carlson näki epäjohdonmukaisuutta esimerkiksi normatiivisen oikeustieteen ja käytännön vaatimusten yhteensovittamisessa ja korosti, että oikeusteoria ei tieteenä itse kykene kompromisseihin:

> Kompromissit, joita tehdään kahden vastakkaisen teorian välillä, ovat aina epäonnistuneita. Teoria, joka tekee kompromisseja vastakohtansa kanssa,

[110] Carlson 1955b, s. 401. ”On hänelle [PM: Carlsonille] ansioksi, että hän ei ole yleisesti tehnyt myönnytyksiä vaan yrittänyt pohtia asian loppuun eikä ole epäröinyt tehdä käsityksestään johtopäätökset.” Jansson 1955, s. 199–200.

> kadottaa sen, mikä tekee siitä teoriaa ja kaunistaa sen, nimittäin ominaisuutensa olla johdonmukainen. Vain käytäntö voi luoda tasapainon kahden vastakkaisen teorian välille. Sellainen on kuitenkin taidokkuutta eikä teoreettista tiedettä, ja sitä taitoa käyttävät lainsäätäjä ja tuomari, mutta ei oikeusteoreetikko.[111]

Carlsonille kaikki oikeustiede on teoriaa sikäli, että jokainen oikeustieteen synnyttämä lause on ominaisluonteeltaan teoreettinen. Tästä peruslähtökohdasta ei voida tinkiä ilman, että tieteellisyyden ihanne samalla myös turmeltuu. Vaikka oikeudelliseen maailmaan epäilemättä kuuluu myös kokonaisuus, joka pitää sisällään sekä teorian että oikeuskäytännön, ei ole pistettä, josta kokonaisuutta voitaisiin hallita. Ei ole kaiken yläpuolella olevaa transsendentaalista näkökulmaa, josta käsin sekä teoreetikon että lainkäyttäjän toiminta voitaisiin johdonmukaisesti selittää yhden ”metateorian” puitteissa. Silloin oikeusteoriakaan ei kykene palvelemaan lainkäyttäjää tavalla, josta lainoppi näyttäisi unelmoivan, vaan oikeusteorian ja lainkäytön suhde on antinominen. Sellaista antinomiaa ei voida ratkaista sovittamalla oikeusteoria ja lainkäyttö yhteen, vaan ainoastaan päätöksellä.

Silloin on myös uskallettava päättää, onko oikeusteoreetikko vai käytännön lakimies.

KIRJALLISUUS

Aarnio, Aulis. ”Om den finska rättsfilosofin under 1900-talet”, s. 30–67, *JFT* 1976.

Aarnio, Aulis. *Mitä lainoppi on?* Helsinki: Tammi, 1978.

Aarnio, Aulis. ”The Development of Legal Theory and Philosophy of Law in Finland”, s. 9–46, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*. *Acta Philosophica Fennica, Vol. 36*, 1983.

Aarnio, Aulis. ”‘Zum Ehescheidungsproblem’ – Esimerkki Otto Brusiinin tuotannon kypsästä keskivaiheesta”, s. 182–194, *Lakimies* 1997.

Ahlman, Erik. ”Arvoarvostelmista”, s. 58–139, *Ajatus. Filosofisen yhdistyksen vuosikirja III*. Porvoo: Werner Söderström, 1929.

Björne, Lars. *Patrioter och institutionalister. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del I. Tiden före år 1815*. Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, 1995.

[111] Carlson 1955b, s. 405.

Björne, Lars. *Den konstruktiva riktningen. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III. 1871–1910*. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2002.

Boëthius, Daniel. *Försök till en läro-bok uti Natur-rätten*. Uppsala: [s.n.], 1812.

Brusiin, Otto. *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1938a.

Brusiin, Otto. ”Vastine”, s. 449–450, *Defensor Legis* 1938b.

Brusiin, Otto. Julkaisematon kirje B.C. Carlsonille. Pariisissa 28.1.1939.

Brusiin, Otto. ”Über die finnische Rechtsphilosophie”, s. 3–9, *Mededelingen van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, Klasse der Letteren*, Jaargang XII, No 8, 1950.

Brusiin, Otto. ”Bror Clas Carlson, Rätten. Ett rättsteoretiskt försök (Das Recht. Ein rechtstheoretischer Versuch). Juridiska Föreningens i Finland publikationsserie Nr. 26. Helsingfors 1954, 185 Seiten”, s. 450–452, *ARSP*, Band XLI, 1955.

Calonius, Matthias. *Mathias Calonii bref till Henrik Gabriel Porthan. Åren 1793–1800. Skrifter utgifna af svenska literatursällskapet i Finland LV*. Helsingfors: Svenska literatursällskapet i Finland, 1902.

Calonius, Matthias. *Praelectiones in iurisprudentiam civilem*. Helsingfors: [s.n.], 1908.

Calonius, Matthias. *Matthias Calonius' brev till Nathanael Gerhard af Schultén 1802–1813. Acta Academiae Aboensis, Ser. A. Vol. 38, Nr. 1*. Åbo: Åbo Akademi, 1969.

Carlson, B.C. ”Alarik Hernberg, Rättshandbok, Helsingfors 1922. Holger Schildts förlagsaktiebolag. 605 s”, s. 55–65, *JFT* 1923a.

Carlson, B.C. ”Anmälarens påminnelse i anledning af ofvanstående”, s. 129, *JFT* 1923b.

Carlson, B.C. ”Lag och plikt”, s. 4–20, *JFT* 1923c.

Carlson, B.C. ”Några anmärkningar om rättsvetenskap och sociologi”, s. 280–293, *JFT* 1924.

Carlson, B.C. ”Rättsvärlden och verkligheten”, s. 449–457, *Defensor Legis* 1935.

Carlson, B.C. ”Luckor i rätten”, s. 583–605, *JFT* 1937a.

Carlson, B.C. ”Lundstedts kritik”, s. 390–406, *Defensor Legis* 1937b.

Carlson, B.C. ”Otto Brusiin: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938. (Domarens prövning då norm saknas)”, s. 316–328, *Defensor Legis* 1938.

Carlson, B.C. ”Lücken im Recht”, s. 27–39, *Revue internationale de la théorie du droit*, Vol. 11, 1939a.

Carlson, B.C. ”Rättsperson, stat och rättsordning”, s. 135–153, *Statsvetenskaplig tidskrift* 1939b.

Carlson, B.C. ”Rätt och rättsordning”, s. 97–111, *Statsvetenskaplig tidskrift* 1940a.
Carlson, B.C. ”Rättigheten”, s. 73–99, *Defensor Legis* 1940b.
Carlson, B.C. ”Reella överväganden I”, s. 191–196, *Defensor Legis* 1944a.
Carlson, B.C. ”Reella överväganden II”, s. 320–329, *Defensor Legis* 1944b.
Carlson, B.C. ”Aatos Alanen: Yleinen oikeustiede. Helsinki, Werner Söderström Osakeyhtiö 1948”, s. 264–269, *Defensor Legis* 1949.
Carlson, B.C. ”Giltigheten”, s. 166–180, *JFT* 1952a.
Carlson, B.C. ”Några reflexioner i anledning av en doktorsavhandling”, s. 67–69, *Nya Argus*, 5, 1952b.
Carlson, B.C. ”Om det lämpliga i att anlita rättspliktens och rättighetens begrepp i rätten”, s. 540–545, *Svensk Juristtidning* 1952c.
Carlson, B.C. *Rätten. Ett rättsteoretiskt försök*. Helsingfors: Juridiska föreningen i Finland, 1954.
Carlson, B.C. ”Några ord till professor Jansson”, s. 348–355, *JFT* 1955a.
Carlson, B.C. ”Rätten. Svar till lagmannen Einar Holm”, s. 401–407, *Tidskrift for rettsvitenskap* 1955b.
Carlson, B.C. ”Strenger Normativismus”, s. 329–350, *ARSP*, Band XLII, 1956.
Carlson, B.C. ”Ankaraa normativismia”, s. 121–142, teoksessa Juha Pöyhönen (toim.), *Suomalaista oikeusteoriaa. Osa 1. Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 2*. Helsinki: [s.n.], 1977.
Caselius, Ilmari. *Omistajankiinnityksestä Suomen oikeuden mukaan*. Helsinki: [s.n.], 1924.
Caselius, Ilmari. *Panttioikeuden käsitteestä Suomen oikeuden mukaan*. Helsinki: [s.n.], 1925.
Ehrström, Karl Gustaf. ”Juristernas ansvar för rättsutveckling”, s. 79–82, *JFT* 1962.
Ek, C.H. *Biddrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt*. Helsingfors: Juridiska föreningen i Finland, 1943.
Freud, Sigmund. ”Formulierungen über die zwei Prinzipien des psychischen Geschehens”, s. 229–238, *Gesammelte Werke. Achter Band. Werke aus den Jahren 1909–1913*. Frankfurt am Main: Fischer, 1999.
Helin, Markku. *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1988.
Hermanson, Robert. ”Lagens hälgd”, s. 45–81, *JFT* 1898.
Hernberg, Alarik. ”En bokanmälan. Genmäle”, s. 123–128, *JFT* 1923.
Hernberg, Alarik ja B.C. Carlson. ”Polemik. Slutord i anl. av jur. kand. Carlsons bokanmälan”, s. 250, *JFT* 1923.

Holm, Einar. ”Tankar kring en bok”, s. 57–75, *Tidskrift for rettsvitenskap* 1955.
Husserl, Edmund. *Logische Untersuchungen. Erster Band. Prolegomena zur reinen Logik. 6. Aufl.* Tübingen: Max Niemeyer, 1980.
Jansson, Jan-Magnus. *Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden av hans rättsfilosofiska åskådning*. Helsingfors: Societas scientiarum Fennica, 1950.
Jansson, Jan-Magnus. ”En inhemsk rättsteoretiker”, s. 191–201, *JFT* 1955.
Jellinek, Georg. *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. Wien: Alfred Hölder, 1878.
Jellinek, Georg. *Allgemeine Staatslehre. 2. durchgesehene und vermehrte Aufl.* Berlin: O. Häring, 1905.
Jellinek, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1919.
Jhering, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Theil. Erste Abteilung*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1888.
Kaila, Elieser. *Oikeuslogiikka I. Muodollinen oikeuslauseoppi*. Helsinki: [s.n.], 1924.
Kaila, Elieser. ”Otto Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Yliopistollinen väitöskirja. Vammala 1938. XXI + 267 sivua. Suomalainen lakimiesten yhdistys. Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisuja n:o 14. (Virallisen vastaväittäjän El. Kailan lausunto)”, s. 385–408, *Lakimies* 1938.
Kangas, Urpo. ”Theoria Juris -kerhon jälkeenjääneet paperit”, s. 57–74, teoksessa Urpo Kangas and Kaarlo Tuori (toim.), *Liber amicorum Carolo Makkonen deditus*. Helsinki: [s.n.], 1986.
Kangas, Urpo (toim.). *Oikeustiede Suomessa 1900–2000*. Helsinki: Werner Söderström Lakitieto, 1998.
Kant, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*, s. 1–164, *Werke. Akademie-Textausgabe. Band V*. Berlin/New York: de Gruyter, 1968a.
Kant, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft. 1. Auflage*, s. 1–252, *Werke. Akademie-Textausgabe. Band IV*. Berlin/New York: de Gruyter, 1968b.
Kant, Immanuel. *Käytännöllisen järjen kritiikki*, s. 163–362, *Siveysopilliset pääteokset. Suom. J.E. Salomaa*. Porvoo/Helsinki/Juva: WSOY, 1990.
Kastari, Paavo. ”Eräitä Hans Kelsenin oikeusteoriaa koskevia näkökohtia”, s. 80–100, *Lakimies* 1936.
Kastari, Paavo. ”Hans Kelsenin valtiokäsitys”, s. 1–19, *Lakimies* 1937.
Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. 1. Auflage*. Tübingen: Mohr/Siebeck, 1911.
Kelsen, Hans. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. 2. photomechanisch gruckte Aufl.* Tübingen: Mohr, 1928.

Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik. 1. Auflage*. Aalen: Scientia, 1994.

Klinge, Matti. *Mikä mies Porthan oli?* Helsinki: SKS, 1989.

Koskimies, Rafael. *Porthanin aika. Tutkielmia ja kuvauksia*. Helsinki: Otava, 1956.

Kyläkallio, Juhani (toim.). *Oikeustieteellisen tiedekunnan tohtoripromootio huhtikuun 23 päivänä 1963*. Helsinki: Oikeustieteellisen tiedekunnan promootiotoimikunnat, 1963.

Lahtinen, Osvi. ”B.C. Carlson: Rätten. Ett rättsteoretiskt försök. Hyvinkää 1954. 185 sivua”, s. 151–160, *Defensor Legis* 1956.

Lundstedt, A.V. *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Erster Band. Die falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjektiven Rechten*. Berlin: Walther Rothschild, 1932.

Lundstedt, A.V. *Legal Thinking Revised. My Views on Law*. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956.

Mahkonen, Sami. ”Käsitelainopista”, s. 19–35, *Lakimies* 1976.

Makkonen, Kaarlo. ”Johdatus Carlsonin kirjoitukseen”, s. 118–120, teoksessa Juha Pöyhönen (toim.), *Suomalaista oikeusteoriaa, Osa I. Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 2*. Helsinki: [s.n.], 1977.

Merkl, Adolf. *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*. Leipzig/Wien: F. Deuticke, 1923.

Merkl, Adolf. *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, s. 437–492, *Gesammelte Schriften. Erster Band. Grundlagen des Rechts. Erster Teilband*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

Minkkinen, Panu. *Thinking Without Desire. A First Philosophy of Law*. Oxford/Portland, Oregon: Hart, 1999.

Minkkinen, Panu. *Järjen lait. Kant ja oikeuden filosofia*. Helsinki: Tutkijaliitto, 2002.

Nousiainen, Kevät. *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ”modernille” ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 1993.

Porthan, H.G. *Bref från Henrik Gabriel Porthan till samtida. Utgifna av Ernst Lagus. Skrifter utgifna af svenska literatursällskapet i Finland XXXVIII*. Helsingfors: Svenska literatursällskapet i Finland, 1886a.

Porthan, H.G. *Henrik Gabriel Porthans brev till Mathias Calonius I (Åren 1791–1796). Skrifter utgifna af svenska literatursällskapet i Finland I*. Helsingfors: Svenska literatursällskapet i Finland, 1886b.

Porthan, H.G. *Henrik Gabriel Porthans brev till Mathias Calonius II (Åren 1797–1800). Skrifter utgifna af svenska literatursällskapet i Finland V*. Helsingfors: Svenska literatursällskapet i Finland, 1886c.

Porthan, H.G. *Föreläsningar uti theologia naturali 1802 (adnotarit Frederik Waldstedt)*, s. 483–562, *Opera omnia II*. Turku: Porthan-seura, 1963.
Porthan, H.G. *De obscuritate orationis (resp. N. Mathesius)*, s. 431–451, *Opera omnia X*. Turku: Porthan-seura, 1998.
Radbruch, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart: K.F. Koehler, 1950.
Rickert, Heinrich. *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften.* Tübingen: J.C.B. Mohr, 1902.
Sainio, Viljo. ”Eräitä oikeuden olemusta käsitteleviä teorioita”, s. 91–113, *Defensor Legis* 1928.
Salomaa, J.E. ”Kantin filosofian ensimmäinen vastaanotto Suomessa”, s. 425–439, *Valvoja-Aika*, 5, 1927.
Tejada, Francisco Elías de. ”La filosofía del derecho en Finlandia”, s. 3–31, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Junio, 1951.
Thon, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Weimar: Hermann Böhlau, 1878.
Tuori, Kaarlo. *Kriittinen oikeuspositivismi*. Helsinki: Lakitieto, 2000.
Tuori, Kaarlo. ”Käsitelainopin itsepuolustus”, s. 1295–1320, *Lakimies* 2002.
Wahlberg, Markus. *Den finska straffrättsvetenskapens födelse I. Calonius, Ehrström och den finska straffrättsvetenskapens födelse*. Helsingfors: Forum Iuris, 2003.
Vaihinger, Hans. *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund einer idealistischen Positivismus*. Aalen: Scientia, 1986.
Wrede, R.A. *Matthias Calonius*. Helsingfors: Söderström & Co, 1917.
Wrede, R.A. *Grunddragen av Finlands rätt- och samhällsordning. Handbok för medborgare*. Helsingfors: Söderström & Co, 1921.
Zitting, Simo. ”B.C. Carlson: Rätten. Ett rättsteoretiskt försök. Juridiska Föreningens i Finland publikationsserie N:o 26. Hyvinkää 1954. 185 s”, s. 853–856, *Lakimies* 1954.

Panu Minkkinen

LEGAL DOGMATICS AND ANTI-METAPHYSICS: ON THE "CONSTRUCTIVE JURISPRUDENCE" OF B. C. CARLSON

The article investigates the normative theory of Justice B.C. Carlson (1890–1966). Between the years 1923–1954, Carlson, a practicing judge himself, wrote a number of significant theoretical essays and a book that have all remained fairly unknown to the Finnish legal audience. The article is the first attempt to present a coherent and comprehensive picture of Carlson's theoretical work. Carlson's main sources of inspiration were Hans Kelsen and a number of neo-Kantian philosophers (e.g. Vaihinger, Rickert) who also influenced the pure theory of law. But unlike Kelsen, Carlson develops his theoretical framework from the concept of legal obligation. The normative and autonomous nature of a legal obligation is, in the end, defined with the help of an epistemological fiction not unlike the Kelsenian *Grundnorm*. The article also suggests that the reason for the Finnish legal audience's unfamiliarity with Carlson's work is at least partly due to an inherent discomfort with pure theory in legal thinking. This is exemplified with the reception of Kant in Finland some 100 years earlier.

Tiina Satti

IHMISEEN KOHDISTUVAT LÄÄKETUTKIMUKSET JA EETTISET TOIMIKUNNAT NIIDEN VALVOJINA

Sisällys

1 JOHDANTO 473
1.1 Johdatus työn aihepiiriin 473
1.2 Aiheen rajaus ja aineistosta 474

2 LÄÄKETUTKIMUS 475
2.1 Käsitteitä 475
2.2 Lääketutkimuksen vaiheet 476

3 LÄÄKETUTKIMUSTEN SÄÄNTELY 477
3.1 Kansainvälinen sääntely 478
3.1.1 Ihmisoikeussopimukset 478
3.1.2 Euroopan neuvoston ihmisoikeuksia ja biolääketiedettä koskeva yleissopimus 478
3.1.3 Euroopan yhteisön lainsäädäntö 480
3.1.4 International Conference on Harmonisation: Good Clinical Practise (ns. ICH GCP -ohjeet) 480
3.1.5 Euroopan neuvoston suositus 481
3.1.6 Helsingin julistus 481
3.1.7 Muu kansainvälinen sääntely 482
3.2 Kansallinen lainsäädäntö 482
3.2.1 Suomen perusoikeussäännöstö 482
3.2.2 Laki ja asetus lääketieteellisestä tutkimuksesta 483
3.2.3 Lääkelaki 483
3.2.4 Lääkelaitoksen määräys 1/2001 Ihmiseen kohdistuvista kliinisistä lääketutkimuksista 484

4 EETTISTEN TOIMIKUNTIEN ASEMA, KOKOONPANO JA ESTEELLISYYS 485
4.1 Organisaatio 485
4.2 Kokoonpano 486
4.2.1 Tutkimuslain asettamat vaatimukset 486
4.2.2 Tutkimusdirektiivistä aiheutuvat muutokset 487
4.3 Esteellisyys 488

5 EETTISTEN TOIMIKUNTIEN TEHTÄVÄT 489
5.1 Tutkimushankkeen arvioiminen 489

5.1.1 Kansallisen lainsäädännön mukaan 489
5.1.2 Tutkimusdirektiivistä aiheutuvat muutokset 491
5.2 Tutkimussuunnitelmaan tehtävien muutosten arvioiminen ... 494
5.3 Tutkimusten valvonta niiden suorittamisen aikana? 495
5.4 Eettisille toimikunnille lausunnon antamiseksi asetettu määräaika 497
5.4.1 Määräajan alkaminen 497
5.4.2 Määräajan määräytyminen 498

6 EETTISEN TOIMIKUNNAN TEHTÄVÄT YKSITTÄISEN TUTKIMUKSEN ARVIOINNIN KANNALTA 499
6.1 Yleistä 499
6.2 Tutkimuksen yleisen asianmukaisuuden varmistaminen 500
6.2.1 Tutkimuksen hyöty-haittasuhde 501
6.2.2 Tutkimusjärjestelyt 504
6.3 Tutkittavan oikeuksien turvaaminen 505
6.3.1 Tutkittavan oikeus informaatioon 505
6.3.2 Tutkittavan itsemääräämisoikeus 507
6.3.3 Tutkittavan oikeus yksityisyyteen 509
6.3.4 Tutkittavan oikeus vahingonkorvaukseen 510
6.3.5 Tutkittavan oikeus taloudelliseen korvaukseen 512

7 SAIRAANHOITOPIIRIEN EETTISTEN TOIMIKUNTIEN TOIMINTATAVAT 513
7.1 Toimintatapoja koskeva toimikuntien oma ohjeistus 513
7.2 Lausuntohakemuksen muodolliset vaatimukset 516
7.2.1 Hakemus tutkimuksen ennakkoarviointia varten 516
7.2.1.1 TUKIJAssa tai toisessa sairaanhoitopiirin eettisessä toimikunnassa arvioitu tutkimus 520
7.2.2 Hakemus tutkimuksen muutoksen arviointia varten .....
7.3 Toimintatapojen arviointia 524
7.4 Tutkimusdirektiivistä aiheutuvat muutokset 527

8 LOPUKSI 527

LIITTEET
Liite 1. Sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien muodolliset vaatimukset lausuntohakemukselle. 530
Liite 2. Sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien muodolliset vaatimukset kansallisesti arvioidulle hakemukselle. 531
Liite 3. Sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien muodolliset vaatimukset muutoshakemukselle. 532

LÄHTEET 533

LYHENTEET 539

PHARMACEUTICAL RESEARCH ON HUMANS AND THE ETHICS COMMITTEES WHICH SUPERVISE THE RESEARCH 540

Ihmiseen kohdistuvat lääketutkimukset ja eettiset toimikunnat niiden valvojina

1 JOHDANTO

1.1 Johdatus työn aihepiiriin

Lääkkeen kehittäminen on pitkä prosessi, joka kestää yleensä 10–15 vuotta.[1] Merkittävänä osana tätä prosessia ovat ihmiseen kohdistuvat lääketutkimukset, joilla pyritään selvittämään lääkkeen turvallisuutta ja tehoa.

Lääketutkimusta säännellään kansainvälisellä tasolla muun muassa useissa eri ihmisoikeus- ja kansainvälisissä sopimuksissa sekä Euroopan yhteisön lainsäädännössä. Kansallisella tasolla *laki lääketieteellisestä tutkimuksesta* (488/1999, myöhemmin tutkimuslaki) tuli voimaan 1.11.1999. Lisäksi lääkelaitos on antanut kliinistä lääketutkimusta koskevan määräyksen[2]. Lääketutkimusten sääntelyn tarkoituksena on pyrkiä takaamaan tutkimusten eettisyys, tutkittavien oikeuksien toteutuminen, tutkimusten turvallisuus ja tutkimustulosten luotettavuus.[3] Osaltaan lääketutkimushankkeiden eettisyyttä ja laillisuutta on takaamassa eettisten toimikuntien suorittama lääketutkimushankkeiden ennakkoarviointi.

Vaikka eettisiä toimikuntia on perustettu tutkimusten valvontaa varten Suomessa 1970-luvulta alkaen[4], niiden toimintaa on säännelty kansallisen lain tasolla vasta reilun kolmen vuoden ajan. Ennen tutkimuslakia eettisiä toimikuntia on säännelty kansainvälisesti ja kansallisesti, mutta sääntely on ollut hajanaista. Eettisten toimikuntien kokoonpanoa, tehtäviä ja toimintaa yleensäkin on leimannut epäyhtenäisyys.[5]

Tutkimuslailla luotiin eettisten toimikuntien toiminnalle juridiset puitteet säätämällä toimikuntien kokoonpanosta, tehtävistä ja esteellisyydestä. Keväällä

---

1 Eränkö 2002, s. 14.
2 Lääkelaitoksen määräys 1/2001 Ihmiseen kohdistuvat kliiniset lääketutkimukset
3 Himberg, Scheinin ja Aranko 1994, s. 673.
4 Suomen Lääkäriliitto 2000, s. 114.
5 Keränen, Sorri ja Ylitalo 1998, s. 1135.

2001 annetun *Euroopan yhteisön direktiivin 2001/20/EY hyvän tutkimustavan noudattamisesta ihmiselle tarkoitettujen lääkkeiden kliinisessä tutkimuksissa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten lähentämisestä* (myöhemmin tutkimusdirektiivi) yhtenä tarkoituksena on yhdenmukaistaa yhteisön eri jäsenvaltioiden lääketutkimusten aloittamista ja suorittamista koskevaa sääntelyä. Osana tätä sääntelyä ovat myös säännökset eettisistä toimikunnista. Tutkielmani aiheena onkin tarkastella eettisten toimikuntien asemaa ja tehtäviä lääketutkimushankkeiden arvioijina uuden tutkimuslain oltua voimassa reilut kolme vuotta ja tutkimusdirektiivin ollessa parasta aikaa yhteisön jäsenvaltioissa implementoitavana.

1.2 Aiheen rajaus ja aineistosta

Aloitan työni tarkastelemalla eettisten toimikuntien valvonnan kohteena olevaa lääketutkimusta. Siten käyn työni alussa läpi lääketutkimusta ja sen eri vaiheita sekä lääketutkimusta koskevaa kansainvälistä ja kansallista sääntelyä. Tästä sääntelystä osan muodostavat oikeudellisesti sitovat säännöt, osa taas on suosituksen luonteista. Sen jälkeen keskityn eettisiin toimikuntiin ja niiden asemaan lääketutkimusten valvojina. Työni tarkoitus on tarkastella eettisten toimikuntien asemaa voimassa olevan tutkimuslain valossa ja verrata lain säännöksiä vastaaviin tutkimusdirektiivin artikloihin. Siten pyrin selvittämään, missä määrin tutkimuslaki on direktiivin mukainen ja missä säännöksissä on mahdollisesti eroavaisuuksia.

Työni viimeisessä luvussa selvitän, onko eettisillä toimikunnilla kansallisen ja kansainvälisen sääntelyn lisäksi toimintaa koskevaa omaa ohjeistusta. Osana tätä tarkastelen, miten erilaisia vaatimuksia toimikunnat konkreettisesti erilaisissa arviointitilanteissa asettavat hakemukselle, muun muassa onko heillä käytössään omia hakemuslomakkeita ja mitä he vaativat mahdollisen hakemuslomakkeen liitteiksi. Viimeisenä pohdin eettisten toimikuntien mahdollisesti eriäviä toimintatapoja, niiden merkitystä ja miten tilanne mahdollisesti muuttuu tutkimusdirektiivin implementoinnin myötä.

Aineistona käytän pääosin kotimaista oikeuskirjallisuutta sekä kotimaisia lääkintäoikeudellisia ja lääketieteellisiä aikakauslehtiartikkeleita. Sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien käytännön tarkastelemiseksi olen käynyt läpi sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien internetissä olevat kotisivut tarkoituksenani saada toimikuntien toimintaa koskevat mahdolliset ohje- ja toimintasäännöt sekä niiden lisäksi kaikki muu toimikuntien tutkimustoiminnan arvioimiseen liittyvä kirjallinen materiaali. Internetissä olevan materiaalin laajuuden vaihtelevuuden vuoksi pyysin lisäksi eettisten toimikuntien sihteereiltä sähkö-

postitse toimikuntien mahdollisia tutkimus- ja ohjesääntöjä. Lisäksi tiedustelin eettisten toimikuntien sihteereiltä tarkemminkin toimikunnan menettelytapoja, kun hakemus toimitetaan suoraan eettiselle toimikunnalle arvioitavaksi tai TUKIJA delegoi tutkimushankkeen arvioinnin. Lisäksi halusin tietoa toimikunnan menettelytavoista, kun sairaanhoitopiirissä aloitettavaksi aiotusta tutkimushankkeesta on jo kansallinen lausunto tai tutkimussuunnitelmaan haetaan tutkimuksen suorittamisen aikana muutosta. Kysymykseni osoitin sähköpostitse kaikkien eettisten toimikuntien sihteereille lukuun ottamatta Helsingin ja Uudenmaan sekä Pirkanmaan sairaanhoitopiirejä, joiden tutkimusten käsittelyä koskeva kirjallinen ohjeistus on laaja.

2 LÄÄKETUTKIMUS

2.1 Käsitteitä

Lääketieteellisellä tutkimuksella tarkoitetaan tutkimuslain 2 §:n mukaan tutkimusta, jolla *puututaan ihmisen, ihmisen alkion tai sikiön koskemattomuuteen ja jonka tarkoituksena on lisätä tietoa sairauksien syistä, oireista, diagnostiikasta, hoidosta, ehkäisystä tai tautien olemuksesta yleensä*. Ihmiseen kohdistuva lääketieteellinen tutkimus voidaan jakaa lääketutkimuksiin ja muihin lääketieteellisiin tutkimuksiin. Lääketutkimus muodostaa lääketieteellisestä tutkimuksesta suurimman osan ja sitä tehdään usein lääketeollisuuden aloitteesta ja rahoittamana.[6] Lääkelaissa (86 §) lääketutkimuksella tarkoitetaan ihmiseen kohdistuvaa tutkimusta, jolla selvitetään lääkkeen vaikutuksia ihmisessä sekä lääkkeen imeytymistä, jakautumista, aineenvaihduntaa tai erittymistä ihmiselimistössä. Lääkelaitoksen määräyksessä kliininen lääketutkimus määritellään samoin kuin lääkelain 86 §:ssä.[7]

Lääkkeellä tarkoitetaan lääkelain 3 §:n mukaan ainetta tai valmistetta, jonka tarkoituksena on parantaa, lievittää tai ehkäistä sairautta tai sen oiretta. Lääke on myös valmiste tai aine, jota käytetään terveydentilan tai sairauden syyn selvittämiseksi tai elintoimintojen palauttamiseksi, korjaamiseksi tai muuttamiseksi. Lääkettä voidaan käyttää joko sisäisesti tai ulkoisesti.

Ihmiseen kohdistuvat lääketutkimukset voidaan jakaa niiden tarkoituksen mukaan joko terapeuttisiksi tai ei-terapeuttisiksi tutkimuksiksi. Terapeuttisten eli hoitoon liittyvien tutkimusten tavoitteena on parantaa tutkittavan terveyden-

[6] Lötjönen 1997, s. 857.
[7] Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 4.

tilaa, kun taas ei-terapeuttisissa eli hoitoon liittymättömissä tutkimuksissa tavoitteena on tieteen edistäminen eikä tutkittavan terveydentilan kohentaminen. Kuitenkin myös terapeuttisten tutkimusten taustalla on tieteen edistäminen ja lääketieteen kehittäminen.[8] Tutkimuslakia sovelletaan sekä hoitoon liittyviin että liittymättömiin lääketieteellisiin tutkimuksiin.

Työssäni tutkimuslain 16 §:n mukaisesta eettisestä toimikunnasta, joka on oltava jokaisessa sairaanhoitopiirissä, käytän käsitettä alueellinen eettinen toimikunta tai sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta. Valtakunnallisen terveydenhuollon eettisen neuvottelukunnan lääketieteellisestä tutkimuseettisestä jaostosta käytän lyhennettä TUKIJA.

2.2 Lääketutkimuksen vaiheet

Lääkkeen kehittämisprosessia tarkasteltaessa lääketutkimukset voidaan jakaa prekliinisiin ja kliinisiin tutkimuksiin. Prekliiniset tutkimukset edeltävät ihmiseen kohdistuvia kliinisiä tutkimuksia ja ne sisältävät muun muassa farmakologisia ja toksikologisia koe-eläimillä tehtyjä tutkimuksia. Perusteellisten prekliinisten tutkimusten jälkeen lääkkeen kehittämistä jatketaan ihmiseen kohdistuvilla kliinisillä lääketutkimuksilla. Nämä tutkimukset voidaan jakaa neljään eri vaiheeseen eli faasiin. Faasien välillä ei ole jyrkkiä eroja ja eri tutkijat määrittelevät ne vähän eri tavoin. Uusi lääke saattaa olla samanaikaisesti tutkittavana kahdessa tai jopa useammassa kliinisen tutkimuksen faasissa yhtä aikaa.[9]

Ensimmäisessä faasissa tutkittavat ovat terveitä vapaaehtoisia.[10] Potilaita käytetään kuitenkin myös ensimmäisen vaiheen tutkimuksissa, kun tutkitaan lääkettä, jonka tiedetään aiheuttavan vakavia tai epämukavia sivuvaikutuksia, kuten solunsalpaajat, tai tutkittaessa immunologiseen järjestelmään vaikuttavaa ainetta. Potilailla on myös tutkittava aineita, joiden lääkkeellistä vastetta ei saada esiin terveillä henkilöillä. Tällaisia lääkkeitä voivat olla esimerkiksi verenpainelääkkeet, jotka alentavat kohonnutta verenpainetta, mutta eivät välttämättä normaalia. Tutkittavia ensimmäisen faasin tutkimuksissa on vähän; määrä vaihtelee yksittäisissä tutkimuksissa kuuden ja kahdentoista välillä. Näissä tutkimuksissa lääkettä annetaan ensimmäisiä kertoja ihmiselle ja tutkimusten tarkoituksena on selvittää muun muassa, pätevätkö eläinkokeilla saadut tutkimustulokset myös ihmiseen. Tutkimusten tavoitteena on myös lääkeaineen turvallisuuden alustava selvittäminen. Ensimmäisen vaiheen tutkimuksissa tie-

[8] Lötjönen 1997, s. 857.
[9] Gordin ja Scheinin 1992, s. 1027, Tokola ja Huupponen 1994, s. 681.
[10] Gordin ja Scheinin 1992, s. 1030.

dot lääkkeestä pohjautuvat prekliinisiin tutkimuksiin.[11]

Toisessa vaiheessa lääkettä annetaan ensimmäistä kertaa potilaalle. Tutkittavia on tässä vaiheessa kymmenistä satoihin.[12] Faasissa tarkoituksena on pyrkiä selvittämään, onko lääkeaineen vaikutuksella merkitystä sairauden hoidossa: Tutkitaan eri annosten vaikutuksia ja selvitetään lääkkeen tehon ja sivuvaikutusten välistä suhdetta. Tutkimuksissa käytetään vertailuvalmistetta tai lumeeli plasebovalmisteita. Hoitoajat ovat pääsääntöisesti lyhyitä, mutta jos lääkkeellä on tarkoitus hoitaa pitkäaikaissairautta, hoitoajan on oltava tarpeeksi pitkä, jotta voidaan arvioida lääkkeen turvallisuutta pitkäaikaiskäytössä sekä mahdollista sietokyvyn kehittymistä lääkkeelle.[13]

Kolmannen vaiheen tutkimuksia kutsutaan varsinaisiksi kliinisiksi lääketutkimuksiksi. Näissä tutkimuksissa lääkettä tutkitaan sairaaloissa tai avohoidossa riittävän suurilla potilasryhmillä. Tutkimukset muistuttavat normaalia hoitotilannetta ja tutkittaviin voi kuulua jopa tuhansia potilaita. Tutkimuksissa selvitetään lääkkeen käyttöaihetta ja verrataan sen tehoa muihin samaan tarkoitukseen käytettyihin lääkkeisiin ja hoitomuotoihin. Näiden tutkimusten jälkeen informaatio lääkkeen myyntilupahakemukseksi on valmis ja lääkkeelle voidaan hakea myyntilupaa lääkelaitokselta.[14]

Neljännen faasin tutkimukset tapahtuvat lääkkeen jo saatua myyntilupa. Neljännen faasin tutkimuksissa kerätään lisää tietoa lääkkeen sivuvaikutuksista: sivuvaikutusten yleisyydestä sekä harvinaisista sivuvaikutuksista, jotka eivät tulleet ilmi tutkimuksen ensimmäisissä faaseissa. Tässä vaiheessa potilasaineisto on suurin ja ilmi tulevat myös harvinaisemmat sivuvaikutukset sekä runsaasti tietoa eri lääkkeiden yhteisvaikutuksista.[15]

3 LÄÄKETUTKIMUSTEN SÄÄNTELY

Ihmiseen kohdistuvan lääketieteellisen tutkimustoiminnan sääntely alkoi toisen maailmansodan jälkeen Nürnbergin oikeudenkäyntien yhteydessä vuonna 1947 vahvistetulla ns. Nürnbergin ohjeistolla, joka koostuu kymmenestä lääketieteellistä tutkimusta ohjaavasta periaatteesta. Tätä ohjeistoa voidaan pitää lääketieteellisen tutkimustoiminnan säätelyn alkuna.[16]

---

[11] Gordin ja Scheinin 1992, s. 1028–1030, Tokola ja Huupponen 1994, s. 682.
[12] Ruskonaho ja Pelkonen 1998, s. 57.
[13] Gordin ja Scheinin 1992, s. 1028.
[14] Ruskonaho ja Pelkonen 1998, s. 57, Gordin ja Scheinin 1992, s. 1028.
[15] Ruskonaho ja Pelkonen 1998, s. 57.
[16] Lötjönen 1997, s. 858.

Nürnbergin ohjeistoon sisältyvät muun muassa periaatteet tutkittavan tietoisesta, vapaasta tahdosta annetusta suostumuksesta, tutkimuksen hyödyllisyydestä ja tieteellisyydestä sekä tutkimuksesta aiheutuvasta riskistä verrattuna tutkimuksesta saatavaan hyötyyn.[17] Nürnbergin ohjeistoon ei sisältynyt eettisiä toimikuntia koskevia sääntöjä.

3.1 Kansainvälinen sääntely

3.1.1 Ihmisoikeussopimukset

Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus, KP-sopimus, (SopS 7–8/76) kieltää ihmisen kidutuksen sekä kohtelun julmalla, epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla sekä ihmisen käyttämisen lääketieteelliseen tutkimukseen ilman hänen vapaata suostumustaan (7 artikla). Myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 17–18/90) 3 artikla kieltää ihmisen kidutuksen ja 8 artiklassa taataan jokaiselle oikeus nauttia muun muassa yksityisyyden suojasta.

Sekä KP-sopimus että Euroopan ihmisoikeussopimus on saatettu Suomessa voimaan lailla, joten ne ovat kansallisesti suoraan sovellettavissa. Ennen kaikkea ne kuitenkin velvoittavat muokkaamaan kansallisen lainsäädännön niiden mukaiseksi ja tulkitsemaan epäselvissä lainsoveltamistilanteissa kansallista lakia ihmisoikeusmyönteisesti.[18]

3.1.2 Euroopan neuvoston ihmisoikeuksia ja biolääketiedettä koskeva yleissopimus

Euroopan neuvoston ministerikomitean vuonna 1996 hyväksymä ihmisoikeuksia ja biolääketiedettä koskeva yleissopimus, ETS numero 164 (myöhemmin biolääketiedesopimus), sääntelee lääketutkimusta yksityiskohtaisemmin kuin KP-sopimus tai Euroopan ihmisoikeussopimus. Suomi allekirjoitti biolääketiedesopimuksen vuonna 1997, mutta ei ole vielä saattanut loppuun sopimuksen ratifiointiprosessia. Siten sopimus ei ole vielä Suomessa voimassa olevaa oikeutta, mutta sen voidaan katsoa sitovan allekirjoittajamaita, kuten Suomea, moraalisesti.[19]

---

[17] Nürnbergin ohjeiston 1–3, 6 periaatteet, ohjeisto on julkaistu suomeksi muun muassa Suomen Lääkäriliiton Lääkärin etiikka -kirjassa.

[18] Lötjönen 2002, s. 720.

[19] Meincke 2001, s. 14.

Biolääketiedesopimuksen 1 artikla velvoittaa jokaisen sopimukseen liittyneen ryhtymään tarvittaviin toimenpiteisiin sopimuksen määräysten voimaansaattamiseksi. Esimerkiksi Suomessa huomioitiin lakia lääketieteellisistä tutkimuksista valmisteltaessa biolääketiedesopimuksen määräykset[20]. Biolääketiedesopimus asettaa yksilön oikeuksiin puuttumiselle terveydenhuoltoalalla minimisuojan, josta sopijavaltio voi kansallisesti asettaa yksilön oikeuksiin puuttumisen kannalta tiukempia normeja (27 artikla).

Biolääketiedesopimuksen tarkoituksena on suojella yksilön ihmisarvoa ja henkilöllisyyttä sekä taata yksilön koskemattomuuden ja oikeuksien kunnioitus biologian ja lääketieteen alalla (1 artikla). Biolääketiedesopimuksessa on säädetty muun muassa yksilön edun ja hyvinvoinnin ensisijaisuudesta verrattuna yhteiskunnan ja tieteen hyötyyn (2 artikla), suostumuksesta (5–9 artikla) sekä yksityiselämästä ja tiedonsaantioikeudesta (10 artikla).

Sopimuksen 15–17 artiklassa on säädetty erikseen tieteellisessä tutkimuksessa noudatettavista periaatteista. Lähtökohtaisesti tieteellinen tutkimus on sallittua 15 artiklan mukaan biologian ja lääketieteen alalla, kunhan sitä tehdään biolääketiedesopimuksen ja muiden yksilön oikeusturvaa varmistavien säännösten mukaan. 16 artiklassa asetetaan tieteelliselle tutkimukselle yleiset edellytykset: ihmiseen kohdistuvan tutkimuksen vaihtoehdottomuus, tutkimuksen riski-hyötysuhde, tutkittavalle annettava informaatio tutkittavan lakisääteisistä oikeuksista ja turvasta sekä tutkittavan selvästi, yksilöidysti ja todistetusti antama suostumus. Näiden lisäksi 16 artiklan mukaan edellytyksenä tutkimukselle on, että toimivaltainen taho on hyväksynyt tutkimuksen tieteellisyyden. Tieteellisyyden arviointiin sisältyy tutkimuksen tarkoituksen merkittävyyden ja eettisyyden poikkitieteellinen arviointi. Lisäksi biolääketiedesopimuksen 17 artiklassa on säädetty suostumuksen antamiseen kykenemättömien mahdollisuudesta osallistua tutkimukseen tutkittavina.

Euroopan Neuvoston Bioetiikan Johtokomitea (CDBI) on lisäksi valmistellut lisäpöytäkirjoja, joista yksi koskee nimenomaan lääketieteellistä tutkimusta. Valmisteilla olevassa lisäpöytäkirjassa lääketieteellisestä tutkimuksesta on tarkemmin myös eettisistä toimikunnista. Lisäpöytäkirjaluonnoksessa on artiklat eettisten toimikuntien itsenäisestä arvioinnista, toimikunnan jäsenten esteellisyydestä ja eettisille toimikunnille tutkimushankkeesta toimitettavasta informaatiosta. Erillisissä artikloissa eettisille toimikunnille on asetettu velvollisuus varmistaa, ettei tutkittaviin kohdistu liiallista painostusta osallistua tutkimukseen esimerkiksi taloudellisen edun vuoksi.[21]

---

[20] HE 229/1998 s. 12.

[21] Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Biomedical Research / Draft artikla 11–15.

3.1.3 Euroopan yhteisön lainsäädäntö

Lääketutkimusta säännellään Euroopan yhteisön lainsäädännössä 1.5.2001 voimaantulleessa tutkimusdirektiivissä. Tutkimusdirektiivin 22 artiklan mukaan direktiivi on implementoitava kansallisesti ennen 1.5.2003 ja näiden kansallisten säädösten on tultava voimaan viimeistään 1.5.2004.

Tutkimusdirektiivissä on artiklat muun muassa tutkimushenkilöiden suojelusta (3 artikla), alaikäisillä sekä tietoiseen ja lailliseen suostumukseen kykenemättömillä vajaavaltaisilla aikuisilla tehtävistä kliinisistä tutkimuksista (4–5 artikla), eettisistä toimikunnista (6–8 artikla) sekä kliinisen tutkimuksen aloittamisesta, suorittamisesta ja keskeyttämisestä (9–10, 12 artikla).

Tutkimusdirektiivi velvoittaa jäsenvaltion toteuttamaan toimenpiteet, joita eettisten toimikuntien perustaminen ja toiminta edellyttävät. Tutkimusdirektiivin 6 artiklassa tutkimuksen aloittamisen edellytykseksi asetetaan eettisen toimikunnan tutkimushankkeesta antama myönteinen lausunto.

Tutkimusdirektiiviin perustuvat yksityiskohtaiset ohjeistot ovat valmisteltavina EU:n komission asiantuntijaryhmässä.[22] Ohjeistoja tullaan antamaan muun muassa hyvän kliinisen tutkimustavan noudattamisesta (tutkimusdirektiivin 1 artikla), kliinisten tutkimusten ilmoittamisesta viranomaiselle (tutkimusdirektiivi 9 artikla) sekä eettiselle toimikunnalle (tutkimusdirektiivi 8 artikla) ja haittavaikutusten ilmoittamisesta (tutkimusdirektiivi 18 artikla).

3.1.4 International Conference on Harmonisation: Good Clinical Practise (ns. ICH GCP-ohjeet)

Hyvä kliininen tutkimustapa (good clinical practise, GCP) on kansainvälinen eettinen ja tieteellinen laatunormi, joka koskee ihmisellä tehtävien tutkimusten suunnittelua, toteuttamista, kirjausta ja raportointia. Vuonna 1990 Euroopan neuvosto, Japanin terveysministeriön lääkeosasto, Yhdysvaltojen lääkearviointivirasto (FDA) ja vastaavat lääketeollisuusjärjestöt perustivat kansainvälisen lääkealan harmonisointijärjestelmän, International Conference on Harmonisation (ICH)[23], jonka tavoitteena oli yhdenmukaistaa tutkimusta koskevia GCP-ohjeistoja ja turvata siten tutkittavien oikeuksia ja tutkimustulosten luotetta-

[22] Lääkelaitos (on-line) osoitteessa www.nam.fi kohdassa Ajankohtaista kohdassa Lausuntopyyntö lääketutkimusdirektiivin edellyttämistä yksityiskohtaisista ohjeistoista. Viittauspäivä 15.10.2002.

[23] Idänpään-Heikkilä 1998, s. 951.

vuutta. Yhdenmukaisen GCP-ohjeiston tavoitteena oli, että Euroopan Unionissa, Yhdysvalloissa ja Japanissa valvontaviranomaisille ei tarvitsisi tehdä ohjeiston erilaisuuden takia uusia kliinisiä tutkimuksia.[24]

3.1.5 Euroopan neuvoston suositus

Euroopan neuvoston suositus R (3) 90 lääketieteellisestä tutkimustoiminnasta asettaa minimivaatimukset koehenkilöiden suojasta tutkimustoiminnassa. Se on suositus, jossa kehotetaan laatimaan kansallista lainsäädäntöä tai takaamaan muuten periaatteiden toteutumisen. Suosituksessa on säännökset muun muassa tutkittavan vapaaehtoisesta suostumuksesta[25], vajaavaltaisten[26] ja raskaana olevien[27] osallistumisesta lääketieteelliseen tutkimukseen sekä eettisistä toimikunnista[28]. Suosituksen mukaan riippumattomien ja monitieteellisten eettisten toimikuntien on arvioitava lääketieteelliset tutkimussuunnitelmat.

3.1.6 Helsingin julistus

Maailman Lääkäriliitto (WMA) hyväksyi vuonna 1964 Helsingin julistuksen, jota on tarkastettu sen jälkeen viisi kertaa: 1975 Tokiossa, 1983 Venetsiassa, 1989 Hong Kongissa, 1996 Somerset Westissä sekä 2000 Edinburghissa. Lisäksi lokakuussa 2002 Washingtonissa tarkastettiin vielä julistuksen 29 artiklaa, joka koskee plasebon käyttöä tutkimuksissa.

Helsingin julistus on ammattieettinen normisto, jolla on suuri merkitys tutkimustoiminnalle ja tutkimusta koskevalle lainsäädännölle.[29] Julistus suojaa tutkittavan oikeuksia muun muassa periaatteillaan tutkittavan suostumuksesta ja korostamalla yksilön etua tieteen ja yhteiskunnan edusta, mutta siinä asetetaan myös rajat tutkijalle ja tutkimukselle säätämällä esimerkiksi tutkijan pätevyysvaatimuksista. [30]

Helsingin julistuksessa määritetään myös eettisistä toimikunnista: 13. periaatteen mukaan tutkimussuunnitelma on toimitettava eettiselle toimikunnalle,

---

[24] Ohje hyvän kliinisen tutkimustavan noudattamisesta s. 4.
[25] EN R (90) 3, periaate 3.
[26] EN R (90) 3, periaate 4.
[27] EN R (90) 3, periaate 6.
[28] EN R (90) 3, periaate 15.
[29] Lötjönen 1997, s. 858.
[30] Helsingin julistus, 5., 15. ja 22. periaate

jonka tehtäviin kuuluu tutkimussuunnitelman arviointi, lausunnon antaminen, ohjaus ja tarvittaessa hyväksyminen. Periaatteen mukaan eettisellä toimikunnalla on oikeus seurata meneillään olevia tutkimuksia ja tutkijalla on velvollisuus antaa toimikunnalle seurantatietoja erityisesti tutkimuksen vakavista haittatapahtumista.[31]

Helsingin julistuksen viimeisimmän tarkastuksen yhteydessä keskustelua käytiin muun muassa eettisten toimikuntien asemasta ja tehtävien lisäämisestä sekä eettisten toimikuntien resursseista ja asiantuntemuksesta. Helsingin julistuksen mukainen meneillään olevien tutkimusten seuraaminen ja eettiselle toimikunnalle toimitettavien vakavien haittavaikutusten vaatimat toimenpiteet teettävät eettisille toimikunnille paljon lisää työtä ja keskusteluissa pohdittiin, miten toimikunnat selviävät uusista tehtävistään.[32]

3.1.7 Muu kansainvälinen sääntely

Lääketieteellistä tutkimusta säännellään kansainvälisesti myös Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) ja Maailman terveysjärjestön (WHO) yhdessä laatimissa eettisissä ohjeistossa: International ethical guidelines for biomedical research involving human subjects. Nämä lääketieteellistä tutkimusta koskevat eettiset ohjeet on uudistettu vuonna 2002.

3.2 Kansallinen lainsäädäntö

3.2.1 Suomen perusoikeussäännöstö

Perustuslain 7 §:n mukaan *jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen.* Ketään ei saa myöskään kiduttaa tai kohdella ihmisarvoa loukkaavasti.

Perusoikeussäännöillä turvataan yksilön oikeuksia valtiovaltaa ja toisia yksilöitä vastaan. Rikoslainsäädännöllä ja oikeudenkäyntimenettelyillä on tärkein tehtävä suojella yksilöä mahdollisilta valtion tai toisen yksilön taholta tulevilta oikeudenloukkauksilta, mutta samoja perusoikeuksia turvataan esimerkiksi lääkintäoikeudellisella ja siten myös tutkimustoiminnan sääntelyllä. Perusoikeuksilla on myös vahva lakien tulkintavaikutus; epäselvässä laintulkintatilanteessa on pyrittävä perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan.[33]

---

[31] Helsingin julistus, 13. periaate.
[32] Idänpään-Heikkilä 2001a, s. 2355.
[33] Lötjönen 2002, s. 718 ja 720.

3.2.2 Laki ja asetus lääketieteellisestä tutkimuksesta

Lain ja asetuksen (986/1999) lääketieteellisestä tutkimuksesta tavoitteena oli selkeyttää tutkimustoiminnan sääntelyä.[34] Samalla kansallisen lain tasolla huomioitiin Euroopan neuvoston tutkimusta koskevien sopimusten ja suositusten kansalliselle lainsäädännölle asettamat vaatimukset. Eettisten toimikuntien osalta tutkimuslain säätämisen myötä toiminnan toivottiin kehittyvän toimikuntien toiminnan keskittämisellä ja organisoimisella.[35]

Tutkimuslaki tulee yleislakina sovellettavaksi lääketieteelliseen tutkimukseen, ellei laissa ole toisin säädetty (tutkimuslaki 1 §). Sitä sovelletaan sekä terapeuttisiin että ei-terapeuttisiin lääketieteellisiin tutkimuksiin. Tutkimuslaissa on säännökset ihmiseen kohdistuvasta lääketieteellisestä tutkimuksesta (tutkimuslain 4–10 §), alkio- ja sikiötutkimuksesta (tutkimuslaki 11–15 §) ja eettisistä toimikunnista (tutkimuslaki 16–20 §). Tutkimuslaki sääntelee eettisten toimikuntien perustamista, tehtäviä, kokoonpanoa ja jäsenten esteellisyyttä.

Asetuksessa lääketieteellisestä tutkimuksesta on tarkemmin muun muassa tutkimussuunnitelman toimittamisesta eettiselle toimikunnalle (1 §) ja suostumusasiakirjan sisällöstä (3 §).

3.2.3 Lääkelaki

Vuoden 2003 alusta alkaen uudistetun lääkelain (laissa 700/2002) 87 §:ssä säädetään tutkimushankkeesta lääkelaitokselle tehtävästä ennakkoilmoituksesta, lääkelaitoksen toimivallasta valvoa lääketutkimuksia sekä oikeudesta tarvittaessa kieltää tutkimuksen aloittaminen tai keskeyttää jo aloitettu tutkimus. Säännös koskee lähinnä lääkelaitoksen toimivaltaa ja tehtäviä eikä siinä ole säädetty tarkemmin kliinisten tutkimusten sisällöstä. Samassa lainkohdassa annetaan lääkelaitokselle mahdollisuus antaa tarkempia määräyksiä kliinisistä lääketutkimuksista.

Lääkelakiin (395/1987) tehdyt muutokset johtuvat muun muassa maaliskuussa 2000 voimaan tulleesta perustuslaista, joka asettaa lainsäädännölle vaatimuksen täsmentää lainsäädäntövallan järjestämistä ja delegoimista. Alkuperäisen lääkelain moni valtuutussäännös vaati täsmentämistä. Lääkelain kliinisiä tutkimuksia koskevaan pykälään muutostarpeita aiheutui myös uudesta tutkimuslaista sekä tutkimusdirektiivistä, jonka kansalliseen lainsäädäntöön aiheut-

[34] HE 229/1998, s. 3.
[35] StVM 39/1998, s. 2.

tamista muutoksista osa implementoidaan lääkelaissa.[36]

Lääkelain 87 §:ssä säädettyyn lääketutkimuksista ennen tutkimusten aloittamista lääkelaitokselle tehtävään ennakkoilmoitusmenettelyyn ei ole tehty muutoksia. Sen sijaan tutkimusdirektiivi asettaa sekä lääkelaitokselle ja eettisille toimikunnille määräajan, jonka kuluessa lääkelaitoksen on käsiteltävä ennakkoilmoitus ja eettisten toimikuntien arvioitava tutkimushankkeiden eettisyys. Lääkelaitoksen arvioinnilla on ennen uudistustakin ollut määräaika[37], mutta eettisten toimikuntien käsittelyajoista ei ole aikaisemmin säädetty. Nyt näistä määräajoista voidaan säätää tarkemmin valtioneuvoston asetuksella.

Lääkelaitoksen toimivaltaa on täsmennetty uudistetussa lääkelaissa. Alkuperäisessä lääkelaissa lääkelaitoksella on ollut yleinen toimivalta valvoa lääketutkimuksia ja antaa niistä tarkempia määräyksiä (lääkelaki 87 §). Säännöstä on vuoden 2002 uudistuksella muutettu tarkemmaksi, jolloin lääkelaitos saa antaa tarkempia määräyksiä lääkelaitokselle kliinisistä lääketutkimuksista tehtävästä ennakkoilmoituksesta sekä sen lisäksi *tutkimuslääkkeiden laadusta ja valmistuksesta, tutkimuksen toteuttamisesta, haittavaikutusten ilmoittamisesta ja muista tutkimuksen turvallisuuden kannalta merkittävistä seikoista* (lääkelaki).

Lääkelakiin on lisätty nykyisin lääkelaitoksen tutkimuksen keskeyttämisoikeuden lisäksi myös lääkelaitoksen oikeudesta kieltää kliinisen tutkimuksen aloittaminen. Lääkelain uudistetussa 87 §:ssä myös täsmennetään perusteet, joilla lääkelaitos voi kieltää tutkimuksen. Lääkelaitos voi kieltää lääketutkimuksen aloittamisen tai määrätä lääketutkimuksen keskeytettäväksi, jos tutkimus ei täytä tutkimuslain, lääkelain tai näiden lakien perusteella annettuja säännöksiä tai määräyksiä. Momenttiin sisältyy delegointisäännös, jonka mukaan valtioneuvoston asetuksessa säädetään tarvittaessa tarkemmin tutkimuksen keskeyttämiseen liittyvistä menettelytavoista sekä määräajoista.

3.2.4 Lääkelaitoksen määräys 1/2001 Ihmiseen kohdistuvista kliinisistä lääketutkimuksista

Lääkelain 87 §:n mukaisen toimivallan nojalla lääkelaitos on antanut kliinisistä lääketutkimuksista 4.4.2001 niitä koskevan määräyksen 1/2001. Lääkelaitok-

[36] HE 46/2002, s. 2 ja 14–15.

[37] Lääkelaitokselle on tehtävä lääketutkimuksesta ennakkoilmoitus 60 vuorokautta ennen kuin tutkimus aiotaan aloittaa. Mikäli lääkelaitos ei tämän ajan kuluessa pyydä lisäselvityksiä, saa tutkimuksen aloittaa määräajan kuluttua. Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 15.

sen kliinisiä tutkimuksia koskeva määräys uudistetaan uudistetun lääkelain ja tutkimusdirektiivin aiheuttamien muutosten johdosta[38].

Määräyksessä säännellään tarkemmin muun muassa lääketutkimuksesta lääkelaitokselle tehtävästä ennakkoilmoitusmenettelystä sekä ennakkoilmoituksesta ja siihen liitettävistä asiakirjoista mukaan luettuna tutkimussuunnitelmasta, tutkimukseen osallistuvan tietoisesta vapaaehtoisesti annetusta suostumuksesta, vakuutusturvasta ja tutkijan pätevyydestä.[39] Lisäksi määräyksessä on muun muassa tutkimuksen käynnistymisestä, keskeyttämisestä ja lopettamisesta sekä haittatapahtumista ja -vaikutuksista ilmoittamisesta lääkelaitokselle.[40]

4 EETTISTEN TOIMIKUNTIEN ASEMA, KOKOONPANO JA ESTEELLISYYS

4.1. Organisaatio

Eettiset toimikunnat voidaan jakaa valtakunnalliseen eettiseen toimikuntaan, alueellisiin eettisiin toimikuntiin ja näiden lisäksi mahdollisesti eri terveydenhuollon yksiköiden ja tutkimuslaitosten yhteydessä toimiviin yksikkökohtaisiin eettisiin toimikuntiin. Valtakunnallisena eettisenä toimikuntana toimii valtakunnallisen terveydenhuollon eettisen neuvottelukunnan (ETENE) lääketieteellinen tutkimuseettinen jaosto (TUKIJA). Alueellisella tasolla eettisiä toimikuntia ovat sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat. Näiden lisäksi eri terveydenhuollon toimintayksiköiden ja tutkimuslaitosten yhteydessä voi olla eettisiä toimikuntia.

TUKIJAn toiminta perustuu tutkimuslain lisäksi asetukseen valtakunnallisesta terveydenhuollon eettisestä neuvottelukunnasta (494/1998) sekä valtioneuvoston asetuksiin valtakunnallisen terveydenhuollon eettisestä neuvottelukunnasta annetun asetuksen muuttamisesta (309/2000 ja 791/2002). Sosiaali- ja terveysministeriö asettaa TUKIJAn tehtäväänsä 4 vuodeksi (valtioneuvoston asetus valtakunnallisen terveydenhuollon eettisestä neuvottelukunnasta annetun asetuksen muuttamisesta (309/2000) 4 §) ja nimittää sille puheenjohtajan ja

[38] Lääkelaitos osoitteessa www.nam.fi kohdassa Ajankohtaista kohdassa Lääkelaitoksen määräyksiä ja ohjeita uudistetaan lääkelain muuttamisesta annetun lain johdosta.
[39] Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 7–12.
[40] Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 13–15.

varapuheenjohtajan (valtioneuvoston asetus valtakunnallisen terveydenhuollon eettisestä neuvottelukunnasta annetun asetuksen muuttamisesta (791/2002) 4 §).

Tutkimuslain 16 §:n mukaan jokaisella sairaanhoitopiirillä on oltava vähintään yksi eettinen toimikunta. Sairaanhoitopiirit voivat perustaa myös yhteisen eettisen toimikunnan, jos sellaisen perustaminen on tarkoituksenmukaista eettisen toimikunnan toiminnan kannalta.[41] Eettisen toimikunnan nimittää tehtäväänsä kuntayhtymän valtuusto tai sen valtuuttama muu toimielin[42] ja rekisteriä toimikunnista pitävät lääninhallitukset (tutkimuslaki 20 §).

Tutkimuslain mukaiset tehtävät kuuluvat ainoastaan sairaanhoitopiirien eettisille toimikunnille ja TUKIJAlle. Muille terveydenhuollon toimintayksiköiden ja tutkimuslaitosten yhteydessä mahdollisesti toimiville eettisille toimikunnille laki ei aseta tehtäviä eikä määrittele niiden asemaa; ne eivät kuitenkaan sairaanhoitopiirin ulkopuolisina eliminä voi hoitaa tutkimuslain mukaisia eettisten toimikuntien tehtäviä (tutkimusasetus 1 §).

Tutkimusdirektiivistä ei ole säännöksiä, kuinka eettisten toimikuntien organisaatio on jäsenvaltioissa järjestettävä. Tutkimusdirektiivin 6 artiklan mukaan jäsenvaltioiden on toteutettava toimenpiteet, joita toimikuntien perustaminen ja toiminta edellyttävät.

4.2 Kokoonpano

4.2.1 Tutkimuslain asettamat vaatimukset

Tutkimuslain 18 §:n mukaan eettisessä toimikunnassa on oltava puheenjohtajan lisäksi vähintään kuusi jäsentä. Toimikunnalta edellytetään poikkitieteellisyyttä; lääketieteellisen asiantuntemuksen lisäksi toimikuntaan on kuuluttava muiden ammattialojen edustajia sekä vähintään kaksi maallikkojäsentä. Toimikunta on päätösvaltainen, kun puheenjohtajan lisäksi paikalla on vähintään puolet toimikunnan jäsenistä, kuitenkin vähintään neljä muuta jäsentä. Näistä jäsenistä vähintään yhden on oltava maallikkojäsen ja kahden edustettava tutkimusyksikön ulkopuolisia henkilöitä.

Tutkimuslain myötä on saatu vaatimukset toimikuntien koolle ja kokoonpanolle, jotka vaihtelivat ennen lakia eri toimikunnissa.[43] Laki edellyttää toimikunnilta poikkitieteellisyyttä, mutta ei aseta vaatimuksia muiden ammattialojen kuin lääketieteen edustukselle. Lääketieteellisen asiantuntemuksen vaatimus on

41 HE 229/1998, s. 18.
42 Lehtonen 1999, s. 4421.
43 Immonen 1992, s. 36.

perusteltua eettisen toimikunnan tehtävien suorittamisen kannalta, joihin kuuluu tutkimushankkeen hyötyjen, haittojen ja mahdollisten riskien monipuolinen tarkastelu[44]. Eettisten toimikuntien tehtäviin kuuluu myös tutkimushankkeiden laillisuuden arviointi ja tässä tehtävässä sen on kyettävä arvioimaan, noudatetaanko tutkimushankkeessa kansallisia ja kansainvälisiä säännöksiä. Ongelmallista on, vaikka toimikunnalta edellytetään laillisuuden arviointia, ei tutkimuslaissa ole säädetty, että toimikunnassa on oltava oikeustieteellisen koulutuksen saanut jäsen.

Maallikoiden katsotaan edustavan toimikuntien kokoonpanossa tutkittavia ja arvioivan tutkimushanketta heidän kannaltaan. Maallikolla tarkoitetaan tutkimushenkilökuntaan kuulumatonta henkilöä, joka ei ole myöskään terveydenhuollon ammatinharjoittaja.[45] Maallikoiden osallistuminen eettisten toimikuntien toimintaan oli usein järjestetty puutteellisesti[46], joten heidän asemansa vahvistaminen tutkimuslaissa on perusteltua. Maallikoiden valinnassa on huomioitava esimerkiksi alaikäisten vanhempien, eri tutkittavia edustavien järjestöjen ja etiikan asiantuntijoiden edustus, jotta tutkimushankeen eettisyyttä arvioidaan monipuolisesti.[47] Heillä on edellytykset arvioida myös esimerkiksi tutkittavalle annettavan informaation ymmärrettävyyttä. Tutkimusyksikön ulkopuolinen jäsen on henkilö, joka ei ole työ- tai virkasuhteessa eikä millään muulla tavalla riippuvuussuhteessa sairaalan tai laitoksen yksikköön, klinikkaan tai osastoon, jossa tutkimusta tehdään.[48]

4.2.2 Tutkimusdirektiivistä aiheutuvat muutokset

Tutkimusdirektiivi edellyttää eettiseltä toimikunnalta poikkitieteellisyyttä: toimikunnassa on oltava terveydenhuollon ammattilaisten lisäksi edustettuina muitakin kuin lääketieteen edustajia (tutkimusdirektiivi 2 artikla). Tutkimusdirektiivissä ei määritellä kuitenkaan yksityiskohtaisemmin toimivaltaisen eettisen toimikunnan kokoonpanoa. Ainoastaan kun kyseessä on alaikäisillä tehtävien tutkimusten tai vajaavaltaisilla, tietoisen ja laillisen suostumuksen antamiseen kykenemättömillä aikuisilla tehtävien tutkimusten arviointi, toimikunnan asiantuntevuudelle on asetettu erityisiä ehtoja.

Tutkimusdirektiivin 4 artikla edellyttää, että alaikäisellä tehtävän tutkimus-

---

44 Suomen Lääkäriliitto 2000, s. 111.
45 HE 229/1998, s. 19.
46 Immonen 1992, s. 36.
47 StVM 39/1998, s. 4.
48 Asetus lääketieteellisestä tutkimuksesta 5 §.

hankkeen on arvioinut ja hyväksynyt eettinen toimikunta, jolla on pediatrian asiantuntemusta tai eettinen toimikunta on hankkinut lausuntoja kliinisistä, eettisistä ja psykososiaalisista ongelmista. Vajaavaltaisilla, tietoisen ja laillisen suostumuksen antamiseen kykenemättömillä aikuisilla tehtävien tutkimushankkeiden arvioivalta eettiseltä toimikunnalta edellytetään, että sillä on kyseessä olevaa sairautta ja potilasryhmää koskevaa asiantuntemusta tai eettinen toimikunta on hankkinut lausuntoja kyseessä olevaan sairauteen ja potilasryhmään liittyvistä kliinisistä, eettisistä ja psykososiaalisista ongelmista (tutkimusdirektiivi 5 artikla). Näiden säännösten täyttämiseksi eettisten toimikuntien on Suomessa varmistettava, että kokoonpanossa on aina edellä vaadittavaa asiantuntemusta tai pyydettävä tarvittaessa lausuntoja ulkopuoliselta asiantuntijalta.

4.3 Esteellisyys

Eettisten toimikuntien puolueettoman ja riippumattoman käsittelyn takaamiseksi tutkimuslain 19 §:ssä on säädetty toimikunnan jäsenten esteellisyydestä. Jäsenen esteellisyyteen sovelletaan hallintomenettelylain (598/1982) 10 §:ää, jonka mukaan esteellisyysperusteita ovat muun muassa lähisukulaisuus, erityinen hyöty ja palvelussuhde asianosaiseen. Lisäksi pykälän yleisen lausekkeen mukaan esteellisiä ovat kaikki, joiden puoluettomuus erityisestä syystä vaarantuu.

Toimikunnan jäsen on esteellinen esimerkiksi, jos tutkimuksen aloittaminen tuo tutkimusrahoitusta toimikunnan jäsenelle, luo työsuhteen jäsenen lähisukulaiselle tai jos toimikunnan jäsen toimii lääketutkimusta suunnittelevan yrityksen palkattuna asiantuntijana. Jos eettisen toimikunnan jäsen omistaa osakkeita tutkimusta tekevässä yhtiössä, ei hän pelkästään sen takia ole esteellinen osallistumaan asian ratkaisuun. Sen sijaan määräysvallan käyttäminen tällaisessa yhtiössä muodostaa esteellisyysperusteen.[49] Esteellinen viranomainen ei voi osallistua asian käsittelyyn tai olla läsnä asiaa käsiteltäessä (11 §). Hallintomenettelylain esteellisyyssäännöstä sovelletaan sekä eettisen toimikunnan jäseneen että eettisen toimikunnan asian käsittelyssä käyttämään asiantuntijaan.[50] Tutkimusdirektiivissä eettisiltä toimikunnilta edellytetään myös riippumattomuutta (tutkimusdirektiivi 2 artikla määritelmät). Riippumattomuutta ei ole kuitenkaan määritelty direktiivissä tarkemmin, vaan se jää kansallisen lainsäädännön varaan.

[49] Lehtonen 1999, s. 4423–4.
[50] HE 229/1998, s. 20.

5 EETTISTEN TOIMIKUNTIEN TEHTÄVÄT

5.1 Tutkimushankkeen arvioiminen

5.1.1 Kansallisen lainsäädännön mukaan

Ennen lääketutkimuksen aloittamista tutkimussuunnitelmasta on saatava eettisen toimikunnan myönteinen lausunto (tutkimuslaki 3 §). Tutkimushankkeen ennakkoarviointi kuuluu TUKIJAlle tai sairaanhoitopiirin eettiselle toimikunnalle. Sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta on toimivaltainen arvioimaan tutkimushankkeen, jos tutkimuksesta vastaava henkilö toimii sairaanhoitopiirin alueella tai tutkimus on pääasiassa tarkoitus suorittaa sen alueella (tutkimuslaki 17 §). Lain sanamuoto jättää tutkimuksen suorittajalle yksittäistapauksessa mahdollisuuden valita, minkä sairaanhoitopiirin eettiseltä toimikunnalta hän pyytää lausunnon. Tulkinnanvaraa sisältyy pääasiallisen suorituspaikan käsitteeseen; sen voidaan tulkita tarkoittavan pääasiallisuutta joko tutkimuskeskusten lukumäärän tai tutkimukseen rekrytoitavien tutkittavien määrällisen jakauman perusteella.[51]

Tutkimuslaki edellyttää yhden eettisen toimikunnan arviota tutkimushankkeesta: lausuntoa ei tarvita lain mukaan kaikkien niiden sairaanhoitopiirien eettisiltä toimikunnilta, joiden alueella tutkimusta on tarkoitus suorittaa. Kuitenkin käytännössä osa sairaanhoitopiireistä edellyttää sairaanhoitopiirin oman eettisen toimikunnan arviota ennen kuin sallii tutkimuksen aloittamisen.[52]

Kansallista lausuntoa[53] edellyttävien lääketutkimushankkeiden arvioiminen kuuluu TUKIJAlle (tutkimuslaki 17 §). Näissä tapauksissa TUKIJA antaa lausuntonsa tutkimushankkeesta kuultuaan ensin tarvittaessa sairaanhoitopiirien eettisiä toimikuntia (asetus valtakunnallisesta terveydenhuollon eettisestä neuvottelukunnasta 4 §). TUKIJAlla on tutkimuslain mukaan mahdollisuus delegoida kansallista lausuntoa edellyttävien tutkimushankkeiden arviointi sairaanhoitopiirien eettisille toimikunnille (tutkimuslaki 17 §).

Tutkimuslaissa ei ole asetettu TUKIJAn delegoimisoikeudelle tarkempia edellytyksiä. TUKIJAn omien toimintatapojen mukaan[54] TUKIJA voi siirtää tutkimushankkeen arvioinnin päätöksellään sen sairaanhoitopiirin eettiselle toimikunnalle, jossa tutkimuksesta vastaava henkilö toimii tai tutkimus pääasiassa

---

[51] Lehtonen 1999, s. 4423.

[52] Lehtonen 1999, s. 4423–4.

[53] Kansallinen lausunto edellytetään useassa maassa järjestettävistä monikeskustutkimuksista, Lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston toimintatavat, muistio 2001, s. 1.

[54] Lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston toimintatavat, muistio 2001, s. 5–6.

suoritetaan. Päätöksen tutkimushankkeen arvioinnin siirtämisestä tekevät TUKIJAn jäsenet. TUKIJA arvioi siirrettäväksi aiotun tutkimushankkeen kokoustensa ulkopuolella. Tätä varten TUKIJAn sihteeri lähettää keskeiset kohdat tutkimussuunnitelmasta jaoston jäsenille ja varajäsenille arvioitavaksi kolmen vuorokauden kuluessa tutkimussuunnitelman jättämisestä TUKIJAan. Jäsenillä ja varajäsenillä on keskimäärin kaksi vuorokautta aikaa arvioida siirtoehdotus. Jos joku TUKIJAn jäsenistä vastustaa delegoimista, TUKIJA käsittelee itse tutkimushankkeen. TUKIJAn nykyisen käytännön mukaan esimerkiksi erityisryhmiä ja geeniterapiatutkimuksia koskevat tutkimukset käsitellään pääasiassa TUKIJAssa.

Tutkimushankkeita tulee myös TUKIJAn arvioitavaksi, kun sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta on antanut tutkimushankkeesta kielteisen lausunnon. Vaikka eettisten toimikuntien lausunnoista ei ole valitusoikeutta[55], tutkija voi viedä asian uudestaan eettisen toimikunnan käsiteltäväksi. Näissä tapauksissa sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan on ennen tutkimushankkeen uudelleenarviointia pyydettävä TUKIJAn lausunto (tutkimuslaki 3 §). Tutkimuslaissa ei säädetä lausunnon sitovuudesta, mutta hallituksen esityksen mukaan[56] sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta on sidottu asiaa uudelleen käsitellessään TUKIJAn lausuntoon.

Vaikka eettisen toimikunnan myönteinen lausunto on edellytyksenä tutkimuksen aloittamiselle, eettinen toimikunta ei myönnä lääketutkimukselle varsinaista tutkimuslupaa, vaan lääkelain 87 §:n mukaan lääkkeen valmistajan, myyntiluvan hakijan, myyntiluvan haltijan tai tutkimuksen suorittavan lääkärin tai hammaslääkärin on tehtävä tutkimuksesta ennakkoilmoitus lääkelaitokselle. Tähän saakka määräajasta on säädetty Lääkelaitoksen määräyksessä, jonka mukaan tutkimuksesta on ilmoitettava lääkelaitokselle 60 vuorokautta ennen kuin tutkimus aiotaan aloittaa.[57] Mikäli lääkelaitos ei reagoi hakemukseen 60 vuorokauden kuluessa käsittelyn alkamisesta lääkelaitoksella, hakija voi lääkelaitoksen puolesta aloittaa tutkimuksen.

Ennakkoilmoitus on tehtävä aina, jos tarkoituksena on tehdä kliininen lääketutkimus lääkkeellä, jolla ei ole lääkelain 21 §:n tarkoittamaa myyntilupaa. Lisäksi lääkelaitokselle on ilmoitettava tutkimuksista, jotka aiotaan tehdä myyntiluvan saaneella lääkkeellä, jos kyseessä on *(1) uusia käyttöaiheita koskevat tutkimukset, (2) vertailuaineella (myös plasebolla) tehtävät tutkimukset, (3) tutkimukset erityisille potilasryhmille, joiden hoitoon kyseistä lääkettä ei ole hyväksytty (tällaisia ryhmiä ovat muun muassa vastasyntyneet, lapset ja van-*

[55] HE 228/1998, s. 13.

[56] Ibid.

[57] Lääkelaitoksen määräys 1/2001 s. 7.

hukset), (4) tutkimukset, joissa muutetaan olennaisesti aikaisemmin hyväksyttyjä annoksia, antotapoja tai hoitoaikoja, (5) uutta kahden tai useamman lääkkeen yhdistelmää koskevat tutkimukset ja (6) monikeskustutkimukset tai pitkäaikaistutkimukset suurille potilasmäärille. Epäselvissä tapauksissa lääkelaitos ratkaisee, onko kyseessä tutkimus, josta ennakkoilmoitus on tehtävä.[58]

Lääkelaitoksen on tutkimuslupaa harkitessaan huomioitava eettisen toimikunnan lausunto. Jos eettinen toimikunta ei ole antanut tutkimukselle myönteistä lausuntoa, lääkelaitos ei voi sallia tutkimuksen aloittamista. Jos eettinen toimikunta on sen sijaan katsonut lääketutkimuksen täyttävän sille asetetut eettiset ja lailliset edellytykset ja antanut tutkimuksesta myönteisen lausunnon, ei lääkelaitos ole velvollinen hyväksymään tutkimusta. Luvan epäämisen syinä voivat tällöin olla esimerkiksi tutkimuksen taloudelliset tai yksikön toiminnan sisältöön liittyvät perusteet, joiden arviointi ei aina kuulu eettiselle toimikunnalle.[59] Arviointimenettely ei kuitenkaan estä lääkelaitosta arvioimasta tutkimushanketta samanaikaisesti eettisen toimikunnan kanssa. Eettisen toimikunnan lausunto on kuitenkin toimitettava lääkelaitokselle ennen kuin tutkimus voidaan aloittaa.[60]

Eettisen toimikunnan ja lääkelaitoksen lupamenettely seuraa suoraan tutkimus- ja lääkelaista. Niiden luvat ovat ehdottomina lain asettamina edellytyksinä tutkimuksen aloittamiseksi. Lisäksi tutkimuksen aloittamiseen yksittäisessä terveydenhuollon toimintayksikössä tarvitaan tämän yksikön hallinnollisen johdon lupa. Hallinnollinen johto päättää työnantajatahona, miten yksikön työntekijät käyttävät työaikansa sekä mahdollisena sopimuskumppanina, mihin tutkimusyksikön tiloja ja laitteita käytetään.[61]

5.1.2 Tutkimusdirektiivistä aiheutuvat muutokset

Myös tutkimusdirektiivi edellyttää eettisen toimikunnan lausuntoa ennen tutkimuksen aloittamista (tutkimusdirektiivi 6 artikla). Jos kyseessä on useassa eri maassa järjestettävä monikeskustutkimus, eettisen toimikunnan lausunto on saatava jokaisesta tutkimukseen osallistuvasta jäsenvaltiosta. Jos kyseessä on vain yhden jäsenvaltion alueella suoritettava monikeskustutkimus, jokaista jäsenvaltiota kohden tarvitaan vain yhden eettisen toimikunnan lausunto riippumatta siitä kuinka monta eettistä toimikuntaa kyseisessä jäsenvaltiossa on (tut-

---

58 Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 7–8.
59 HE 229/1998, s. 18–19.
60 Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 15.
61 Lötjönen, Salla. Sähköpostiviesti 18.4.2002.

kimusdirektiivi 7 artikla). Yhden eettisen toimikunnan lausunnon vaatimisen taustalla on halu nopeuttaa ja yhdenmukaistaa lääketutkimusten aloittamiseksi tarvittavaa lupamenettelyä heikentämättä kuitenkaan tutkittavan turvallisuutta tutkimuksissa (tutkimusdirektiivin johdanto kohta 8).

Lääketutkimusten arviointi säilyy tutkimusdirektiivissäkin hyvin kansallisella tasolla; jokaisen jäsenvaltion eettinen toimikunta arvioi itse tutkimushankkeen eettisyyden myös monikansallisissa monikeskustutkimuksissa eikä lääketutkimushankkeiden arvioinnissa siirrytty samanlaisiin yhteisön arviointimenettelyihin, joita käytetään esimerkiksi myönnettäessä lääkkeelle myyntilupaa.[62] Sinällään yksittäisen eettisen toimikunnan lausunnon merkitys kasvaa, kun puoltavat lausunnot tallennetaan tutkimusdirektiivin 11 artiklan mukaiseen eurooppalaiseen tietokantaan. Tietokantaa voivat käyttää jäsenvaltioiden toimivaltaiset viranomaiset, virasto ja komissio. Lausunnot saavat siten entistä virallisemman aseman. Samalla tavoin toimikuntien lausunnoille voidaan antaa enemmän merkitystä, jos hakijan on toimitettava lausunto hakemuksensa liitteenä eettiselle toimikunnalle. Luonnoksessa ohjeistoksi eettiselle toimikunnalle toimitettavasta hakemuksesta ja sen liitteistä mukaan eettiselle toimikunnalle on toimitettava lausunto, jos yhteisön toisen jäsenvaltion eettinen toimikunta on jo arvioinut tutkimussuunnitelman.[63]

Tutkimusdirektiivi asettaa eettisille toimikunnille lausunnon antamiseksi täsmälliset määräajat. Eettisen toimikunnan on lähtökohtaisesti annettava lausuntonsa 60 vuorokauden kuluessa asianmukaisen lausuntopyynnön vastaanottamisesta. Eettinen toimikunta voi tämän ajan kuluessa pyytää hakijalta yhden lisäselvityksen, jonka ajaksi toimikunta voi niin sanotusti pysäyttää kellon eli keskeyttää määräajan kulumisen. Määräaikaa voidaan pidentää enintään 90 vuorokauteen, jos lausuntoa haetaan tutkimuksesta, jossa aiotaan tutkia geenihoitoon tai somaattiseen soluhoitoon tarkoitettuja lääkkeitä tai lääkkeitä, jotka sisältävät geenimuuteltuja organismeja. Tutkimusdirektiivi sallii edellä lueteltujen lääkkeiden kohdalla määräajan pidentämisen myös enintään 180 vuorokauteen, jos jäsenvaltion säännösten tai menettelyjen mukaisesti kuullaan ryhmää tai toimikuntaa. Eettisten toimikuntien lausunnon antamiselle ei ole määritetty määräaikaa, kun arvioinnin kohteena on ksenogeenisen soluhoidon tutkimus (tutkimusdirektiivi 6 artikla).

Lausunnon antamisen sitominen määräaikoihin on käsittelyn nopeuttamisen

---

[62] Ks. esimerkiksi Lääkelaitoksen määräys 2/1998 Lääkevalmisteen myyntiluvan hakeminen ja ylläpitäminen.

[63] Detailed guidance on the application format and documentation to be submitted in an application for an ethics committee opinion on a clinical trial on a medicinal product for human use 2002 / draft 5.2 s. 9.

kannalta mielestäni hyvä, koska hakijan on helpompi suunnitella toimintaansa, kun hän tietää kuinka kauan tutkimuksen arviointi vie aikaa. Tutkimusdirektiivin mukaisen määräaikojen vaihtelut 60 vuorokaudesta 180 vuorokauteen perustunevat arvioinnin kohteen vaativuuteen. Tätä ratkaisua voidaan myös kyseenalaistaa verrattuna direktiivin asettamiin vaatimuksiin eettisten toimikuntien kokoonpanosta. Toisena ratkaisuna näiden hakemusten käsittelylle olisi ollut vaatia eettisten toimikuntien kokoonpanolta näissä tapauksissa erityistä asiantuntemusta, jolloin hakemusten käsittelyaika olisi mahdollisesti voinut olla 60 vuorokautta.[64]

Tutkimusdirektiivin 9 artikla jakaa tutkimuksen aloittamiseksi tarvittavat viranomaismenettelyt tutkittavana olevan lääkkeen mukaan neljään eri luokkaan. Menettelyjen muuttuminen aiheuttanee muutoksia lääkelaitoksen toimintaan ja sen määräykseen kliinisistä lääketutkimuksista. Lähtökohtana tutkimuksen aloittamiselle on, että tutkimushankkeelle saadaan eettisen toimikunnan puoltava lausunto eikä jäsenvaltion toimivaltainen viranomainen esitä tutkimushankkeesta perusteltuja huomautuksia. Tutkimushanke voi olla samanaikaisesti arvioitavana sekä eettisessä toimikunnassa että viranomaisella, jos toimeksiantaja haluaa.[65] Viranomaisen määräaika perusteltujen huomautusten esittämiseen tutkimushankkeesta on 60 vuorokautta, kuten nykyisinkin kansallisten säädösten mukaan.[66] Lääkelaitoksen osalta tutkimusdirektiivin 9 artiklan mukaisia määräaikoja voidaan pidentää samoiksi kuin edellä selvitetyt eettisten toimikuntien määräajat. Määräajan kuluessa toimeksiantaja voi kerran muuttaa hakemustaan viranomaisen perusteltujen huomautusten pohjalta. Tutkimusdirektiivissä ei ole mainintaa viranomaisen kohdalla, että sillä olisi oikeus pysäyttää kello huomautusten antamisesta toimeksiantajan vastausten saamiseen.

Lääkelaitokselta saatava kirjallinen ennakkolupa on kuitenkin *ehdottomana* tutkimuksen aloittamisen edellytyksenä, jos tutkimuksissa aiotaan tutkia geenihoitoon, somaattiseen soluhoitoon (mukaan luettuna ksenogeeninen soluhoitoon) tarkoitettuja lääkkeitä tai geenimuuteltuja organismeja sisältäviä lääkkeitä. Kirjallista ennakkolupaa *voidaan vaatia*, kun kyseessä on lääke, jolla ei ole direktiivissä 65/65/ETY tarkoitettua markkinoille saattamista koskevaa lupaa ja lääkkeet, joita tarkoitetaan asetuksen (ETY) nro 2309/93 liitteen A osassa. Tämä koskee myös kliinisten tutkimusten tekemistä lääkkeillä, joilla on erityisominaisuuksia, kuten esimerkiksi lääkkeen yksi tai useampi osa on ihmises-

---

64 Baeyens 2002, s. 35.

65 Tähän saakka useimmat EU-maat ovat edellyttäneet ensin eettisen toimikunnan lausuntoa ennen kuin toimivaltainen viranomainen on arvioinut, onko sillä huomauttamista tutkimushankkeesta. Baeyens 2002, s. 34.

66 Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 15.

tä tai eläimestä peräisin oleva biologinen tuote tai sisältää ihmisestä tai eläimestä peräisin olevia biologisia ainesosia tai lääkkeen valmistamiseen tarvitaan tällaisia ainesosia. Direktiivi kieltää yksiselitteisesti tutkimusluvan myöntämisen tutkimuksiin, jotka saattavat johtaa tutkimushenkilön geneettisen tunnusmerkistön muutoksiin (tutkimusdirektiivi 9 artikla).

5.2 Tutkimussuunnitelmaan tehtävien muutosten arvioiminen

Tutkimussuunnitelman muutoksesta on ilmoitettava eettiselle toimikunnalle, joka antaa muutoksesta *tarvittaessa* lausunnon (tutkimuslaki 3 §). Jos tutkimushanke on ollut TUKIJAn arvioitavana, myös tutkimussuunnitelman muutoksesta on ilmoitettava TUKIJAlle. Jos TUKIJA on delegoinut tutkimushankkeen arvioinnin sairaanhoitopiirin eettiselle toimikunnalle, tutkimussuunnitelman mahdolliset muutokset käsitellään tässä eettisessä toimikunnassa.[67] TUKIJA on määritellyt itse tarkemmin sille tutkimussuunnitelman muutoksina ilmoitettavat muutokset. TUKIJAssa tutkimussuunnitelman muutoksina käsitellään sellaiset asiat, jotka voivat vaikuttaa tutkimussuunnitelman eettiseen arviointiin. Tällaisia muutoksia ovat ainakin *tutkimussuunnitelmaan jälkeenpäin tulevat lisäykset ja korjaukset, tutkimuksesta vastaavan henkilön vaihtuminen, tutkimuskeskuksen lisäys ja vaihtuminen ja tutkittavalle annettavassa informaatiossa tapahtuneet muutokset.*[68] Tutkimuslaissa ilmoitettavia muutoksia ei ole tarkemmin määritelty.

Tutkimusdirektiivin mukaan toimeksiantajan on ilmoitettava eettiselle toimikunnalle *huomattavista* muutoksista, jotka voivat vaikuttaa tutkimushenkilöiden turvallisuuteen, muuttaa tutkimuksen tukena käytettyjen asiakirjojen tieteellistä tulkintaa tai muutokset ovat muuten merkittäviä. Aiottujen muutosten perusteet ja sisältö on ilmoitettava sekä asianomaisten jäsenvaltioiden toimivaltaisille viranomaisille että eettisille toimikunnille. Eettisillä toimikunnilla on 35 vuorokauden määräaika arvioida muutosehdotus. Toimeksiantaja saa toteuttaa tutkimussuunnitelman muutoksen, jos se saa eettisen toimikunnan myönteisen lausunnon eikä toimivaltainen viranomainen esitä muutoksen johdosta perusteltuja huomautuksia (tutkimusdirektiivi 10 artikla). Ongelmallista tutkimusdirektiivissä on, ettei siinä ole mainittu, missä määräajassa viranomaisen on esitettävä hakijalle mahdollinen huomautuksensa.

Muutosten ilmoittamisessa tutkimuslaissa ja tutkimusdirektiivissä on eroja. Tutkimusdirektiivi asettaa ilmoitettavien muutosten edellytyksiksi lukuisia ar-

---

[67] Lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston toimintatavat, muistio 2001, s. 5.
[68] Lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston toimintatavat, muistio 2001, s. 6.

vostuksenvaraisia käsitteitä, kun taas tutkimuslain mukaan tutkimussuunnitelman muutoksista on yksiselitteisesti ilmoitettava eettiselle toimikunnalle. Artiklasta ei selviä, kuka käytännössä arvioi, täyttävätkö muutokset 10 artiklan edellytykset. Direktiivissä ei myöskään ole mainintaa, että epäselvissä tapauksissa eettinen toimikunta tai viranomainen päättäisi, kuuluvatko muutokset sille ilmoitettaviin muutoksiin.

Lausunnon antamisen suhteen taas tutkimusdirektiivi asettaa eettisille toimikunnille velvoitteen antaa niille ilmoitetuista muutoksista lausunto, kun taas tutkimuslaki jättää eettisille toimikunnille harkintavaltaa lausunnon antamisessa[69]. Tämä ero johtunee ilmoitettavien muutosten erilaisuudella: kansallinen laki ei aseta eettisille toimikunnille velvollisuutta antaa lausuntoa kaikista pienistäkin tutkimussuunnitelmaan tehtävistä muutoksista, kun tutkimusdirektiivi ei velvoita toimeksiantajaa ilmoittamaan eettiselle toimikunnalle vastaavista muutoksista.

5.3 Tutkimusten valvonta niiden suorittamisen aikana?

Tutkimuslaissa ei säädetä eettisille toimikunnille velvollisuutta valvoa tutkimuksia niiden suorittamisen aikana, vaan lääkelain 87 §:n mukaan tämä on lääkelaitoksen tehtävä. Tutkimusdirektiivin 17 artiklassa velvoitetaan toimeksiantaja ilmoittamaan asianomaiselle eettiselle toimikunnalle viranomaisten ohella merkittävät tiedot kuolemaan johtaneista tai hengenvaarallisista, odottamattomista ja vakavista *haittavaikutusepäilyistä.* Vakavalla haittavaikutuksella direktiivissä tarkoitetaan vaikutusta, joka johtaa kuolemaan, aiheuttaa tutkimushenkilölle hengenvaaran, vaatii sairaalahoitoa tai aiheuttaa tutkittavalle merkittävän tai pysyvän vamman tai haitan tai synnynnäisen anomalian tai epämuodostuman (tutkimusdirektiivi 2 artikla). Ilmoitus on tehtävä viimeistään 7 vuorokauden kuluessa siitä, kun toimeksiantaja sai tiedon kyseisestä haittavaikutuksesta tai sen epäilystä. Toimeksiantajan on ilmoitettava jatkotoimenpiteitä koskevat aiheelliset tiedot eettiselle toimikunnalle ja viranomaiselle uuden 8 päivän määräajan kuluessa. Muista odottamattomista ja vakavista haittavaikutusepäilyistä toimeksiantajan on ilmoitettava viranomaiselle ja eettiselle toimikunnalle 15 vuorokauden kuluessa haittavaikutuksesta tiedon saatuaan (tutkimusdirektiivi 17 artikla).

Tapauskohtaisen ilmoitusvelvollisuuden lisäksi toimeksiantajan on ilmoitettava vuosittain kaikkien tutkimukseen osallistuvien jäsenvaltioiden viranomai-

[69] Hyvään hallintotapaan kuitenkin kuuluu ilmoittaa hakijalle, jos muutoksesta ei aiota antaa lausuntoa. HE 229/1998, s. 13.

sille ja eettiselle toimikunnalle *kaikista* vuoden aikana ilmenneistä vakavista haittavaikutusepäilyistä sekä toimitettava niille lisäksi selvitys tutkimushenkilöiden turvallisuudesta (tutkimusdirektiivi 17 artikla). Toimeksiantajan on pidettävä rekisteriä kaikista *haittatapahtumista*[70], jonka jäsenvaltio, jossa tutkimusta suoritetaan, saa pyynnöstä nähtäväkseen (tutkimusdirektiivi 16 artikla).

Jäsenvaltiolla on oikeus *kieltää tai keskeyttää tutkimus*, jos se perustellusta syystä katsoo, etteivät tutkimukselle asetetut edellytykset enää täyty tai sillä on aihetta epäillä kliinisen tutkimuksen turvallisuutta tai tieteellisiä perusteita. Jäsenvaltion on kuitenkin ennen päätöksensä tekemistä pyydettävä toimeksiantajalta ja/tai tutkijalta lausuntoa, paitsi jos kyseessä on vaara, joka edellyttää välittömiä toimenpiteitä. Jäsenvaltion on ilmoitettava toimeksiantajan ohella päätöksestään sekä sen perusteista muille toimivaltaisille viranomaisille, asianomaiselle eettiselle toimikunnalle, virastolle ja komissiolle (tutkimusdirektiivi 12 artikla). Jäsenvaltiolla on velvollisuus myös toimenpiteisiin, jos se katsoo, ettei tutkimukseen liittyvä henkilö täytä enää hänelle asetettuja velvoitteita. Näissä tapauksissa jäsenvaltion on esitettävä toimintasuunnitelma tilanteen korjaamiseksi ja tämä toimintasuunnitelma on esitettävä myös eettiselle toimikunnalle, muille toimivaltaisille viranomaisille ja komissiolle (tutkimusdirektiivi 12 artikla). Myös tutkimuksen päättymisestä on informoitava sekä jäsenvaltion tai jäsenvaltioiden toimivaltaisia viranomaisia että eettistä toimikuntaa (tutkimusdirektiivi 10 artikla).

Eettisten toimikuntien työmäärän on arvioitu kasvavan tutkimusdirektiivin myötä.[71] Toisaalta vaikka tutkimusdirektiivissä on velvoite toimittaa eettisille toimikunnille tietoa muun muassa tutkimuksissa ilmenneistä haittavaikutuksista, direktiivistä ei selviä, mitä eettisten toimikuntien tulee tehdä näillä ilmoituksilla. Direktiivi velvoittaa jäsenvaltion ainoastaan kirjaamaan haittavaikutusepäilyt ja huolehtimaan, että ne tallennetaan eurooppalaiseen tietokantaan[72] (tutkimusdirektiivi 17 artikla), muuten tehtävät jäänevät pitkälti 18 artiklan mukaan annettavan ohjeiston varaan. Suomessa tutkimusten valvontavastuu niiden suorittamisen aikana on ollut lääkelaitoksella ja myös uuden lääkelain mukaan lääkelaitos on toimivaltainen keskeyttämään tutkimuksen tarvittaessa. Lääkelaitoksella on myös oikeus antaa määräyksessään tarkempia säännöksiä haittavaikutusten ilmoittamisesta (lääkelaki 87 §, 700/2002).

---

[70] Haittatapahtumalla tarkoitetaan lääkettä saaneella potilaalla tai kliinisen tutkimuksen tutkimushenkilöllä esiintyvää harmillista ilmentymää, joka ei välttämättä liity tutkimushenkilön hoitoon. Haittavaikutus sen sijaan on tutkimuslääkkeen aiheuttama harmillinen ja tahaton reaktio (tutkimusdirektiivi 2 artikla).

[71] Idänpään-Heikkilä 2001b, s. 1396.

[72] Tutkimusdirektiivin 11 artiklassa on lueteltu tiedot, jotka on tallennettava eurooppalaiseen tietokantaan. Tietokantaa saavat käyttää jäsenvaltioiden toimivaltaiset viranomaiset, virasto ja komissio.

5.4 Eettisille toimikunnille lausunnon antamiseksi asetettu määräaika

Tutkimusdirektiivin 6 artiklan mukaan eettisten toimikuntien on annettava perusteltu lausuntonsa 60 päivän kuluessa asianmukaisen lausuntopyynnön vastaanottamisesta. Tutkimussuunnitelmaan tehtävistä muutoksista eettisen toimikunnan on annettava lausuntonsa 35 päivän kuluessa asianmukaisen muutosehdotuksen vastaanottamisesta (tutkimusdirektiivi 10 artikla). Kansallisessa lainsäädännössämme eettisille toimikunnille ei ole asetettu vastaavia määräaikavaatimuksia. Lääkelain 87 §:ssä (700/2002) säädetään, että valtioneuvoston asetuksella voidaan säätää eettisille toimikunnille määräajat, joiden kuluessa heidän on annettava lausuntonsa tutkimushankkeiden eettisyydestä. Seuraavaksi selvitän määräajan määräytymistä tutkimushankkeen arvioinnin suhteen. Samoja periaatteita sovelletaan arvioitaessa tutkimussuunnitelman muutos.

5.4.1 Määräajan alkaminen

Tutkimusdirektiivin mukainen määräaika alkaa kulua, kun asianmukainen hakemus on toimitettu eettiselle toimikunnalle (tutkimusdirektiivi 6 artikla). Hakemus on toimitettava tutkimuslain mukaan toimivaltaiselle eettiselle toimikunnalle. Jos hakemus kuitenkin toimitetaan toimikunnalle, joka ei ole asiassa toimivaltainen, eettisen toimikunnan on siirrettävä asia ex officio toimivaltaiseksi katsomalleen eettiselle toimikunnalle ja ilmoitettava siirrosta hakijalle (hallintomenettelylaki 8 §).

Lain asiakirjain lähettämisestä (1 §, 74/1954) mukaan asiakirja voidaan toimittaa viranomaiselle henkilökohtaisesti, postitse, asiamiehen tai lähetin välityksellä. Kun lähetys lähetetään postitse, kuten asia lienee yleensä toimitettaessa tutkimuksia eettisille toimikunnille arvioitaviksi, katsotaan lähetys viranomaiselle annetuksi, kun viranomaiselle on annettu postilähetys, joka sisältää asiakirjan tai ilmoitus lähetyksen saapumisesta postin osoitetoimipaikkaan.

Jos asiakirja voidaan toimittaa viranomaiselle sähköisesti[73], asiakirja on lain sähköisestä asioinnista hallinnossa (1318/1999) mukaan saapunut viranomaiselle, kun sähköinen viesti on käytettävissä viranomaisen vastaanottolaitteessa tai tietojärjestelmässä. Jos tästä ajankohdasta ei ole selvyyttä, sähköisen viestin

[73] Sähköisiä asiakirjoja ovat esimerkiksi telekopiona, sähköpostina tai allekirjoitukseltaan varmennettuna lähetetyt asiakirjat. Kulla 2000, s. 74. Lain sähköisestä asioinnista viranomaisessa 18 §:n mukaan viranomaisen on tarjottava mahdollisuus asian sähköiseen vireillepanoon, jos viranomaisella on tähän tarvittavat tekniset, taloudelliset ja muut valmiudet.

katsotaan saapuneen viranomaiselle samana ajankohtana kuin se on lähetetty, mikäli lähettämisajankohdasta voidaan esittää luotettava selvitys (24 §).

Asia tulee viranomaisessa vireille, kun se on jätetty toimivaltaiseen viranomaiseen, riippumatta siitä, milloin asiaa tosiasiassa ruvetaan käsittelemään.[74] Siten tutkimushankkeiden arvioinnille asetettu määräaika alkaa kulua, kun hakemus on otettu vastaan eettisessä toimikunnassa. Määräajan alkamisen kannalta ei ole merkitystä esimerkiksi, milloin hakemus toimitetaan eettisen toimikunnan jäsenille tai milloin sitä käsitellään eettisen toimikunnan kokouksessa.

Edellytyksenä määräajan alkamiselle on hakemuksen asianmukaisuus. Hallintoasia on toimitettava viranomaiselle kirjallisesti (hallintomenettelylaki 1 §). Jos hakemus ei ole asianmukainen, hakemuksessa ei ole liitteinä säännöksien tai määräysten mukaan vaadittavia tietoja tai liitteitä tai asiakirjan muodollisissa seikoissa on puutteita esimerkiksi asiakirjan allekirjoitus puuttuu, viranomaisen on annettava hakijalle mahdollisuus täydentää hakemustaan (hallintomenettelylaki 9 §). Kuitenkin hakijalla on velvollisuus käyttää viranomaisen asettamia lomakkeita vain, jos niiden käytöstä on erikseen säädetty.[75]

5.4.2 Määräajan määräytyminen

Tutkimusdirektiivi antaa eettisille toimikunnille 60 päivää aikaa arvioida tutkimushanke. Määräajan kuluminen keskeytyy, jos eettinen toimikunta esittää hakijalle lisäselvityspyynnön saadakseen lisätietoja jo toimitettujen tietojen lisäksi. Eettisellä toimikunnalla on mahdollisuus kuitenkin esittää ainoastaan yksi lisäselvityspyyntö (tutkimusdirektiivi 6 artikla). Tämän lisäselvityksen ajaksi eettinen toimikunta voi ns. pysäyttää kellon. Nähdäkseni lisäselvityksen antamiseen voi soveltaa määräajan laskemiseksi samoja periaatteita kuin hakemuksen arvioimiselle. Eli lisäselvityspyynnön yhteydessä kello pysäytetään, kun viranomainen antaa lisäselvityspyynnön hakijalle ja määräaika alkaa edelleen kulua, kun viranomainen vastaanottaa asianmukaisen hakijan lisäselvitysvastauksen.

Tutkimuslain 17 §:n mukaan TUKIJAlla on oikeus delegoida kansallisen lausunnon antamista edellyttävän lääketutkimuksen jollekin alueelliselle eettiselle toimikunnalle. Pidentääkö tämä eettiselle toimikunnalle annettua määräaikaa? Tutkimusdirektiivi jättää eettisten toimikuntien perustamisen ja toiminnan jäsenvaltioiden toteutettavaksi (6 artikla). Siten siinä ei ole myöskään mainintaa tutkimushankkeiden mahdollisesta delegoinnista eettisestä toimikunnasta toi-

[74] Kulla 2000, s. 75.
[75] Kulla 2000, s. 72.

seen. Mielestäni Suomi voi järjestää eettisten toimikuntien toiminnan tutkimuslain mukaan ja sisällyttää siihen tutkimuslain 17 §:n mukaisen delegointivaltuuden, mutta tällä menettelyllä ei voi ylittää direktiivin mukaista määräaikaa. Lausunto tutkimushankkeen eettisyydestä on saatava 60 päivässä hakemuksen jättämisestä riippumatta siitä, arvioiko TUKIJA hakemuksen vai siirtääkö se arvioinnin alueellisen eettisen toimikunnan suoritettavaksi. Tämä luonnollisesti asettanee vaatimuksia TUKIJAn ja alueellisten eettisten toimikuntien kokousjärjestelyille, jotta hakemukset voidaan käsitellä määräajan kuluessa.

Eettisen toimikunnan on annettava lausuntonsa määräajan kuluessa sekä lausunnon pyytäjälle että toimivaltaiselle viranomaiselle. Siten eettisellä toimikunnalla on oltava lausunto annettavissa hakijalle viimeistään 60. päivänä asianmukaisen lausuntopyynnön vastaanottamisesta. Jos hakija haluaa hakemuksensa postitse, postin toimittamiseen kuuluva aika ei sisälly eettisen toimikunnan määräaikaan.

6 EETTISEN TOIMIKUNNAN TEHTÄVÄT YKSITTÄISEN TUTKIMUKSEN ARVIOINNIN KANNALTA

6.1 Yleistä

Tutkimuslain 17 §:n mukaan eettisten toimikuntien on antamassaan lausunnossa esitettävä perusteltu näkemyksensä tutkimushankkeen eettisestä hyväksyttävyydestä sekä selvitettävä tutkimushankkeen laillisuus. Laillisuuden selvittämiseen kuuluu, että tutkimussuunnitelmassa on huomioitu *tutkimuslain säännökset, tietosuojasäännökset, tutkimuspotilaiden asemaa koskevat kansainväliset velvoitteet sekä lääketieteellistä tutkimusta koskevat määräykset ja ohjeet.*

Tutkimusdirektiivi ei erottele eettisten toimikuntien tehtäviä lailliseen ja eettiseen, vaan asettaa niiden tehtäviksi tutkimushankkeen ennakkovalvojina tutkimushenkilöiden oikeuksien, turvallisuuden ja hyvinvoinnin suojelun sekä tutkimukseen osallistumattoman yleisön vakuuttamisen tutkittavien suojelusta. Direktiivin mukaan eettiset toimikunnat ylläpitävät ulkopuolisten luottamusta tutkimustoimintaan muun muassa antamalla lausunnon tutkimushankkeesta (tutkimusdirektiivi 2 artikla).

Tutkimusdirektiivissä on yksilöity tutkimuslakia tarkemmin seikat, jotka eettisen toimikunnan on huomioitava lausuntoa varten. Tutkimusdirektiivin 6 artiklan mukaan eettisen toimikunnan on huomioitava *erityisesti* (1) tutkimus ja sen suunnittelun asianmukaisuus, (2) riski-hyötysuhteen arvioinnin asianmu-

kaisuus ja johtopäätösten perusteltavuus, (3) tutkimussuunnitelma, (4) tutkijan ja muun tutkimushenkilöstön soveltuvuus, (5) tutkijan tietopaketti, (6) tutkimukseen käytettävien tilojen ja varustuksen laatu, (7) tutkittavalle annettava informaatio, menettely suostumuksen saamiseksi sekä suostumuksen antamiseen kykenemättömien osallistuminen tutkimukseen, (8) tutkimuksesta aiheutuvan vahingon korvaaminen, (9) tutkijan ja toimeksiantajan vastuuvakuutus tai vakuus vastuun kattamiseksi, (10) tutkijoille ja tutkittaville tutkimuksesta maksettavat taloudelliset korvaukset sekä toimeksiantajan ja tutkimuspaikan välinen sopimus, (11) tutkittavien valinta. Näistä seikoista jäsenvaltio voi siirtää eettiseltä toimikunnalta toimivaltaisen viranomaisen arvioitavaksi kohdat 8, 9 ja 10.

6.2 Tutkimuksen yleisen asianmukaisuuden varmistaminen

Ensimmäisinä edellytyksinä tutkimukselle on, että tutkimus ja tutkimuksen suunnittelu ovat asianmukaisia, tutkimuksen riski-hyötysuhde on arvioitu oikein ja tutkimusjärjestelyt ovat muun muassa tutkittavan kannalta turvalliset. Eettinen toimikunta arvioi tutkimushankkeen asiallisuutta sille toimitetusta tutkimussuunnitelmasta ja tutkijan tietopaketista. Tutkimussuunnitelmassa on esitettävä tutkimuksen tavoitteiden lisäksi tutkimusmenetelmä, tutkimukseen liittyvät tilastolliset näkökohdat sekä tutkimuksen organisointi. Tutkijan tietopaketti on yhteenveto lääkkeen ominaisuuksista, jotka ovat tärkeitä tutkittaessa lääkettä (tutkimusdirektiivi 2 artikla). Tutkijan tietopaketissa perusteellaan myös tutkimuksen tarvetta sekä tutkimukseen liittyviä riskejä ja haittavaikutuksia.[76]

Tutkimuksen asianmukaisuuteen kuuluu muun muassa tutkimuksen tarkoituksen ja kysymyksenasettelun arvioiminen: Ihmiseen kohdistuvan lääketutkimuksen tarkoituksena on aina oltava pyrkimys kehittää sairauksien ehkäisyä, toteamista tai hoitoa.[77] Tutkimus on aina epäeettinen, jos sen perusteella ei voida saada vastauksia ennalta asetettuun tieteelliseen kysymykseen tai se on kysymyksenasettelultaan tai menetelmiltään puutteellinen[78], sillä silloin tutkittavat alistuvat vain turhaan tutkimuksen mahdollisille riskeille, lääkkeiden käytölle ja niistä aiheutuville sivuvaikutuksille.[79]

---

[76] Tokola ja Huupponen 1994, s. 681.

[77] Helsingin julistus, 6. periaate.

[78] Valtakunnallisen terveydenhuollon eettisen neuvottelukunnan lääketieteellinen jaoston muistilista 2001, s. 1.

[79] Keränen, Sorri ja Ylitalo 1998, s. 1132.

Eettisen toimikunnan on kiinnitettävä huomioita tutkimusmenetelmään liittyen vertailuryhmien ja lumelääkkeen käyttöön sekä satunnaistamiseen[80] ja sokkouttamiseen[81]. Tutkimusjärjestelyillä pyritään parantamaan tutkimustulosten luotettavuutta ja tähän perustuu myös tutkimuksissa vertailuryhmien käyttö. Tässä ryhmässä tutkittavat eivät saa tutkimuksen kohteena olevaa lääkettä, vaan lumelääkettä tai jo ennestään sairauteen käytössä olevaa lääkehoitoa.[82]

6.2.1 Tutkimuksen hyöty-haittasuhde

Tutkimuslain mukaan tutkittavan etu ja hyvinvointi ovat aina tärkeämpiä kuin tieteen ja yhteiskunnan etu. Toimenpiteistä aiheutuvan terveydellisen tai tieteellisen hyödyn on oltava selvästi suurempi kuin tutkittavalle mahdollisesti aiheutuvat riskit ja haitat (tutkimuslaki 4 §).

Direktiivi edellyttää, että tutkimuksesta seuraa riskejä suurempi kansanterveydellinen ja hoidollinen hyöty (tutkimusdirektiivi 3 artikla). Eettisen toimikunnan velvollisuus on arvioida hyöty-haittasuhteen asianmukaisuus ja johtopäätösten perusteltavuus (tutkimusdirektiivi 6 artikla). Tutkimusdirektiivin 3 artiklan mukaan hyöty-haittasuhteen arviointi on kaksiosainen: tutkimusta aloitettaessa eettisen toimikunnan on arvioitava, että tutkimuksesta odotettavissa oleva kansanterveydellinen ja hoidollinen hyöty on riskejä suurempi. Tutkimuksen jatkaminen on sidottu ainoastaan tämän vaatimuksen noudattamisen jatkuvaan valvontaan joko eettisen toimikunnan, viranomaisen tai molempien elinten taholta (tutkimusdirektiivi 3 artikla).

Lääketutkimuksiin osallistuu sekä terveitä tutkittavia että potilaita. Terveille tutkittaville tutkimuksesta aiheutuu aina suurempi riski kuin jos he jättäisivät osallistumatta tutkimukseen. Jos tutkittavalle ei ole odotettavissa terveydellistä hyötyä, eettisen toimikunnan on tehtävä tutkimuslain 4 §:n mukaan hyöty-haittavertailu tutkimuksesta aiheutuvien riskien ja tieteellisen hyödyn välillä. Myös potilaille saattaa tutkimuksesta aiheutua riskejä verrattuna heidän hoitamiseensa tavanomaisella ja tunnetulla hoitokeinolla. Vertailuperusteet ovat samat kuin terveillä tutkittavilla tehtävissä tutkimuksissa erotuksena, että potilas voi saada tutkimuksestaan itselleen terveydellistä hyötyä. Arvioinnissa on huo-

[80] Tutkittava lääkettä saava ryhmä ja vertailuryhmä pyritään samankaltaistamaan keskeisiltä ominaisuuksiltaan. Tokola ja Huupponen 1994, s. 684.

[81] Avoimessa tutkimuksessa sekä tutkija että tutkittava tietävät, kuuluuko tutkittava tutkittavaa lääkettä saavaan ryhmään vai vertailuryhmään. Tutkimus voidaan tehdä myös sokkoutettuna, jolloin joko tutkittava tai sekä tutkija että tutkija ovat tietämättömiä, mihin ryhmään tutkittava kuuluu. Tokola ja Huupponen 1994, s. 684.

[82] Tokola ja Huupponen 1994, s. 683–4.

mioitava hoidettavan sairauden laatu: vakavan taudin lääkehoidossa hyväksytään suurempi riski, kun potilas voi odottaa saavansa lääkityksestä merkittävää hyötyä.[83] Lievää sairautta hoidettaessa lääke ei saisi aiheuttaa juuri mitään haitallisia vaikutuksia. Tutkimusdirektiivin mukaan hyöty-haittasuhteen arvioinnissa tutkimushenkilölle aiheutuvia riskejä ja haittoja verrataan muille nykyisille ja tuleville potilaille odotettavaan hyötyyn (tutkimusdirektiivi 3 artikla).

Hyöty-haittasuhteen arvioimiselle asetetaan tiukemmat edellytykset, kun kyseessä on alaikäisille tai vajaakykyisille aiottavaksi tehdyt tutkimukset. Tutkimuslain 8 §:n mukaan lapset saavat osallistua ainoastaan tutkimuksiin, joissa samoja tieteellisiä tuloksia ei voida saavuttaa muilla tutkittavilla ja tutkimuksesta aiheutuu alaikäiselle vain vähäinen vahingon määrä tai rasitus. Lisäksi tutkimuksesta on oltava odotettavissa suoraa hyötyä joko suoraan tutkittavan alaikäisen terveydelle tai erityistä hyötyä alaikäisen kanssa iältään tai terveydentilaltaan samaan ryhmään kuuluvien terveydentilalle.

Tutkimusdirektiivin 4 artiklan mukaan lapset saavat lähtökohtaisesti osallistua tutkimuksiin, jotka liittyvät välittömästi lapsen kliiniseen tilaan tai tutkimusta ei voida suorittaa muilla kuin alaikäisillä. Lisäksi tutkimuksesta on aiheuduttava välittömiä etuja lapsen kanssa samaan potilasryhmään kuuluville ja saatujen tutkimustulosten on oltava olennaisen tärkeitä suostumuksen antamiseen kykenevillä henkilöillä tai muilla tutkimusmenetelmillä tehtyjen tutkimusten tulosten todentamiseksi. Lisäksi direktiivi edellyttää, että lapsilla tehtävien tutkimusten riskit on tehtävä mahdollisimman vähäisiksi sekä tutkimusten riskikynnystä ja rasitusastetta arvioitava jatkuvasti.

Ongelmallista tutkimuslaissa on tutkimustoimenpiteen sitominen vähäisen vahingon vaaran tai rasituksen käsitteeseen; tällä tavoin vakavaa sairautta potevilla alaikäisillä ei voi tehdä tutkimustoimia, joista saattaisi aiheutua heille tavanomaista hoitotoimenpidettä merkittävämpi hyöty, mutta joihin kuitenkin liittyy vakavan riskin mahdollisuus.[84] Tutkimuslain säännös vähäisestä vaarasta tai rasituksesta asettaa lapsilla tehtäville tutkimustoimenpiteille tältä osin tiukemman edellytyksen kuin tutkimusdirektiivi.[85] Tutkimusdirektiivi sallii siten tutkimustoimenpiteeseen, joka liittyy lapsen kliiniseen tilaan, vakavamman vaaran liittymisen hoidettaessa lapsen vakavaa sairautta edellyttäen direktiivin muiden seikkojen täyttyvän.

---

[83] Pekkarinen 1995, s. 1595.

[84] Lötjönen 1999, s. 339–340.

[85] Myöskään biolääketiedesopimus ei edellytä vähäisen vahingon vaaran tai rasituksen edellytystä tapauksissa, joissa alaikäinen itse saa suoraa hyötyä tutkimuksesta. Mikäli kyseessä taas on tutkimus, josta ei ole välitöntä hyötyä alaikäisen terveydelle, saadaan tutkimusta kansallisen lainsäädännön puitteissa suorittaa, jos tutkimuksesta on hyötyä kyseisen alaikäisen kanssa iän tai terveydentilan perusteella samaan ryhmään kuuluville ja tutkimuksesta alaikäiselle aiheutuva riski ja rasitus ovat pieniä (Biolääketiedesopimus 17 artikla).

Alaikäisiin kohdistuvan tiukemman sääntelyn taustalla voidaan nähdä tarkoitus suojella alaikäisiä mahdolliselta hyväksikäytöltä, mutta toisaalta halu sallia alaikäisten osallistuminen lääketutkimuksiin, jotta heidän hoitoonsa saataisiin tieteellisesti tutkittuja ja tehokkaita lääkkeitä.[86] Alaikäisillä tehtävää tutkimustoimintaa ei saisi rajoittaa lainsäädännöllä turhan ankarasti, jotta lapsilla olisi samanlainen mahdollisuus saada tarvittaessa hoidokseen tutkittuja lääkkeitä kuten muillakin. Tutkimustoiminnan liika rajoittaminen lainsäädännöllä voi estää lasten hoitoon käytettävien lääkkeiden kehittämisen.[87]

Tutkimuslain 7 §:n mukaan vajaakykyisen eli mielenterveyden häiriön, kehitysvammaisuuden tai muun vastaavan syyn vuoksi pätevään suostumukseen kykenemättömän henkilön osallistuminen tutkimukseen on myös sidottu erityisesti arvioitavaan hyöty-riskisuhteeseen. Lähtökohtana on, ettei samoja tutkimustuloksia voi saavuttaa muilla tutkittavilla kuin vajaakykyisillä ja tutkimuksesta seuraa tutkittavalle vain vähäinen vahingon vaara tai rasitus. Lisäedellytyksinä on tutkimuksesta tutkittavan terveydelle odotettavissa oleva suora hyöty tai tutkittavan kanssa samaan ryhmään terveydentilan tai iän suhteen kuuluvien terveydentilalle odotettavissa oleva erityinen hyöty.

Tutkimusdirektiivissä lähtökohtana tietoisen suostumuksen antamiseen kykenemättömillä aikuisilla tehtäville tutkimuksille on, että tutkimus on olennaisen tärkeä suostumuksen antamiseen kykenevillä henkilöillä tai muilla tutkimusmenetelmillä tehtyjen tutkimusten tulosten todentamiseen. Tutkimuksen on lisäksi liityttävä välittömästi vajaavaltaisen aikuisen hengenvaaralliseen tai heikentymistä aiheuttavaan kliiniseen tilaan. Myös vajaakykyisten kohdalla tutkimukseen liittyvät riskit on tehtävä mahdollisimman vähäisiksi. Lisäedellytyksinä tutkimusdirektiivin mukaan tutkimuksesta on aihetta perustellusta syystä olettaa tulevan potilaalle enemmän hyötyjä kuin riskejä (tutkimusdirektiivi 5 artikla).

Vajaavaltaisen aikuisen kohdalla direktiivissä hyöty-riskisuhteelle on siten asetettu vielä tiukemmat edellytykset kuin lapsen: vajaavaltaisen kohdalla artiklassa ei puhuta tutkimustulosten hyödystä samaan ryhmään kuuluville potilaille, vaan tutkimuksen on aina liityttävä välittömästi vajaavaltaisen aikuisen hengenvaaralliseen tai heikentymistä aiheuttavaan kliiniseen tilaan.[88] Siten sanamuodon mukaan tutkimusta ei voi suorittaa vajaakykyisillä, jos vajaakykyisen tila ei ole hengenvaarallinen tai aiheuta heikentymistä eikä siten salli tutkimusten tekemistä vajaakykyisten sairauksiin, jotka saattavat olla stabiileja.

---

[86] Lötjönen 1999, s. 340

[87] Lötjönen 2001, s. 104.

[88] Biolääketiedesopimuksen 17 artiklassa ei ole sidottu tutkimusten tekemistä hengenvaaralliseen tai heikentymistä aiheuttavaan kliiniseen tilaan.

Vajaavaltaisten kohdalla tutkimuslaki sitoo tutkimukset vähäisen vahingon vaaran tai rasituksen käsitteeseen samalla tavoin kuin edellä käsitellyissä lapsilla tehtävissä tutkimuksissa.

Tutkimusdirektiivissä hyöty-haittasuhteen arvioinnissa ei ole asetettu muita ryhmiä erikoisasemaan kuin lapset ja vajaakykyiset. Tutkimuslaissa näiden ryhmien lisäksi hyöty-haittasuhdetta arvioidaan tiukemmilla edellytyksillä, kun kyse on tutkimuksista, joiden kohteena ovat raskaana olevat tai imettävät naiset sekä vangit. Tutkimuslain ei voida katsoa olevan näiltä osin tutkimusdirektiivin kanssa ristiriidassa, sillä tutkimusdirektiivi asettaa tutkittavien suojalle vähimmäistason, joka voidaan säätää kansallisesti myös tiukemmaksi (tutkimusdirektiivi 3 artikla).

Tutkimuslain 9 §:n mukaan raskaana olevien tai imettävien naisten osallistuminen on rajattu ainoastaan tutkimuksiin, joita samojen tutkimustulosten saamiseksi ei voi tehdä muilla tutkittavilla ja tutkimuksesta odotetaan suoraa hyötyä naiselle tai syntyvälle lapselle tai hyötyä naisen sukulaisen terveydelle, raskaana oleville tai imettäville naisille taikka sikiöille, vastasyntyneille tai imeväisikäisille lapsille. Vankien kohdalla tutkimukseen osallistumisen edellytyksenä on, että suora hyöty koituu vangin, vangin sukulaisen tai muiden vankien terveydelle (tutkimuslaki 10 §).

6.2.2 Tutkimusjärjestelyt

Tutkimuksesta vastaavan henkilön on tutkimuslain 5 §:n mukaan oltava joko lääkäri tai hammaslääkäri ja häneltä vaaditaan asianmukainen ammatillinen ja tieteellinen pätevyys. Hän toimii virkavastuulla (tutkimuslaki 23 §). Tutkimuksesta vastaava henkilö on velvollinen keskeyttämään tutkimuksen, jos tutkittavien turvallisuus sitä edellyttää (tutkimuslaki 5 §). Tutkimusdirektiivi käyttää tutkimuksesta vastaavasta henkilöstä ja tutkimusryhmän johtajasta käsitettä tutkija. Direktiivin mukaan tutkijana lääketutkimuksissa voi olla henkilö, jolla ammattinsa nojalla riittävä tieteellinen tausta ja potilaiden hoidosta riittävä kokemus suorittaa tutkimustoimintaa (tutkimusdirektiivi 2 artikla). Tutkimusdirektiivinkin mukaan edellytettäneen lääkärin tai hammaslääkärin tutkintoa, sillä heillä tieteellinen tausta ja kokemus potilastyöstä yhdistyvät. Tutkijan pätevyyden arvioimiseksi eettiselle toimikunnalle on toimitettava tutkijan ansioluettelo.[89]

[89] Detailed guidance on the application format and documentation to be submitted in an application for an ethics committee opinion on a clinical trial on medical product for human use 2002 / draft 5.2 s. 8–9.

Tutkimushenkilöiden asiantuntemukselle asetetut vaatimukset ovat perusteltuja, sillä lääketutkimuksissa puututaan aina tutkittavan perusoikeuksiin, hänen henkilökohtaiseen koskemattomuuteensa, ja tutkimukseen liittyy aina riskien mahdollisuus.[90] Tutkijoilta edellytetään sitä enemmän asiantuntemusta, mitä vähemmän tutkittavaa lääkettä on kliinisesti tutkittu tai mitä vaativimmista tutkimuksista on kyse. Myös muun henkilökunnan on oltava asiantuntevaa; kaikilta tutkijoita edellytetään, että he tietävät mahdollisimman paljon tutkittavan lääkkeen ominaisuuksista, vaikutustavasta ja haittavaikutuksista. Tutkimushenkilöstön pätevyyden lisäksi tutkimukseen käytettyjen tilojen on oltava tutkimuslääke huomioiden turvalliset ja asianmukaiset tutkimuksen suorittamista varten.[91] Lääkelaitoksen edustajalla on tarvittaessa oikeus tarkastaa tutkimuspaikka.[92]

6.3 Tutkittavan oikeuksien turvaaminen

6.3.1 Tutkittavan oikeus informaatioon

Ennen kuin tutkittava voi antaa suostumustaan, hänellä on oikeus saada *riittävä selvitys oikeuksistaan, tutkimuksen tarkoituksesta, luonteesta sekä siinä käytettävistä menetelmistä.* Tutkittavalle on selvitettävä myös tutkimukseen liittyviä riskejä ja haittoja sekä kerrottava oikeudesta keskeyttää tutkimus (tutkimuslaki 6 §). Tutkittavalla on oltava kaikki tarpeellinen tieto tutkimuksesta ja hänen on myös kyettävä ymmärtämään saamansa informaatio, jotta hän tämän tiedon perusteella pystyy päättämään tutkimukseen osallistumisesta.[93] Informaatio annetaan suoraan tutkimukseen osallistumaan aikovalle tai jos kyseessä on suostumuksen antamiseen kykenemätön lapsi tai vajaavaltainen, informaatio annetaan suostumuksen antamiseen oikeutetulle (tutkimuslaki 7–8 §).

Informaation riittävyyden arviointi vaatii pitkälti tapauskohtaista harkintaa, johon vaikuttaa muun muassa tutkimus ja siihen liittyvät riskit ja hyödyt, hoidettavan sairauden luonne sekä informaation kohteena oleva tutkittava. Tutkimuslain sanamuoto asettaa informaation laajuuden pohjaksi sen *riittävyyden* suostumuksen antamiseen. Siten mitä enemmän riskejä tutkimukseen liittyy, sitä laajempaa informaatiota ennen tutkimusta tutkittavalle on annettava, sillä

[90] HE 229/1998, s. 13.
[91] Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 12.
[92] Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 15.
[93] HE 229/1998, s. 14.

suostumuksen antaminen vaatii enemmän harkintaa.[94]

Tutkimuslaki painottaa informaation antamisessa tietoa tutkimukseen liittyvistä seikoista. Tutkimuslaissa ei huomioida seikkaa, että tosiasiassa useat tutkittavista ovat samalla potilaita, joille potilaslain mukaan on annettava informaatiota muun muassa terveydentilasta ja muista hoitoon liittyvistä seikoista. Hallituksen esityksen mukaan[95] tutkimuslain säännöksiä on noudatettava potilaslain sijasta, kun kyseessä on terapeuttinen tutkimus. Tutkimuksen perusteella ei kuitenkaan tulisi voida vähentää tutkittavan oikeutta saada tietoa terveydentilastaan. Siten tapauksissa, joissa potilas osallistuu tutkimukseen, tulisi tutkimuslain säännökset nähdä potilaslakia täydentävinä säännöksinä, koska lainsäätäjän tahto ei ole voinut olla kaventaa potilaan tiedonsaantioikeutta hänen osallistuessaan vapaaehtoisesti tutkimukseen.[96]

Tutkimuslaissa ei erikseen täsmennetä, missä muodossa informaatio on annettava tutkittavalle: tutkimuslaki kuitenkin edellyttää, että informaatio on annettu siten, että tutkittava pystyy informaation pohjalta päättämään, osallistuuko tutkimukseen. Annettavan informaation tulee olla tutkittavan kannalta ymmärrettävässä muodossa. Osaltaan myös ymmärrettävyyteen kuuluu, että tutkittava saa informaatiota sekä suullisesti että kirjallisesti.[97] Tietojen ymmärtämistä ja sisäistämistä auttaa suullisen ja kirjallisen informaation rinnakkaisuus. Tiedon ymmärrettävyys edellyttää sen antamisessa myös informaation kohteen iän ja ymmärryskyvyn huomioimista.

Toisin kuin tutkimuslaissa tutkimusdirektiivissä säädetään informaation antamisen tutkittavalle kahteen vaiheeseen: tutkittavalle on sekä *tiedotettava* tutkimuksesta että *keskusteltava* hänen kanssaan tutkimuksesta. Tutkittavalle on tiedotettava tutkimuksen luonteesta, merkityksestä, seurauksista ja riskeistä. Tämä tiedottamisvelvollisuus voitaneen toteuttaa hyvin kirjallisella informaatiolla. Siihen liittyy kuitenkin kiinteästi keskustelu, jonka tavoitteena on, että tutkittava ymmärtäisi tutkimuksen tavoitteet, riskit, haitat, tutkimuksen suorittamisolosuhteet sekä mahdollisuuden vetäytyä kesken tutkimuksen pois tutkimuksesta (tutkimusdirektiivi 3 artikla). Alaikäiselle informaatiota on annettava henkilön, jolla on kokemusta alaikäisen kanssa työskentelystä (tutkimusdirek-

---

[94] Ks. Ilveskivi 1997, s. 787. Potilaalle hoitotoimenpidettä ennen annettavan informaation laajuus riippuu osaksi hoitotoimenpiteen laadusta; mitä vakavammin yksilön koskemattomuuteen aiotaan puuttua, sitä tärkeämpää on vakuuttua potilaan suostumuksesta. Annettava informaation laajuus liittyy kiinteästi suostumusharkintaan. Kun on kyse vakavasti potilaan koskemattomuuteen puuttuvasta hoitotoimenpiteestä, on tärkeää, että potilaalle annettu informaatio annetaan potilaan tarpeista käsin eli annetun informaation on oltava yksilöllisen potilaan tiedontarvetta vastaavaa.

[95] HE 229/1998, s. 12.

[96] Meincke 2001, s. 36–37.

[97] HE 229/1998, s. 14.

tiivi 4 artikla). Informaation antajaa ei ole määritelty tarkemmin vajaakykyisten kohdalla. Sekä alaikäiselle että vajaakykyiselle annettavan informaation tulee vastata heidän ymmärryskykyään (tutkimusdirektiivi 4 ja 5 artikla). Siten myös tutkimuksesta annettava kirjallinen informaation on annettava heille ymmärrettävässä muodossa.

Eettisen toimikunnan tehtäviin kuuluu tarkastaa suostumuksen antamiseksi annettavan kirjallisen materiaalin riittävyys ja kattavuus (tutkimusdirektiivi 6 artikla). Kansainvälisissä monikeskustutkimuksissa eettinen toimikunta on joutunut huomauttamaan suomenkielisten potilasohjeiden laadusta, koska niiden käännökset ovat olleet huonoja tai sisältö on ollut liian tieteellinen ja vaikea tutkittavan kannalta.[98] Tutkittavan kannalta ymmärrettävyyttä saattaa vaikeuttaa myös informaation runsaus. Tätä seikkaa voisi korjata esimerkiksi tutkittavalle tärkeistä seikoista erikseen koottu yhteenveto.[99]

6.3.2 Tutkittavan itsemääräämisoikeus

Tutkimuslain mukaan tutkimusta ei saa suorittaa, jos tutkittava ei ole antanut siihen kirjallista, tietoon perustuvaa suostumustaan. Suostumus takaa henkilön vapaaehtoista osallistumista tutkimukseen. Tutkittavan suostumus tutkimukseen on aina peruutettavissa. Kirjallisen suostumuksen vaatimuksesta voidaan poiketa tilanteissa, joissa suostumusta ei voi saada asian kiireellisyyden ja potilaan terveydentilan vuoksi. Tällöin toimenpiteestä on lisäksi oltava odotettavissa potilaan terveydelle välitöntä hyötyä (tutkimuslaki 6 §). Näissäkin tapauksissa suostumus on saatava heti kun se on vain mahdollista.[100]

Tutkimusdirektiivissä edellytetään tutkimushenkilön tai vaihtoehtoisesti hänen laillisen edustajan kirjallista, tietoon perustuvaa suostumusta. Suostumus on annettava lähtökohtaisesti kirjallisessa muodossa. Tutkittavalla on myös direktiivin mukaan oikeus keskeyttää tutkimus antamastaan suostumuksesta huolimatta (tutkimusdirektiivi 3 artikla).

Tutkimuslaissa ja -direktiivissä on erityisehdot suostumuksen antamisesta, jos henkilöllä ei ole täyttä kompetenssia suostumuksen antamiseen. Tutkimuslain 8 §:n mukaan alaikäinen voi itse mukaan osallistumisestaan tutkimukseen, jos hän on täyttänyt 15 vuotta ja *ikäänsä, kehitystasoonsa, sairauden ja tutkimuksen laatuun nähden* pystyy ymmärtämään tutkimustoimenpiteen merkityksen ja tutkimuksesta on odotettavissa suoraa hyötyä hänen terveydelleen. Näis-

98 Fogelholm ja Tervo 1993, s. 702.
99 Kääriäinen 2002, s. 12.
100 HE 229/1998, s. 14.

sä tapauksissa alaikäisen huoltajalle on ilmoitettava asiasta. Jos tutkimuksesta aiheutuu alaikäiselle epäsuoraa hyötyä, tarvitaan tutkimustoimenpiteen ymmärtävän alaikäisen suostumuksen lisäksi myös tämän huoltajan suostumus. Alaikäisen ollessa nuorempi kuin 15 vuotta huoltaja antaa aina suostumuksensa tutkimuksen tekemiselle. Tutkimukselle tarvitaan kuitenkin myös alaikäisen suostumus, jos alaikäinen kykenee ymmärtämään tutkimustoimenpiteen merkityksen. Jos alaikäinen vastustaa tutkimustoimenpidettä, hänen vastustuksensa on huomioitava hänen ikänsä ja kehitystasonsa perusteella.[101]

Tutkimusdirektiivi ei huomioi lapsen suostumuksen antamisessa lapsen erilaista kypsyystasoa riippuen lapsen iästä ja kehitystasosta, vaan edellyttää lapsilla tehtävään tutkimukseen alaikäisen vanhemman tai laillisen edustajan suostumusta. Vanhemman tai laillisen edustajan antaman suostumuksen on oltava lapsen oletetun tahdon mukainen. Tutkijan tai päätutkijan on kuitenkin *otettava huomioon* alaikäisen tutkimustoimenpiteen vastustus, jos alaikäinen pystyy muodostamaan mielipiteen ja arvioimaan saamiaan tietoja (tutkimusdirektiivi 4 artikla). Säännös edellyttää suostumuksen antajalta kykyä asettua lapsen asemaan ja päättää tutkimukseen osallistumisesta lapsen edun kannalta, mutta ei anna lapselle yhtä vahvaa itsemääräämisoikeutta kuin kansallinen tutkimuslakimme. Direktiivin taustalla lienee myös erilainen suhtautuminen eri maissa lapseen itsemääräämisoikeuden käyttäjänä.

Vajaakykyisen puolesta suostumuksen lääketieteelliseen tutkimukseen antaa vajaavaltaisen lähiomainen, muu läheinen tai laillinen edustaja. Suostumuksesta huolimatta tutkimusta ei saa tehdä, jos vajaavaltainen vastustaa tutkimusta (tutkimuslaki 7 §). Tutkimusdirektiivin mukaan vajaavaltaisen laillinen edustaja antaa suostumuksen vajaavaltaisen osallistumisesta tutkimukseen. Tutkimusdirektiivi jättää laillisen edustajan määrittämisen kansalliselle tasolle (tutkimusdirektiivi johdanto kohta 5).

Vajaavaltaisen omalle mielipiteelle direktiivi antaa saman merkityksen kuin lapsenkin: laillisen edustajan suostumuksen on oltava vajaavaltaisen oletetun tahdon mukainen ja tutkijan on huomioitava vajaavaltaisen nimenomainen *toivomus* kieltäytyä osallistumasta kliiniseen tutkimukseen tai vetäytyä tutkimuksesta (tutkimusdirektiivi 5 artikla). Tutkimusdirektiivin säännös huomioida vajaakykyisen toivomus osallistua tutkimukseen ei ole niin ehdoton kuin tutkimuslain, jossa vastustus kieltää tutkimuksen suorittamisen. Lisäksi tutkimusdirektiivissä vajaakykyisen tutkimuksen vastustus on sidottu hänen kykyynsä

[101] StVM 39/1998, s. 3. Lain valmisteluvaiheessa lapsen vastustus oli rajattu kiinteästi hänen ikäänsä: 5 vuotta täyttäneen vastustaessa tutkimustoimenpidettä, sitä ei saanut suorittaa hänelle. Tämä kuitenkin muutettiin tapauskohtaista harkintaa edellyttävään arviointiin, koska myös alle 5-vuotiaiden mielipidettä on kunnioitettava. Toisaalta tiukka ikäraja olisi saattanut johtaa tutkimustoiminnan kannalta *ylitsepääsemättömiin ongelmiin*. StVM 39/1998, s. 3.

muodostaa mielipide ja arvioida tutkimuksesta saamiaan tietoja.

Eettisten toimikuntien tehtävänä on tarkastaa suostumuslomake. Suostumuslomakkeen sisällölle on asetettu vähimmäisvaatimukset[102] tutkimusasetuksen 3 §:ssä. Eettinen toimikunta arvioi suostumuksen antamiseen liittyvät puitteet ennakolta, mutta käytännössä vapaaehtoisen tietoon perustuvan suostumuksen saamisen yhteydessä moni seikka jää tutkijan ammattietiikan varaan. Suostumuksen pyytäminen suostumusasiakirjaan ei saisi muodostua rutiinitapahtumaksi, jolla toteutetaan vain lain vaatimukset tutkimuksen aloittamiseksi ja suojataan tutkijaa mahdollisilta sanktioilta, kun tutkimuksessa ilmenee ongelmia.[103]

6.3.3 Tutkittavan oikeus yksityisyyteen

Tutkimuslain 17 §:ssä eettisille toimikunnille asetetaan velvollisuus selvittää, onko tutkimussuunnitelmassa huomioitu muun muassa tietosuojasäännökset. Tutkimusdirektiivin 3 artiklan mukaan tutkittavalle on taattava direktiivin 95/46/EY mukainen tietosuoja. Lääketutkimuksia koskeva kansallinen laki on ennen kaikkea henkilötietolaki (523/1999), jonka taustalla on Euroopan yhteisön tietosuojadirektiivi (95/46/EY). Lisäksi kansainvälisiä tutkimustoimintaan sovellettavia normistoja ovat esimerkiksi Euroopan neuvoston yleissopimus yksilöiden suojelusta henkilötietojen automaattisessa tietojenkäsittelyssä (SopS 35–36/1992) sekä yleissopimukseen liittyen Euroopan neuvoston ministerikomitean suositukset muun muassa lääketieteellisten tietojen tietosuojasta R (97) 5 ja tilastollisiin tarkoituksiin kerättyjen tietojen tietosuojasta R (97) 18.

Henkilötietolain tarkoituksena on turvata henkilön yksityiselämän suojaa ja muita yksityisyyden suojaa koskevia perusoikeuksia sekä edistää hyvän tietojenkäsittelytavan kehittämistä (henkilötietolaki 1 §). Henkilötietolaki tulee sovellettavaksi myös lääketieteelliseen tutkimukseen, kun kyse on tutkimuksesta, jossa tutkimustieto voidaan yhdistää yksittäistä tutkittavaa koskevaksi (henkilötietolaki 1 ja 3 §). Siten lääketieteellinen tutkimus, jossa käytetään anonymisoituja tietoja, toisin sanoen tutkittavia ei tutkimuksen perusteella voi tunnistaa, jää henkilötietolain soveltamisalan ulkopuolelle. Henkilötietolakia sovellettavaan tutkimukseen tulevat rekisteriä perustettaessa sovellettavaksi henkilötietolain mukaiset periaatteet huolellisuudesta, suunnitelmallisuudesta, rekisterin käyttötarkoitussidonnaisuudesta, rekisterin tarpeellisuudesta ja rekisteröidyn informaatiovelvoitteesta.

---

[102] Kattelus ja Lötjönen 1999, s. 4435.
[103] Välimäki ja Lehtonen 2002, s. 726.

Lähtökohtaisesti henkilön arkaluoteisten tietojen käsittely on kielletty. Arkaluonteista tietoa ovat esimerkiksi henkilön terveydentilaa tai sairautta koskevat tiedot tai henkilön hoitotoimenpiteitä tai vastaavia toimenpiteitä koskevat tiedot (henkilötietolaki 11 §). Arkaluonteisten tietojen käsittelykiellosta voidaan poiketa henkilön suostumuksella (henkilötietolaki 12 §). Tämän mukaan lääketutkimuksissa tutkittavaa koskevien arkaluonteisten tietojen rekisteröinti edellyttää pääsääntöisesti tutkittavan suostumusta. Henkilötietolain 14 §:ssä oleva tieteellistä tutkimusta koskeva poikkeussäännös, jossa tieteellinen tutkimus sallitaan ilman tutkittavan suostumusta, ei tule sovellettavaksi tutkimuksiin, jotka tehdään kaupallisiin tarkoituksiin. Tällaisia tutkimuksia ovat esimerkiksi lääketeollisuuden toimeksiannosta tehtävät lääketutkimukset[104].

Tutkimustulosten oikeellisuuden varmistamiseksi saatetaan tutkimustuloksilta edellyttää jäljitettävyyttä, jolloin tutkimustiedot voidaan yhdistää yksittäistä tutkittavaa koskeviksi potilastietomerkinnöiksi. Tämä saattaa vaarantaa tutkittavan yksityisyyttä, jonka vuoksi tutkittavalta on pyydettävä nimenomainen suostumus, jotta viranomainen voi mahdollisesti tarkastaa häntä koskevia tietoja. Eettisen toimikunnan tehtäviin kuuluu lisäksi velvollisuus huomioida muiden maiden viranomaisten mahdollisuus tarkastaa tutkittavan potilastietoja.[105] Yksityisyyden suoja on muistettava esimerkiksi toimeksiantajan pitäessä tutkimusdirektiivin mukaista (16 artikla) yksityiskohtaista rekisteriä kaikista tutkimukseen liittyneistä haittatapahtumista. Tutkittavan tietosuojan turvaamiseksi on pyrittävä, että tiedot kerätään tällaisiin rekistereihin anonymisoidusti.

6.3.4 Tutkittavan oikeus vahingonkorvaukseen

Tutkimuslaki ei mainitse erikseen, että eettisen toimikunnan velvollisuus on ennen tutkimuksen aloittamista tarkastaa, että tutkittavalla on riittävä vakuutusturva. Lääkelaitoksen määräys sen sijaan velvoittaa ennen tutkimuksen alkua varmistamaan, että tutkittavan suojana on vakuutusturva.[106] Tutkimusdirektiivin mukaan tutkimusta voidaan tehdä, jos *tutkijan ja toimeksiantajan vastuun kattavasta vakuutuksesta tai korvauksesta* on säädetty (tutkimusdirektiivi 3 artikla). Eettisen toimikunnan on myös lausuntoaan varten huomioitava säännöt, jotka koskevat tutkimuksesta aiheutuneen vahingon korvaamista sekä tutkijan ja toimeksiantajan mahdolliset vastuuvakuutukset (tutkimusdirektiivi 6 artikla).

---

[104] Lehtonen 2001, s. 347.
[105] Lehtonen 2001, s. 344.
[106] Lääkelaitoksen määräys 1/2001, s. 12.

Lääkevahinkoihin yleensä voi Suomessa hakea korvausta lääkevahinkovakuutuksen, potilasvahinkolain, tuotevastuun ja vahingonkorvauslain perusteella. Näistä järjestelmistä tarkastelen seuraavaksi tarkemmin lääkevahinkovakuutusta ja potilasvahinkolakia, koska niihin sisältyvät erikseen säännökset tutkimuksista. Korvausta on mahdollista saada myös muiden menettelyjen kautta, tutkimuksissa myös mahdollisista vastuuvakuutuksista.

Lääketutkimuksissa lääkkeen käytöstä aiheutuneeseen vahinkoon voi hakea korvausta lääkevahinkovakuutuksesta. Lääkevahinkovakuutus on lakiin perustumaton vapaaehtoinen järjestelmä, jossa vakuutuksenottajana on Suomen Lääkevahinkokorvausosuuskunta ja vakuutuksenantajana Lääkevahinkovakuutuspooli.[107] Lääkevahinkovakuutus korvaa lääkkeen käytöstä aiheutuneen vahingon lääketutkimuksissa, kun tutkimuksen suorittaja on liittynyt lääkevahinkovakuutukseen tai tutkimusta tehdään vakuutukseen liittyneen toimeksiannosta. Korvauksen suorittamiseksi edellytetään lisäksi, että tutkimusta suoritetaan lääkelaitoksen määräysten mukaan.[108]

Lääkevahinkovakuutus tarkoittaa lääkevahingolla lääkkeen aiheuttamaa *ruumiillista sairautta tai vammaa taikka niihin rinnastettavaa vakavaa psyykkistä sairautta.* Käytetyn lääkkeen ja vahingon välillä on oltava todennäköinen syyyhteys. Lääkevahinkovakuutuksen mukaan lääkevahinkona ei pidetä sairautta tai vammaa, joka *johtuu siitä, että lääkkeellä ei ole tarkoitettua vaikutusta tai on syntynyt sellaisen toiminnan tai toimenpiteen yhteydessä, johon ei olisi pitänyt ryhtyä ottaen huomioon lääkkeen tarkoitetun tai ennalta tiedetyn vaikutuksen tai on aiheutunut virheestä lääkkeen määräämisessä tai antamisessa.*[109] Lääkevahinkovakuutuksesta korvataan vahinko, jos vahingonkärsineen työkyvyttömyys on kestänyt vähintään 14 vuorokautta tai hänen ruumiintoimintonsa ovat olleet heikentyneenä vähintään 14 vuorokauden ajan, vahingonkärsinyt on saanut pysyvän ruumiinvamman tai sairauden tai vahingonkärsinyt on kuollut.[110] Lääkevahinkovakuutus noudattaa korvauksen määrittämisessä vahingonkorvauslain 5 luvun 2–4 §:ä ja 7 luvun 3 §:ä lukuun ottamatta kivun ja säryn sekä pysyvän haitan korvaamista, joihin sovelletaan lääkevahinkolautakunnan normeja.[111]

Potilasvahinkolain mukaista korvausta voi hakea Suomessa terveyden- tai sairaanhoidon yhteydessä tapahtuneesta vahingosta. Potilasvahinkolain mukaan lain soveltamisalaan kuuluvat lääketutkimukseen osallistuvien potilaiden

[107] Routamo ja Ståhlberg 2000, s. 101.
[108] Lääkevahinkovakuutus, yleiset vakuutusehdot kohdassa 1.
[109] Lääkevahinkovakuutus, yleiset vakuutusehdot kohdassa 4.
[110] Lääkevahinkovakuutus, yleiset vakuutusehdot kohdassa 5.
[111] Lääkevahinkovakuutus, yleiset vakuutusehdot kohdassa 7.

ohella myös terveet tutkittavat (potilasvahinkolaki 1 §, 585/1986). Lääketutkimuksissa vahingon vaaraa saattaa aiheutua terveille tutkittaville, samalla tavoin kuin potilaillekin, otettaessa heitä esimerkiksi verinäytettä.[112] Terveyden- tai sairaanhoitoa harjoittavalla on oltava potilasvahinkolain mukainen vakuutus (potilasvahinkolaki 4 §). Potilasvakuutuskeskus voi myöntää potilasvakuutuksia jäsenyhtiöidensä lukuun tai vastata vakuutuksen laiminlyöntitilanteissa itse vahingosta (potilasvahinkolaki 5 §). Kaikki potilasvahinkolain mukaiset korvausasiat käsitellään kuitenkin keskitetysti potilasvakuutuskeskuksessa.

Potilasvahinkona korvataan henkilövahingot, jotka ovat aiheutuneet esimerkiksi tutkimuksen, hoidon tai muun vastaavan käsittelyn yhteydessä edellyttäen, että terveydenhuollon kokenut ammattihenkilö olisi edellä mainituissa tilanteissa käsitellyt tutkittavaa toisin ja siten todennäköisesti välttänyt vahingon. Laki edellyttää vahingon ja käsittelyn väliseltä syy-yhteydeltä todennäköisyyttä (potilasvahinkolaki 2 §). Potilasvahinkolain mukaan korvattaviksi eivät varsinaisesti tule lääkkeen aiheuttamat vahingot tutkimuksissa, vaan tutkimukseen liittyvien toimenpiteiden yhteydessä tapahtuneet vahingot. Potilasvahinkolaki korvaa vahingot vahingonkorvauslain 5 luvun 2–4 §:n, 6 luvun 1 §:n ja 7 luvun 3 §:n säännösten mukaan. Korvausta ei kuitenkaan suoriteta vähäisestä vahingosta (potilasvahinkolaki 3 §).

6.3.5 Tutkittavan oikeus taloudelliseen korvaukseen

Tutkimuslain 21 §:n mukaan tutkimukseen osallistumisesta ei lähtökohtaisesti makseta palkkiota. Kuitenkin tutkimukseen osallistumisesta aiheutuneet matkakustannukset ja ansionmenetys voidaan korvata. Korvausta tutkimuksesta voidaan tutkittavan ohella maksaa tutkittavan huoltajalle, lähiomaiselle, muulle läheiselle tai tutkittavan lailliselle edustajalle. Ei-terapeuttiseen tutkimukseen osallistuvalle voidaan matka- ja ansionmenetyskorvausten lisäksi korvata tutkimuksesta aiheutunut niin sanottu muu haitta. Muun haitan korvaus on jaettu kolmeen eri luokkaan tutkimuksesta aiheutuneen rasituksen, epämukavuuden ja jokapäiväisten toimintojen rajoittumisen mukaan. Mikäli tutkimuksesta on aiheutunut ainoastaan vähäinen haitta, korvaus voi olla enintään 50 euroa. Kohtalaista haittaa aiheuttavasta tutkimuksesta terveelle tutkittavalle saa maksaa korkeintaan 120 euroa ja suurta haittaa aiheuttavasta 170 euroa. Korvaussummat on mahdollista maksaa kaksinkertaisina, jos tutkimus kestää yli kolme päivää ja kolminkertaisina, jos tutkimuksen kesto on yli seitsemän päivää (Sosiaali- ja terveysministeriön asetus (1338/2001) sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan

[112] HE 91/1998, s. 18.

ja ETENE:n lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston lausunnoista perittävistä maksuista sekä tutkittavalle suoritettavista korvauksista 2 §). Siten muusta haitasta maksettava korvaus voi enimmillään asetuksen mukaan olla terveelle tutkittavalle 510 euroa, mutta silloin tutkimuksesta aiheutuvan haitan on oltava suuri ja tutkimuksen kestettävä yli viikon.

Lääketutkimusdirektiivin 6 artiklan mukaan eettisen toimikunnan on huomioitava lausuntoaan varten tutkimuksista maksettavan palkkion tai korvauksen suuruus ja niiden maksamiseen mahdollisesti liittyvät menettelytavat. Tutkimusdirektiivi ei sanamuotonsa mukaan pääsääntöisesti kiellä tutkimuksista maksettavia palkkioita kuten tutkimuslaki. Palkkioiden maksaminen on kuitenkin tutkimusdirektiivinkin mukaan kiellettyä tutkimuksissa, joihin alaikäiset tai suostumuksen antamiseen kykenemättömät vajaavaltaiset osallistuvat. Näissä tutkimuksissa tutkittavalle ei saa maksaa taloudellisia etuja tai kannustimia, vaan ainoastaan korvaukset ovat sallittuja (tutkimusdirektiivi 4 ja 6 artikla).

Tutkimuspalkkioiden kieltämisellä halutaan taata tutkimukseen osallistuvien suostumuksen todellinen vapaaehtoisuus. Tutkimuksista maksettavat palkkiot eivät saisi olla todellinen syy osallistua tutkimuksiin eikä tutkittavia saa houkutella tutkimuksiin taloudellisilla eduilla, jolloin tutkimuksiin liittyvät riskit saavat jäädä tutkittavan päätöksenteossa taka-alalle.[113]

7 SAIRAANHOITOPIIRIEN EETTISTEN TOIMIKUNTIEN TOIMINTATAVAT

7.1 Toimintatapoja koskeva toimikuntien oma ohjeistus

Tutkielmassani tarkastelun kohteena on yhteensä 14 sairaanhoitopiirin eettiset toimikunnat. Nämä sairaanhoitopiirit ovat Helsinki ja Uusimaa, Kainuu, Kanta-Häme, Keski-Suomi, Kymenlaakso, Lappi, Pirkanmaa, Pohjois-Karjala, Pohjois-Pohjanmaa, Pohjois-Savo, Päijät-Häme, Satakunta, Vaasa ja Varsinais-Suomi. Itä-Savon, Etelä-Karjalan, Länsi-Pohjan, Ahvenanmaan, Etelä-Savon ja Keski-Pohjanmaan sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien toimintatavoista minulla ei ollut mitään materiaalia, joten nämä toimikunnat jäävät tarkasteluni ulkopuolelle. Lisäksi Etelä-Pohjanmaan eettisestä toimikunnasta materiaalia oli niin niukasti, ettei sen perusteella voinut tarkastella toimikunnan menettelytapoja.

[113] HE 229/1998, s. 20.

Ongelmallista eettisten toimikuntien toimintatapojen tarkastelussa oli ohjeistojen eritasoisuus; muutaman sairaanhoitopiirin eettisellä toimikunnalla on hyvin tarkat tutkimusta koskevat, jopa useita kymmeniä sivuja pitkät ohjeet, kun taas osan ohjeet ovat hyvin yleisluontoisia. Eri sairaanhoitopiirien vaatimusten tarkastelua hankaloittivat myös esimerkiksi erilaiset vaatimukset tutkimussuunnitelmalle. Osa sairaanhoitopiireistä yksilöi tarkasti, mitä tutkimussuunnitelmaan on sisällytettävä, osalla nämä seikat on mahdollisesti vaadittu hakemuksen liitteiksi. Tässä tutkielmassa on keskitytty tarkastelemaan, mitä eettiselle toimikunnalle toimitettavan hakemuksen tulee muodollisesti sisältää. Tutkielmassa ei ole enää tarkasteltu esimerkiksi hyvän tutkimussuunnitelman ominaisuuksia. Sen vuoksi mahdollisen hakijan on otettava selvää myös esimerkiksi tutkimussuunnitelmalle itselleen asetetuista sisältövaatimuksista. Muun muassa Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin eettiselle toimikunnalle toimitettavassa tutkimussuunnitelmassa on selvitettävä esimerkiksi tutkittavien vakuutusturvaa, tutkimustulosten julkaisutapaa, tutkittaville tutkimuksista maksettavia korvauksia ja tutkimukseen liittyviä taloudellisia seikkoja.[114] Vaikeutensa ohjeiston tarkastelemiseen toivat myös saman sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan mahdollisesti erilaiset vaatimukset hakemuksen liitteistä esimerkiksi eettisen toimikunnan omassa ohjeessa ja hakemuksen täyttöohjeissa. Hakemuksen laatimiseen liittyy myös tapauskohtaisia piirteitä, sillä jotkut liitteet ovat toimitettavissa eettiselle toimikunnalle ainoastaan, jos niitä käytetään tutkimuksessa, esimerkiksi potilaspäiväkirja ja tiedote tutkimushenkilökunnalle.[115] Suurin osa liitteistä on toimitettava eettisen toimikunnan arvioitavaksi aina.

Sairaanhoitopiireistä laajin eettisen toimikunnan toimintaa koskeva ohjeistus on Helsingin ja Uudenmaan, Pirkanmaan sekä Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirien eettisillä toimikunnilla. Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymän hallitus on kokouksessaan 22.12.1999 asettanut työryhmän valmistelemaan ohjeita tutkimussuunnitelmien käsittelystä sairaanhoitopiirin alueella.[116] Tähän perustuen Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiiri on antanut 30.5.2000 yleiskirjeen numero 9/2000 *Eettisten toimikuntien asiakirjojen käsittelyssä ja arkistoinnissa noudatettavat menettelytavat* ja yleiskirjeeseen viitaten Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymän yhtymähallinnon tutkimus- ja opetusryhmä on julkaissut *Tutkijan oppaan lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä* sekä *Ohjeet eettisen toimikunnan jäsenille lääke-*

[114] Ks. esimerkiksi Helsingin ja Uudenmaan Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä s. 30–36 ja Pirkanmaan sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje kohdassa Liitteet.

[115] Ks. esimerkiksi Varsinais-Suomen Lausuntopyyntö kohdassa Liitteet.

[116] Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymän hallituksen päätös 22.12.1999 7 § Eettisten toimikuntien asettaminen.

tieteellisen tutkimuksen tutkimuseettisestä käsittelystä.

Pirkanmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymä on asettanut ohjekirjeen numero 9/2000 *Tieteellisen tutkimustyön suorittaminen Pirkanmaan sairaanhoitopiirissä*. Ohjekirje on sairaanhoitopiirin johtajan ja johtajaylilääkärin allekirjoittama. Lisäksi sairaanhoitopiirin *Tutkimuskäsikirja*ssa on tietoa tutkimuksen suorittamisesta Pirkanmaan sairaanhoitopiirissä.

Päijät-Hämeen kuntayhtymän sairaanhoitopiirissä tutkimustoiminnasta on sairaanhoitopiirin johtajan allekirjoittama ohje numero 6/2000 *Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä*. Lisäksi sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta on päättänyt kokouksessaan, että sille ilmoitettaviin tutkimussuunnitelman muutoksiin ja haittavaikutusilmoitusten käsittelyyn sovelletaan *Lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston toimintatavat* -ohjeiston kohtaa 5.3 tutkimussuunnitelman muutosten ja haittavaikutusilmoitusten käsittelystä.[117]

Muiden sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien toimintaa koskeva ohjeistus[118] on yleispiirteisempää. Tällaisia ohjeita on Kainuun sairaanhoitopiirin eettiselle toimikunnalla (Tutkimuseettisen toiminnan toimintaperiaatteet), Kymenlaakson sairaanhoitopiirin eettisellä toimikunnalla (Ohjeita tutkijoille), Pohjois-Karjalan sairaanhoitopiirin eettisellä toimikunnalla (Eettinen toimikunta), Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiirin eettisellä toimikunnalla (Ohjeita tutkijoille), Pohjois-Savon sairaanhoitopiirin eettisellä toimikunnalla (Tutkimuseettinen toimikunta), Satakunnan sairaanhoitopiirin eettisellä toimikunnalla (Eettinen toimikunta) ja Vaasan sairaanhoitopiirin eettisellä toimikunnalla (Eettisen toimikunnan taustaa). Kanta-Hämeen, Keski-Suomen ja Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirien eettisillä toimikunnilla on internetissä sivuillaan lyhyt esittely lähinnä toimikunnan toiminnasta, kokoonpanosta tai kokousajankohdista.[119]

---

[117] Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan kokous 28.8.2002, kokouspöytäkirja kohdassa Päätösehdotus.

[118] Kyseessä olevan ohjeen nimi eettisen toimikunnan jälkeen suluissa.

[119] Kanta-Hämeen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta osoitteessa http://www.htk.fi/asteri/khshp/html/hall/2001/20061500.0/htmtxt118.htm Viittauspäivä 15.4.2002.

Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta osoitteessa http://www.ksshp.fi/tutkimustoiminta kohdassa Eettinen toimikunta viittauspäivä 20.4.2002, Varsinais-Suomi osoitteessa www.vsshp.fi kohdan Tutkimusohjeet kohdassa Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan kokousajat 2002 ja asiakirjojen toimittaminen käsittelyyn viittauspäivä 12.4.2002.

7.2 Lausuntohakemuksen muodolliset vaatimukset

7.2.1 Hakemus tutkimuksen ennakkoarviointia varten

Kaikilla tutkielmassa tarkasteltavilla sairaanhoitopiirien eettisillä toimikunnilla Keski-Suomea lukuun ottamatta on käytössään hakemuslomake. Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta ei ole laatinut omaa hakemuslomaketta, vaan hakemus saatetaan vireille vapaamuotoisesti[120]. Hakemuslomakkeen lisäksi eettiset toimikunnat vaativat eri liitteitä (ks. tutkielman liite 1). Eettiset toimikunnat edellyttävät tutkimussuunnitelman toimittamista kokonaisuudessaan ja sen lisäksi yleensä tiivistelmää tutkimussuunnitelmasta joko hakemuslomakkeeseen[121] ja/tai erillistä tutkimussuunnitelman yhteenvetoa tai lyhennelmää[122]. Tutkimussuunnitelman lyhennelmää vaaditaan varsinkin pitkistä vieraskielisistä tutkimussuunnitelmista ja monien eettisten toimikuntien tarkoituksena on tällä tavoin varmistaa maallikkojäsenille selkeä kuva tutkimuksesta.[123]

Kaikki 14 eettistä toimikuntaa vaativat suostumuslomaketta ja tutkittavan tiedotetta hakemuksen liitteiksi.[124] Toimikunnista Kymenlaakson, Pohjois-Poh-

---

[120] Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002.

[121] Helsingin ja Uudenmaan, Kainuun, Kanta-Hämeen, Kymenlaakson, Pirkanmaan, Pohjois-Karjalan, Pohjois-Pohjanmaan, Pohjois-Savon ja Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat. Vastaavaa vaatimusta ei sisältynyt Satakunnan sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan lomakkeeseen. Lapin sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan hakemuslomake ei ollut tutkielmassa käytettävissä.

[122] Helsingin ja Uudenmaan (Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 33–34), Kainuun (Lausuntohakemus tutkimustyön suorittamista varten s. 3), Keski-Suomen (eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002), Kymenlaakson (Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla), Pohjois-Pohjanmaan (Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla), Pohjois-Savon (Lausuntohakemuksen täyttöohjeet kohdassa Liitteistä), Päijät-Hämeen (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 2. Tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle), Vaasa (Hakemuslomake kohdassa Liitteet), Varsinais-Suomen (Lausuntopyyntö kohta 17) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat.

[123] Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 33.

[124] Helsingin ja Uudenmaan (Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 33–34), Kainuun (Lausuntohakemus tutkimustyön suorittamista varten s. 3), Kanta-Hämeen (sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Mirja Lepistö, sähköpostiviesti 2.5.2002), Keski-Suomen (eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002), Kymenlaakson (Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla), Lapin (eettisen toimikunnan sihteeri Raili Valanne, sähköpostiviesti 18.9.2002), Pirkanmaan (Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje kohdassa Liitteet), Pohjois-Karjalan (Hakemus s. 4), Pohjois-Pohjanmaan (Ohjeita tutkijoille

janmaan ja Lapin sairaanhoitopiireillä on erikseen mallit vaadittavasta suostumuslomakkeesta[125] sekä Kymenlaaksolla ja Pohjois-Pohjanmaalla on malli tutkittavalle annettavasta tiedotteesta tai informaatiosta.[126]

Edellä mainittujen hakemuksen liitteiden lisäksi eri toimikunnat vaativat vaihtelevasti hakemukseen erilaista liitemateriaalia, kuten tutkijan tiedotetta (Investigator's Broschure)[127], tutkimuksesta vastuullisen henkilön tai tutkijoiden ansioluetteloa[128], tutkimuksen taloudellisiin seikkoihin liittyviä selvityksiä[129], tutkimusta koskevia muiden viranomaisten lupia[130], tutkimushenkilöiden

---

kohdan Hyvät tutkijat alla), Pohjois-Savon (Lausuntohakemuksen täyttöohjeet kohdassa Liitteistä), Päijät-Hämeen (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 2. Tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle), Satakunnan (Eettinen toimikunta –ohjeet s. 5), Vaasa (Hakemuslomake kohdassa Liitteet), Varsinais-Suomen (Lausuntopyyntö kohta 17) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat.

[125] Kymenlaakson ja Pohjois-Pohjanmaan suostumuslomakkeen mallissa on lueteltu lyhyesti suostumusasiakirjaan vaadittavat seikat. Malli laadittu tutkimusasetuksen 3 §:n pohjalta. Lapin malli suostumusasiakirjaksi ei ollut tutkielmassa käytettävissä.

[126] Toimikunnat laatineet mallit tutkimuslain 6 §:n pohjalta.

[127] Päijät-Hämeen (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 2. Tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle) ja Varsinais-Suomen (Lausuntopyyntö kohta 17) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat. Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä s. 30 mukaan tutkijan tietopaketti on toimitettava hakemuksen liitteenä sairaanhoitopiirin eri toimikuntien antamien toimintaohjeiden mukaan.

[128] Helsingin ja Uudenmaan (Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 31), Pirkanmaan (Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje kohdassa Liitteet), Pohjois-Karjalan (Hakemus s. 4) ja Varsinais-Suomen (Lausuntopyyntö kohta 17) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat.

[129] Pohjois-Karjalan (hakemus s. 4) ja Satakunnan (Eettinen toimikunta –ohjeet s. 5) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat vaativat liitteenä tutkimuksen rahoitussuunnitelmaa. Pirkanmaan (Lausuntopyyntölomake kohta 16) ja Satakunnan (Eettinen toimikunta –ohjeet s. 5) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat tutkimuksen kustannuserittelyä. Satakunnan (Eettinen toimikunta –ohjeet s. 5) sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta vaatii lisäksi tiedon potilaalle tutkimuksesta maksettavista korvauksista ja Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta kustannuserittelyä ja selvitystä kyseisen keskussairaalan eri lääketieteellisten palvelujen käytöstä tutkimuksessa. Selvitykset on toimitettava erillisillä Päijät-Hämeen eri yksikköjen omilla lomakkeilla. (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 2. Tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle), Vaasan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta haluaa tiedon ylimääräisten tutkimusten, poliklinikkakäyntien, henkilökunta- ja tilakustannusten maksajasta (Vaasan sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Inger Myllymäen kirje 19.9.2002).

[130] Muiden viranomaisten lupia haluaa Helsingin ja Uudenmaan (Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 36) ja Pohjois-Karjalan (Hakemus s. 4) sairaanhoitopiirit. Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiiri haluaa tiedokseen esimerkiksi mahdolliset säteilyturvakeskuksen lausunnot, muut sädeturvalausunnot, toksisuuslausunnot, sosiaali- ja terveysministe-

rekrytointi-ilmoituksia[131], selvitystä tutkittavien vakuutusturvasta[132], tutkimuksessa käytettäviä kysely- ja haastattelulomakkeita[133], henkilökunnalle tutkimuksesta toimitettavaa tiedotetta[134], selvitystä tutkimuksen yhteydessä mahdollisesti laadittavasta henkilörekisteristä[135], tutkittavalle lähetettävää kirjettä[136] ja potilaskyselyjä[137].

Hakemukset on toimitettava vähintään kahta viikkoa ennen eettisten toimikunnan kokousta[138]. Tästä poikkeuksena ovat Kainuun ja Lapin sairaanhoitopii-

---

riön lausunnot ja tietosuojavaltuutetun lausunnot. Pohjois-Karjalan eettinen toimikunta taas esimerkiksi Sosiaali- ja terveysministeriön, tietosuojavaltuutetun, koe-eläintoimikunnan, säteilyturvakeskuksen luvat. Vaasan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta haluaa hakemuksen liitteenä yksikön, jossa tutkimusta aiotaan suorittaa, johtajan luvan (Vaasan sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Inger Myllymäen kirje 19.9.2002).

131 Helsingin ja Uudenmaan (Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 35) ja Pohjois-Karjalan (Hakemus s. 4) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat.

132 Pohjois-Karjala sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta (Hakemus s. 4).

133 Helsingin ja Uudenmaan (Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 36), Pirkanmaan (Lausuntopyyntölomake kohta 16), Pohjois-Pohjanmaan (Lausuntohakemus kohdassa Liitteet), Pohjois-Pohjanmaan (Hakemuslomake), Pohjois-Savon (Lausuntohakemuksen täyttöohjeet kohdassa Liitteistä) ja Vaasan (Vaasan sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Inger Myllymäen kirje 19.9.2002) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat.

134 Pirkanmaan (Lausuntopyyntö kohdassa 16) ja Varsinais-Suomen (Lausuntopyyntö kohta 17) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat.

135 Pohjois-Pohjanmaan (Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla), Pohjois-Karjalan (Hakemus s. 4), Päijät-Hämeen (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 2. tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle) ja Pirkanmaan (Lausuntopyyntölomake kohta 16) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat.

136 Kymenlaakso (Kymenlaakson sairaanhoitopiirin Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla), Pohjois-Pohjanmaa (Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiirin Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla) ja Päijät-Häme (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 2. tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle) haluavat kopion huoltajalle mahdollisesti lähetettävästä kirjeestä. Kainuun (Lausuntohakemus tutkimustyön suorittamista varten kohdassa Liitteet) ja Pohjois-Savon sairaanhoitopiirit kopion tutkittavalle mahdollisesti lähetettävästä kirjeestä (Hakemuslomake).

137 Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta edellyttää hakemuksen liitteinä potilaan terveyskyselyä ja potilaskyselyä (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 2. tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle) ja Varsinais-Suomi mahdollista potilaspäiväkirjaa ja muuta materiaalia potilaalle (Hakemuslomake).

138 Helsingin ja Uudenmaan (Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 38–40), Keski-Suomen (Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta osoitteessa http://www.ksshp.fi/tutkimustoiminta/eettinen.html viittauspäivä 20.4.2002), Kymenlaakson (Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla), Pirkanmaan (Pirkanmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta osoitteessa www.pshp.fi/index.nsf/All/3400?OpenDocument viittauspäivä 12.4.2002), Poh-

rit. Kainuun ja Lapin eettisille toimikunnille riittää, että hakemus on toimitettu viikkoa ennen kokousta.[139] Hakemusmateriaali on toimitettava pääsääntöisesti yhtenä kappaleena, mutta Päijät-Hämeen eettiselle toimikunnalle osasta hakemuksen liitteistä on toimitettava myös kopio[140] ja Lapin sairaanhoitopiirille hakemus on toimitettava seitsemänä kappaleena.[141]

Pääsääntöisesti eettisten toimikuntien kirjallisessa ohjeistossa ei mainittu, poikkeavatko toimintatavat suoraan eettisille toimikunnille toimitettavien hakemusten ja TUKIJAn delegoimien hakemusten suhteen. Keski-Suomen, Kymenlaakson, Lapin, Päijät-Hämeen ja Vaasan sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien sihteerit ilmoittivat erikseen, että toimikunnan ohjeistoa sovelletaan myös hakemuksiin, jotka tulevat arvioitavaksi delegoinnin kautta.[142] Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin ohjeissa mainitaan tutkijan velvollisuudesta toimittaa myös TUKIJAn siirtopäätöksen jälkeen toimikunnalle sen edellyttämät asiakirjat.[143]

---

jois-Karjala (Pohjois-Karjalan eettinen toimikunta osoitteessa http://www.pkshp.fi/6/eettinen_tmk.htm viittauspäivä 29.9.2002), Pohjois-Pohjanmaan (Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla), Pohjois-Savon (Lausuntohakemuksen täyttöohjeet kohdassa Hakemus osoitetaan), Päijät-Hämeen (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 1.1. Tutkimuksesta ei ole käytettävissä ETENE:n lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston (TUKIJA) tai muun eettisen toimikunnan tutkimuksen eettisyyttä koskevaa lausuntoa), Varsinais-Suomen (Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta osoitteessa www.vsshp.fi kohdassa Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan kokousajat 2002 ja asiakirjojen toimittaminen käsittelyyn viittauspäivä 12.4.2002) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat. Kanta-Hämeen, Satakunnan ja Vaasan sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien osalta asiakirjojen toimittamista koskeva määräaika ei ole tiedossani.

139 Kainuun (Tutkimuseettisen toimikunnan toimintaperiaatteet, s. 3) ja Lapin (Eettisen toimikunnan toimintaohje) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat.

140 Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirille on toimitettava kahtena kappaleena lyhennelmä tutkimussuunnitelmasta, potilastiedote, suostumusasiakirja ja huoltajalle mahdollisesti lähetettävä kirje (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 2. tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle).

141 Lapin sairaanhoitopiirin Eettisen toimikunnan toimintaohje.

142 Kymenlaakson eettinen toimikunta noudattaa omaa ohjeistoaan myös delegoituihin hakemuksiin (eettisen toimikunnan sihteeri Jaakko Johansson, sähköpostiviesti 19.9.2002), Lapin eettinen toimikunta vaatii molemmissa tapauksissa samat asiakirjat (eettisen toimikunnan sihteeri Raili Valanne, sähköpostiviesti 18.9.2002), Päijät-Hämeen eettisessa toimikunnan sihteeri mainitsee toimikunnan noudattavan näissä tapauksissa TUKIJAn ohjeen lisäksi omaa ohjettaan (eettisen toimikunnan sihteeri Irmeli Savolainen, sähköpostiviesti 27.9.2002), Vaasan eettinen toimikunnan omat lausuntopyynnölle asetetut vaatimukset koskevat myös TUKIJAn delegoimia hakemuksia (eettisen toimikunnan sihteeri Inger Myllymäki kirje 19.9.2002).

143 Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 7.

7.2.1.1 TUKIJAssa tai toisessa sairaanhoitopiirin eettisessä toimikunnassa arvioitu tutkimus

Useat eettiset toimikunnat vaativat sairaanhoitopiirissään käynnistettäväksi aiotun tutkimushankkeen tiedokseen, vaikka tutkimuksesta on TUKIJAn tai toisen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan lausunto. Vaasan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta antaa jo kerran eettisessä toimikunnassa arvioiduista tutkimuksista lausunnon ja Satakunnan toimikunta ilmaisee mielipiteensä tutkimushankkeesta tutkimusluvan myöntäjälle[144], mutta muissa eettisissä toimikunnissa nämä tutkimukset merkitään tiedoksi (ks. tutkielman liite 2).[145]

Eettisten toimikuntien ohjeissa sinällään on hyvin niukasti ohjeita, miten tällaiset tutkimushankkeet tuodaan eettisille toimikunnille tiedoksi. Tämän vuoksi tässä ryhmässä tarkasteltavana on 9 sairaanhoitopiirin eettiset toimikunnat: Keski-Suomi, Kymenlaakso, Lappi, Pirkanmaa, Pohjois-Pohjanmaa, Pohjois-Savo, Päijät-Häme, Satakunta ja Vaasa. Toisaalta tutkimuslain (17 §) mukaan yhden eettisen toimikunnan lausunto tutkimuksesta riittää eikä tutkimuksia tarvitse arvioida kaikissa niissä sairaanhoitopiireissä, joissa tutkimusta aiotaan suorittaa. Siten esimerkiksi Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin tutkimusta koskeva ohjeessa todetaan yhden eettisen toimikunnan lausunnon olevan monikeskustutkimuksissa riittävä.[146] Myöskään Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta ei edellytä tutkimusta tiedokseen, jos tutkimuksesta on kansallinen lausunto.[147]

Tässä ryhmässä kaikki tarkasteltavat 9 eettistä toimikuntaa vaativat tiedokseen ainakin toisen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan tai TUKIJAn lau-

---

[144] Vaasan sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Inger Myllyniemi, kirje päivätty 19.9.2002, Satakunnan sairaanhoitopiirin Eettinen toimikunta –ohjeet s. 4.

[145] Keski-Suomen (eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002), Kymenlaakson (eettisen toimikunnan sihteeri Jaakko Johansson, sähköpostiviesti 19.9.2002), Lapin (eettisen toimikunnan sihteeri Raili Valanne, sähköposti 18.9.2002), Pirkanmaan (Ohjekirje 9/2000 kohdassa Tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle), Pohjois-Pohjanmaan (eettisen toimikunnan sihteeri Maija-Leena Pönkkö, sähköpostiviesti 16.9.2002), Pohjois-Savon (eettisen toimikunnan sihteeri Tuija Jussila, sähköpostiviesti 26.9.2002) ja Päijät-Hämeen (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 1.2. Tutkimuksen eettisyydestä on käytettävissä 1. kohdassa mainittu lausunto) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat merkitsevät tutkimuksen tiedoksi.

[146] Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, s. 7. Tutkimushanketta ei edellytetä myöskään Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettisessä toimikunnassa tiedoksi (eettisen toimikunnan sihteeri Pirkko Tikka, sähköpostiviesti 11.9.2002).

[147] Varsinais-Suomen eettisen toimikunnan sihteeri Pirkko Tikka, sähköpostiviesti 11.9.2002.

suntoa.[148] Satakunnan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta vaatii lausunnon lisäksi täytettävän heidän oman hakemuslomakkeen.[149] Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta edellyttää myönteisen lausunnon ja hakemuslomakkeen lisäksi tiedokseen lehti-ilmoitusta, jolla tutkittavia rekrytoidaan tutkimukseen.[150]

Muiden sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat vaativat laajempia selvityksiä. Yleisimmin vaadittiin suostumuslomaketta ja potilastiedotetta (7 eettistä toimikuntaa; Keski-Suomi[151], Kymenlaakso[152], Lappi[153], Pirkanmaa[154] Pohjois-Savo[155], Päijät-Häme[156] ja Vaasa[157]). 7 eettistä toimikuntaa vaatii myös joko tutkimussuunnitelman kokonaisuudessaan[158] tai lyhennelmää tutkimussuunni-

---

[148] Keski-Suomen (eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002), Kymenlaakson (eettisen toimikunnan sihteeri Jaakko Johansson, sähköpostiviesti 19.9.2002), Lapin (eettisen toimikunnan sihteeri Raili Valanne, sähköposti 18.9.2002), Pirkanmaan (Ohjekirje 9/2000 kohdassa Tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle), Pohjois-Pohjanmaan (eettisen toimikunnan sihteeri Maija-Leena Pönkkö, sähköpostiviesti 16.9.2002), Pohjois-Savon (eettisen toimikunnan sihteeri Tuija Jussila, sähköpostiviesti 26.9.2002), Päijät-Hämeen (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 1.2 Tutkimuksen eettisyydestä on käytettävissä 1. kohdassa mainittu lausunto ja 2. tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle), Satakunnan sairaanhoitopiirin (Eettinen toimikunta –ohjeet 2002, s. 4) ja Vaasan (eettinen toimikunnan sihteeri Inger Myllyniemi, kirje päivätty 19.9.2002) sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat.

[149] Satakunnan sairaanhoitopiirin Eettinen toimikunta –ohjeet 2002, s. 4.

[150] Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Marja-Leena Pönkkö, sähköpostiviesti 16.9.2002.

[151] Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002.

[152] Kymenlaakson sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Jaakko Johansson, sähköpostiviesti 19.9.2002.

[153] Lapin sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Raili Valanne, sähköposti 18.9.2002.

[154] Pirkanmaan sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje kohdassa Tutkimuksen laajuus, luonne ja tutkimuspaikka.

[155] Pohjois-Savon eettisen toimikunnan sihteeri Tuija Jussila, sähköpostiviesti 26.9.2002.

[156] Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 1.2 Tutkimuksen eettisyydestä on käytettävissä 1. kohdassa mainittu lausunto ja 2. tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle.

[157] Vaasan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunnan sihteeri Inger Myllyniemi, kirje päivätty 19.9.2002.

[158] Lappi (eettisen toimikunnan sihteeri Raili Valanne, sähköposti 18.9.2002), Pirkanmaa: tutkimussuunnitelma on toimitettava kokonaisuudessaan tarvittaessa (Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje kohdassa Tutkimuksen laajuus, luonne ja tutkimuspaikka), Päijät-Häme (Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 1.2 Tutkimuksen eettisyydestä on käytettävissä 1. kohdassa mainittu lausunto ja 2. tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle) ja Vaasa (eettisen toimikunnan sihteeri Inger Myllyniemi, kirje päivätty 19.9.2002.).

telmasta[159]. Sairaanhoitopiirin oman hakemuslomakkeen käyttöä edellyttävät Lappi[160], Pirkanmaa[161], Pohjois-Pohjanmaa, Päijät-Häme[162], Satakunta ja Vaasa[163]. Keski-Suomelle ja Pohjois-Savolle riittää vapaamuotoinen saatekirje[164].

Näiden lisäksi eettiset toimikunnat vaativat erinäisiä liitteitä. Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta edellyttää heille toimitettavan tiedoksi selvitystä tutkimuksen eettisistä näkökohdista[165]. Kymenlaakso taas haluaa erillisen selvityksen tutkimuksen suorittamisesta omassa sairaanhoitopiirissään paikallisten olosuhteiden huomioimiseksi[166]. Pirkanmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta haluaa lisäksi kustannuserittelylomakkeen ja henkilörekisteriselosteen täytettyinä[167]. Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirille on toimitettava mahdollisesti huoltajalle lähetettävä kirje ja lomake, jolla huoltajalta pyydetään suostumus, selvitys Päijät-Hämeen keskussairaalan lääketieteellisten palvelujen käytöstä tutkimuksessa, kustannuserittely, tutkijan tietopaketti, potilaan terveyskysely, potilaskysely sekä selvitys henkilön tunnistetietojen käsittelystä joko osana tutkimussuunnitelmaa tai erillisenä liitteenä[168]. Vaasan sairaanhoito-

[159] Keski-Suomi (Keski-Suomen eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002), Kymenlaakso (Kymenlaakson eettisen toimikunnan sihteeri Jaakko Johansson, sähköpostiviesti 19.9.2002), Pirkanmaa (Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje kohdassa Tutkimuksen laajuus, luonne ja tutkimuspaikka), Pohjois-Savo (eettisen toimikunnan sihteeri Tuija Jussila, sähköpostiviesti 26.9.2002), Päijät-Häme ja Vaasa (eettinen toimikunnan sihteeri Inger Myllyniemi, kirje päivätty 19.9.2002). Päijät-Hämeelle vaihtoehtoisesti käy lyhennelmä tutkimussuunnitelmasta hakemuslomakkeelle.

[160] Lapin sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Raili Valanne, sähköposti 18.9.2002.

[161] Pirkanmaan sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje kohdassa Tutkimuksen laajuus, luonne ja tutkimuspaikka.

[162] Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirin Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 1.2 Tutkimuksen eettisyydestä on käytettävissä 1. kohdassa mainittu lausunto.

[163] Vaasan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunnan sihteeri Inger Myllyniemi, kirje päivätty 19.9.2002.

[164] Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002 ja Pohjois-Savon sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Tuija Jussila, sähköpostiviesti 26.9.2002.

[165] Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002

[166] Selvityksessä edellytetään tietoja tutkimuksen toteuttamisesta sekä missä, milloin ja keiden toimesta tutkimus on aiottu tehtävän sekä mahdollisten muiden palveluntuottajien suostumus sekä kustannukset, mikäli kyseessä on sairaanhoitopiirin laitoksessa tehtävä tutkimus. Kymenlaakson sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Jaakko Johansson, sähköposti 19.9.2002.

[167] Pirkanmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje kohdassa Tutkimuksen laajuus, luonne ja tutkimuspaikka.

[168] Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirin ohje 6/2000 kohdassa Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä kohdassa 1.2 Tutkimuksen eettisyydestä on käytettävissä 1. kohdassa mainittu lausunto ja 2. tutkimussuunnitelman valmistelu ja lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle.

piirin eettinen toimikunta haluaa mahdolliset kyselylomakkeet, tietoja tutkimuksen rahoituksesta ja tulosyksikön johtajan puoltavan luvan tutkimukselle[169] (ks. liite 2).

7.2.2 Hakemus tutkimuksen muutoksen arviointia varten

Eettisillä toimikunnilla on vähän ohjeita, kuinka heille on ilmoitettava tutkimukseen sen suorittamisen aikana tehtävistä muutoksista. Tutkielmassani tarkasteltavista toimikunnista Helsingin ja Uudenmaan, Kymenlaakson, Lapin, Pohjois-Pohjanmaan, Pohjois-Savon, Päijät-Hämeen, Satakunnan ja Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirien kirjalliseen tutkimusta koskevaan ohjeistukseen sisältyi muutosten yms. ilmoitusten ilmoittamista koskevaa ohjeistusta. Näiden sairaanhoitopiirien lisäksi Keski-Suomen ja Vaasan sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien sihteerit ilmoittivat erikseen sähköpostitse heidän eettisen toimikuntansa vaatimista asiakirjoista.

Yleisimpänä asiakirjana muutoksesta ilmoitettaessa vaadittiin hakemuslomaketta (Helsingin ja Uudenmaan, Kymenlaakson, Pohjois-Pohjanmaan, Päijät-Hämeen ja Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat[170]). Kymenlaakson ja Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiirien eettisille toimikunnille muutosilmoituksena riittää hakemuslomake, johon on selvitetty muutoksen keskeinen sisältö ja merkitys tutkimukselle.[171] Tämän lisäksi eri eettiset toimikunnat vaativat eri liitteitä (ks. tutkielman liite 3).

Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta vaatii muutoksesta hakemuslomakkeen lisäksi tutkimuksesta vastaavan henkilön tekemää selvitystä muutoksesta ja muutoksen eettisistä näkökohdista sekä kopiota tutkimushankkeesta annetusta lausunnosta ja muuttuneesta asiakirjasta.[172] Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta haluaa hakemuskaavakkeen lisäksi myös eettistä arvioita, jossa on oltava tutkijan arvio muutosten

---

[169] Vaasan eettisen toimikunnan sihteerin Inger Myllymäen kirje päivätty 19.9.2002.

[170] Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiiri Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä liite 5, Kymenlaakson sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla kohta 6, Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla kohta 6 ja Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohjeet kohdassa 7.

[171] Kymenlaakson sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla kohta 6, Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta Ohjeita tutkijoille kohdan Hyvät tutkijat alla kohta 6.

[172] Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiiri Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä liite 5.

merkityksestä tutkimuksen hyöty-haittasuhteen arvioinnille.[173] Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta tarvitsee muutoksen arviointia varten yhteenvedon muutoksen keskeisestä sisällöstä ja tutkimuksesta vastaavan henkilön selvityksen muutoksen vaikutuksesta tutkimuksen eettisyyteen.[174]

Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta taas ei edellytä hakemuslomakkeen käyttöä, vaan muutos voidaan tuoda heille vapaamuotoisesti tiedoksi, mutta muutoksen yhteydessä on toimitettava tutkimussuunnitelman yhteenveto ja tarvittaessa tutkimussuunnitelma kokonaisuudessaan, selvitys muutoksen eettisistä näkökohdista, tutkittavan tiedote tai suostumusasiakirja.[175] Pohjois-Savon eettiselle toimikunnalle muutoksesta ilmoitetaan vapaamuotoisella, perustellulla ja yksilöidyllä ilmoituksella. Jos kyseessä on monikeskustutkimus, paikallisen tutkijan lyhyt suomenkielinen yhteenveto muutoksista ja niiden vaikutuksista on liitettävä ilmoituksen mukaan.[176] Lapin sairaanhoitopiirin eettiselle toimikunnalle muutosilmoitukseksi riittää selvitys muutoksesta.[177]

7.3 Toimintatapojen arviointia

Tutkimuslaissa ei säädetä eettisten toimikuntien toiminnassa tarkemmin noudatettavista menettelytavoista eikä niille toimitettavista tutkimusasiakirjoista. Tutkimuslain 24 §:ssä on säädetty sosiaali- ja terveysministeriölle toimivaltaa antaa tarvittaessa tarkempia määräyksiä ja ohjeita muun muassa tutkimusasiakirjojen laatimista. Tutkimusasetuksen 1 §:n mukaan sosiaali- ja terveysministeriö antaa tarvittaessa erilliset ohjeet suostumusasiakirjaan liitettävistä tutkittaville annettavista tiedoista. Siten lainsäätäjän tarkoituksena voidaan katsoa olleen, että tutkimusasiakirjoista säädetään valtakunnallisella tasolla samalla tavalla kaikkia toimikuntien velvoittavien ohjeiden saamiseksi eikä tätä toimivaltaa ole jätetty yksittäisille eettisille toimikunnille. Sosiaali- ja terveysministeriö ei kuitenkaan ole antanut kyseisiä määräyksiä tai ohjeita. Eettisille toimikunnille toimitettavista asiakirjoista ainoastaan suostumusasiakirjan sisällöstä (tutki-

[173] Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohjeet kohdassa 7.
[174] Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan kokouspöytäkirja kohdassa Päätösehdotus 28.8.2002.
[175] Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi, sähköpostiviesti 2.10.2002.
[176] Pohjois-Savon sairaanhoitopiirin tutkimuseettisen toimikunnan lausuntohakemuksen täyttöohjeet kohdassa Muutosilmoitukset.
[177] Lapin sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan sihteeri Raili Valanne, sähköpostiviesti 18.9.2002.

musasetus 3 §) ja velvoitteesta toimittaa rahoitussuunnitelma osana tutkimussuunnitelmaa (sosiaali- ja terveysministeriön asetus eettisen toimikunnan ja lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston lausunnoista perittävistä maksuista sekä tutkittavalle suoritettavista korvauksista 1 §) on säädetty kansallisen lainsäädännön tasolla.

Eettisten toimikuntien *tukeminen* periaatteellisissa eettisissä kysymyksissä on säädetty TUKIJAn tehtäväksi (asetus valtakunnallisesta terveydenhuollon eettisestä neuvottelukunnasta 4§). TUKIJA on antanut ohjeistusta eettisille toimikunnille ja tutkijoille julkaisemalla *ohjeita tutkijoille ja eettisille toimikunnille, ohjeita DNA-tutkimukseen liittyvistä potilastiedotteista sekä kliinisessä lääketutkimuksessa tarvittavasta varoajasta ennen raskauden alkamista.*[178]

Valtakunnallisen normin puuttuessa sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien toimintatavoista on muodostunut hieman vaihtelevia. Yhdenkään eettisen toimikunnan ohjeista ei selvinnyt, että kuntayhtymän valtuusto olisi ne hyväksynyt.[179] Mikäli sosiaali- ja terveysministeriön asetuksella määritettäisiin eettiselle toimikunnalle toimitettavan hakemuksen sisältö, olisi normi luonnollisesti hakijaa velvoittava ja hakijan pitäisi toimia asetuksen mukaisesti. Nyt eettisten toimikuntien ohjeistus on suurelta osin suuntaa antavaa. Pirkanmaan sairaanhoitopiiri itse nimittää ohjekirjettään *eettisen toimikunnan vakioiduksi toimintatavaksi*[180] ja Päijät-Hämeen sairaanhoitopiiri mainitsee ohjeensa olevan ainoastaan *suuntaa antava.*[181] Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiiri itse sitoutuu toimimaan edellä mainittujen ohjeidensa mukaan.[182] Eettisillä toimikunnilla on kuitenkin oikeus saada tehtäviensä suorittamiseksi tarpeellinen informaatio tutkimuksesta. Eettisille toimikunnille tutkimuslaissa asetettu velvollisuus tutkimusten laillisuuden ja eettisyyden arviointiin edellyttää tutkimusten monipuolista tarkastelua, joka voi tapahtua vain kattavan hakemusmateriaalin pohjalta.

Hakijan toiminnan kannalta ongelmallista on muodollisten vaatimusten vaihtelevuus eri toimikunnissa ja tarkkojen menettelytapasääntöjen puute. Kaikkien eettisten toimikuntien kirjallisista ohjeista ei voi päätellä, kuinka hakijan on meneteltävä erilaisessa tutkimuksen arviointiin liittyvissä tilanteissa, kuten esimerkiksi haettaessa lausuntoa ennen tutkimuksen aloittamista ja ilmoitettaessa

---

178 Ohjeet löydettävissä TUKIJAn kotisivuilla www.etene.org kohdassa TUKIJA.

179 Kuntalain (365/1995) 16 §:n mukaan kuntayhtymän valtuustolla on oikeus hyväksyä eri kuntayhtymän viranomaisten toiminnasta, toimivallan jaosta ja tehtävistä johtosäännöllä. Ks. myös Lehtonen 1999, s. 4421.

180 Pirkanmaan sairaanhoitopiirin tutkimuskäsikirja kohdassa Eettinen toimikunta.

181 Päijät-Hämeen sairaanhoitopiiri Lääketieteellinen tutkimustoiminta ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä.

182 Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä, esim. s. 18.

muutoksesta tutkimuksen suorittamisen aikana. Ylipäätänsä vaatimusten vaihtelevuus eri sairaanhoitopiirien välillä edellyttää hakijalta kärsivällisyyttä selvittää kyseisen toimikunnan vaatimukset. Sama ongelma esiintynee myös TUKIJAn delegoimissa monikeskustutkimuksissa. Toisaalta osa toimikunnista on laatinut kattavat ohjeet, joilla on todennäköisesti merkitystä toimikunnan toimintatapojen yhdenmukaistajana ja joilla parannetaan hakijoiden yhdenvertaista kohtelua. Tämän tavoitteen saavuttamiseksi ohjeiden tulisi kuitenkin olla laadittu sisällöltään kattaviksi ja ohjeiden helppo saatavuus helpottaisi hakijan toimintaa. Yleensä ohjeiden laadinnalla toimikunta joutuisi itse miettimään omia toimintatapojansa ja niiden perusteita.

Toisaalta sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat eivät välttämättä ole laatineet tarkkoja ohjeita odottaessaan mahdollisesti tarkempia valtakunnallisia ohjeita tutkimusten käsittelystä ja tutkimusasiakirjoista. Ohjesäännön luominen toimikunnan sisällä luo yhdenmukaisuutta tämän yksittäisen toimikunnan käytäntöön, mutta ei poista toimikuntien välisiä vaihteluja käytännöissä. Sen vuoksi selkeää parannusta käytäntöjen yhdenmukaistamiseksi on saatavissa vain tarkemmilla valtakunnallisilla määräyksillä ja ohjeilla.

Kun tutkimushanke on jo arvioitu kerran kansallisella tasolla, sen arviointi toiseen kertaan toisessa eettisessä toimikunnassa vaikuttaa mielestäni resurssien hukkakäytöltä; Suomessa kansalliset olot tutkimushankkeiden eettisyyden ja laillisuuden arvioimiseksi eivät voi vaihdella eri sairaanhoitopiirien välillä niin suuresti, että eettisen toimikunnan uusi arviointi olisi välttämätön. Kohtuuttomalta ja turhan jäykältä menettely vaikuttaa varsinkin, jos eettinen toimikunta tässä vaiheessa lausunnon lisäksi vaatii tietyn hakemuslomakkeen käyttöä tai edelliseen eettiseen toimikuntaan nähden lisää liitteitä. Lisäksi toiseen kertaan tapahtuva arviointi hidastaa turhaan tutkimuksen aloittamista. Myöskään tutkimuslain 17 §:n sanamuoto ei edellytä tutkimushankkeen arviointia useammassa eettisessä toimikunnassa ja tutkimusdirektiivin 7 artikla edellyttää yhden eettisen toimikunnan lausuntoa ennen tutkimushankkeen käynnistämistä. Sen vuoksi eettisten toimikuntien tulisi luopua vaatimasta tiedokseen kertaalleen arvioituja tutkimushankkeita ja muuttaa tällä kohtaa toimintatapojaan. Paikalliset terveydenhuollon toimintayksikön taloudelliset voimavarat ynnä muut resurssikysymykset voi jättää terveydenhuoltoyksikön johtajan harkintavaltaan hänen harkitessaan, voidaanko kyseinen tutkimus aloittaa tietyssä toimintayksikössä.

7.4 Tutkimusdirektiivistä aiheutuvat muutokset

EU:n komission asiantuntijaryhmä on laatimassa[183] tutkimusdirektiivin 8 artiklan mukaista ohjeistoa eettisille toimikunnille toimitettavasta hakemuksesta ja siihen liitettävistä asiakirjoista. Tällä tavoin käytäntö saataisiin myös hakemuksen sisällön osalta yhdenmukaiseksi Suomessa, mutta myös yhteisön eri jäsenvaltioissa. Ohjeistoluonnoksessa eettiselle toimikunnalle toimitettavasta hakemuksesta ja siihen liitettävistä liitteistä asianmukaiseen hakemukseen vaaditaan saatekirjeen ja hakemuslomakkeen lisäksi tutkijan tiedote (Investigator's Broschure), tutkimussuunnitelma ja sen yhteenveto, suostumusasiakirja, tiedote tutkittavalle, selvitys tutkittavan vakuutusturvasta, tutkijan vastuuvakuutuksesta ja tutkimuksen taloudellisista järjestelyistä, tutkittavien rekrytointi, kyselylomakkeet, selvitys tutkijan, tutkimushenkilökunnan ja tutkimuspaikan soveltuvuudesta, mahdollinen viranomaisen tutkimuslupa tai toisen eettisen toimikunnan lausunto sekä tutkimustulosten julkaisemistapa ja rahoittajan tuloksiin pääsy.[184]

Ohjeistoluonnoksessa eettiselle toimikunnalle toimitettava dokumentaatio on määritetty yksityiskohtaisesti. Hakemuksen sisällön määrittäminen on mielestäni hyvä, jotta hakija tietää jo tutkimuksen suunnitteluvaiheessa, mitä toimikunta tulee vaatimaan. Hakemusmateriaalissa on oltava riittävä dokumentaatio, johon perustuen eettinen toimikunta pystyy suorittamaan sille lainsäädännössä asetetut tehtävät. Eettisillä toimikunnilla on kuitenkin ohjeistosta huolimatta oikeus saada tehtäviensä suorittamiseksi edellä mainittujen lisäksi lisää informaatiota[185].

8 LOPUKSI

Tutkimuslain säätämisen yhtenä tavoitteena oli luoda eettisten toimikuntien toiminnalle ja tutkimushankkeiden eettisyyden arvioinnille juridiset puitteet ja yhdenmukaistaa näin toimikuntien toimintaa. Eettisten toimikuntien osalta ta-

[183] Lääkelaitos on-line osoitteessa www.nam.fi kohdassa Ajankohtaista Lääkelaitoksen lausuntopyyntö lääketutkimusdirektiivin edellyttämistä yksityiskohtaisista ohjeistoista viittauspäivä 23.11.2002 ja Outi Konttinen, sähköpostiviesti 21.11.2002.

[184] Detailed guidance on the application format and documentation to be submitted in an application for an ethics committee opinion on a clinical trial on a medical product for human use / draft 5.2 s. 4.

[185] Detailed guidance on the application format and documentation to be submitted in an application for an ethics committee opinion on a clinical trial on a medical product for human use / draft 5.2 s. 2–3.

voite oli hyvä, sillä lain myötä luotiin asema tutkimushankkeiden arviointiin toimivaltaisille toimikunnille ja säädettiin niiden tehtävistä, kokoonpanosta ja esteellisyydestä. Eettisten toimikuntien aseman vakiinnuttamisella kasvatetaan yleisön luottamusta toimikuntien toimintaan ja siten tutkimustoiminnan monipuoliseen valvontaan.

Tutkimusdirektiivin taustalta löytyy osin sama viranomaisten menettelyjen yhdistämistavoite kuin tutkimuslaistakin. Kohteena ovat lääketutkimusten aloittamiseksi tarvittavat viranomaismenettelyt yhteisön eri jäsenvaltioissa. Menettelyjen yhdenmukaistamisella halutaan nopeuttaa tutkimusten aloittamista vaarantamatta kuitenkaan tutkittavien suojaa (tutkimusdirektiivi johdanto kohta 8). Direktiivissä säädetään myös tutkimusten aikana viranomaisten taholta tapahtuvasta tutkimusten valvonnasta sekä tutkittavien suojan vähimmäistasosta. Jäsenvaltioiden yhtenäinen tutkimustoimintaa koskeva sääntely parantaa mahdollisuuksia tehdä monikansallisia monikeskustutkimuksia[186].

Eettisten toimikuntien osalta tutkimusdirektiivissä säädetään yhden lausunnon menettelystä, jonka järjestäminen jätetään kansalliselle tasolle (tutkimusdirektiivi 7 artikla). Suomessa tutkimuslain 17 §:n sanamuodon mukaan tutkimusten aloittamiseksi tarvitaan nytkin vain yhden eettisen toimikunnan lausunto. Monikeskustutkimusten osalta tämä arviointi on keskitetty TUKIJAlle, mutta käytännössä jo tutkimusten suuren määrän vuoksi myös sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat arvioivat monikeskustutkimuksia TUKIJAn delegoitua niille tutkimusten arvioinnin. Sairaanhoitopiirien toimikunnat arvioivat myös pääasiallisesti niiden alueella suoritettavat tutkimushankkeet tai hankkeet, joiden tutkimuksesta vastaava henkilö toimii niiden alueella (tutkimuslaki 17 §). Järjestelmä ei nähdäkseni tutkimusdirektiivistä johtuen suoraan vaadi muuttamista, sillä yhden lausunnon vaatimus täyttyy lain kirjaimen tasolla. Kuitenkin käytännössä, kuten työstäni selviää, monet sairaanhoitopiirien eettiset toimikunnat vaativat tutkimuksen ainakin tiedokseen ennen kuin sen voi aloittaa niiden sairaanhoitopiirin alueella, vaikka tutkimuksesta on annettu eettisen toimikunnan lausunto. Tästä käytännöstä voitaisiin luopua, sillä kun tutkimuksen eettisyys ja laillisuus on arvioitu kerran kansallisesti toisessa eettisessä toimikunnassa, voidaan alueelliset, lähinnä taloudellisiin ynnä muihin resursseihin liittyvät kysymykset, jättää kyseisen yksikön hallinnollisen johdon harkintaan, sen harkitessa muutoinkin lopullisen luvan myöntämistä tutkimuksen aloittamiseksi.

Sen sijaan tutkimushankkeiden yhdenmukaisen arvioinnin takaamiseksi Suomen järjestelmää voisi pohtia. Varsinkin useassa eri jäsenvaltiossa suoritettavien monikeskustutkimusten osalta arviointia on ehdotettu keskitettävän val-

[186] Järvinen ja Tokola 2001, s. 2063.

takunnalliselle eettiselle toimikunnalle, jolla olisi mahdollisuus käyttää laajaa asiantuntijasihteeristöä. Ongelmallista järjestelmässä olisi toimikunnalle tuleva suuri työmäärä, johon eettisen toimikunnan tulisi suhteuttaa toimintansa. Eettisten toimikuntien jäsenten toiminta tuskin onnistuisi silloin vapaaehtoisuuden ja vapaa-ajan käytön pohjalta.[187] Toinen vaihtoehto on säilyttää tutkimusten arviointimenettelyssä TUKIJAn delegointioikeus, jolloin TUKIJA voi arvioida itse vaativimmat, ainakin erityisryhmillä tehtävät tutkimukset[188], tutkimushankkeet ja siirtää muiden tutkimushankkeiden arviointia sairaanhoitopiirien eettisille toimikunnille. Mielestäni tällä jälkimmäiselläkin menettelyllä voidaan päästä tutkimushankkeiden arvioinnissa niin yhdenmukaiseen käsittelyyn kuin se eettisyyden arvioinnissa on mahdollista. Menettelyssä on pystyttävä noudattamaan tutkimusdirektiivin mukaisia määräaikavaatimuksia. Sairaanhoitopiirien eettisille toimikunnille on myös saatava yhdenmukaiset toimintatavat, jossa säädetään myös hakemuksesta ja sen sisällöstä. Hakijan kannalta yhdenmukaiset menettelytavat helpottaisivat hakemuksen laatimista ja eettinen toimikunta itse välttyisi hakemuksen täydentämispyyntöjen tekemiseltä. Eettisen toimikunnan tehtävä tutkimushankkeen ennakkoarvioijana sinällään edellyttää tutkimuksen monipuolista tarkastelua ja siten myös tietoa lukuisista tutkimukseen liittyvistä seikoista.

Tutkimusdirektiivin tavoite yhdenmukaisen käytännön luomisesta eri jäsenvaltiossa on varmasti perusteltua. Se, miten paljon direktiivi käytännössä yhdenmukaistaa jäsenvaltioiden käytäntöjä jää paljolti riippumaan direktiiviin perusteella annettavien ohjeistojen sisällöstä sekä tavasta, jolla yhteisön jäsenvaltiot implementoivat direktiivin.[189] Suomessa eettisten toimikuntien toiminnalle on luotu hyvät yleiset puitteet tutkimuslailla. Näiden puitteiden tarkentamista ja eettisten toimikuntien käytännön yhdenmukaistamista on hyvä jatkaa tutkimusdirektiivin myötä.

---

[187] Eettisten toimikuntien jäsenten toiminta perustuu nyt pitkälti vapaa-ajan käyttöön eikä heille makseta yleensä palkkioita. Idänpään-Heikkilä 2001c, s. 1355.

[188] TUKIJA pyrkii myös nykyisen käytäntönsä mukaan arvioimaan erityisryhmillä tehtävät ja geeniterapiatutkimukset, Lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston toimintatavat, muistio 2001, s. 6.

[189] Baeyens 2002, s. 44.

Eettinen toimikunta/ Sairaan-hoitopiiri	Hakemus-lomake	Tutkimus-suunnitelman yhteenveto	Selvitys eettisistä näkökohdista	Muut luvat	Tutkimuksen taloudelliset seikat	Henkilö-rekisteri-seloste	Kysely- ja haastattelu-lomakkeet	Tutkittavien rekrytointi	Tutkittavalle tai huoltajalle lähetettävä kirje	Tutkijoiden ansioluettelo	Tutkijan tietopaketti	Muut liitteet
HUS	x	x	x	x			x	x		x	x	
Kainuu	x	x							x			
Kanta-Häme	x											
Keski-Suomi		x	x									
Kymen-												
laakso	x	x							x			
Lappi	x											
Pirkanmaa	x				x	x	x			x		tiedote tutkimushenkilö-kunnalle
Pohjois-Karjala	x			x	x	x		x		x		selvitys tutkittavan vakuutusturvasta
Pohjois-Pohjanmaa	x	x				x	x		x			
Pohjois-Savo	x	x					x		x			
Päijät-Häme	x	x			x	x			x		x	potilaan terveyskysely, potilaskysely
Satakunta	x				x							TVH
Vaasa	x	x		x	x		x					TVH
Varsinais- Suomi	x	x	x							x	x	tiedote tutkimus-henkilökunnalle, potilaspäiväkirja, julkaisusuunnitelma

Liite 1. Sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien muodolliset vaatimukset lausuntohakemukselle.

Eettinen toimikunta / sairaanhoito-piiri	Hakemus-lomake	Tutkimus-suunnitelma	Tutkimus-suunnitelman yhteenveto	Muualta saatu lausunto	Tutkimuksen taloudelliset seikat	Henkilö-rekisteri-seloste	Kysely- ja haastattelu-lomake	Tiedote tutkittavalle	Suostumus-asiakirja	Tutkittavalle tai huoltajalle lähetettävä kirje	Muut asiakirjat
Keski-Suomi			x	x				x	x		selvitys eettisistä näkökohdista
Kymenlaakso			x	x	x			x	x		selvitys tutkimuksen tekemisestä
Lappi	x	x		x				x	x		
Pirkanmaa	x	x	x	x	x	x		x	x		
Pohjois-Pohjanmaa	x			x							tutkittavien rekrytointi
Pohjois-Savo			x	x				x	x		
Päijät-Häme	x	x	x	x	x	x		x	x	x	potilaan terveyskysely, potilaskysely, tutkijan tietopaketti
Satakunta	x			x							
Vaasa	x	x	x	x	x		x	x	x		TVH

Liite 2. Sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien muodolliset vaatimukset kansallisesti arvioidulle hakemukselle.

Eettinen toimikunta/ sairaahoito-piiri	Hakemus-lomake	Tutkimus-suunnitelma kokonaisuudessaan	Tutkimus-suunnitelman yhteenveto	Selvitys eettisistä näkökohdista	Muut liitteet
HUS	x			x	alkuperäisen tutkimussuunnitelman hyväksyvä lausunto, muuttunut asiakirja
Keski-Suomi		x	x	x	tutkittavan tiedote tarvittaessa, suostumusasiakirja tarvittaessa
Kymenlaakso	x				lähetteeseen lyhennelmä, jossa muutosten merkitys ja keskeinen sisältö tuodaan esille
Lappi					selvitys muutoksesta
Pohjois-Pohjanmaa	x				lähetteeseen lyhennelmä, jossa muutosten keskeinen merkitys tuodaan esille
Pohjois-Savo					jos monikeskustutkimus paikallisen tutkijan selvitys muutoksesta
Päijät-Häme	x				yhteenveto muutoksen keskeisestä sisällöstä ja tutkimuksesta vastaavan henkilön arvio, miten muutos vaikuttaa tutkimuksen eettisyyteen
Varsinais-Suomi	x			x	

Liite 3. Sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien muodolliset vaatimukset muutoshakemukselle.

LÄHTEET

Baeyens, A.J. Implementation of the Clinical Trials Directive: Pitfalls and Benefits. European Journal of Health Law 9/2002, s. 31–47. (Baeyens 2002)

Council of Europe. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine. Convention on Human Rights and Biomedicine. Oviedo, 4.IV.1997, European Treaty Series 164. (Biolääketiedesopimus)

Council of Europe. Recommedation N:o R (90) 3 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Medical Research on Human Beings 6.2.1990. (EN R (90) 3)

Council of Europe. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Biomedical Research. Strasbourg, May 1997. Draft. Osoitteessa http://www.legal.coe.int/bioethics/index_gb.html kohdassa text adopted kohta protocols. Viittauspäivä 9.2.2002. (Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on Biomedical Research)

Eränkö, Pekka. Globalisaatio ja lääkekehitys. Dosis farmaseuttinen aikakauskirja 2002 s. 14–17. (Eränkö 2002)

European Commission. Detailed guidance on the application format and documentation to be submitted in an application for an ethics committee opinion on a clinical trial on medical product for human use 2002 / draft 5.2.

Fogelholm, Rainer ja Tervo, Tapio. Eettinen toimikunta ja sen työn kehittäminen. Suomen Lääkärilehti 1993 s. 701–705. (Fogelholm ja Tervo 1993)

Gordin, Ariel ja Scheinin, Harry. Kliinisen lääketutkimuksen ensimmäisen vaiheen haasteet ja huolet. Duodecim 1992 s. 1026–1036. (Gordin ja Scheinin 1992)

Hallituksen esitys 91/1998: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi potilasvahinkolain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. (HE 91/1998)

Hallituksen esitys 229/1998: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi lääketieteellisestä tutkimuksesta sekä potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain 6 ja 9 §:n muuttamisesta. (HE 229/1998)

Hallituksen esitys 46/2002: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi lääkelain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta. (HE 46/2002)

Helsingin julistus. Hyväksytty maailman lääkäriliiton yleiskokouksessa Helsingissä 1964, tarkistettu yleiskokouksessa Tokiossa 1975, Venetsiassa 1983, Hong Kongissa 1989, Etelä-Afrikassa 1996 ja Edinburghissa 2000. (Helsingin julistus)

Himberg, Jaakko-Juhani – Scheinin, Harry – Aranko, Kari. Kliinisten lääketutkimusten etiikka, normit, ohjeet ja valvonta. Teoksessa Neuvonen, Pertti J. – Himberg, Jaakko-Juhani – Iisalo, Esko – Mattila, Mauri J. – Ylitalo, Pauli

(toim.) Kliininen farmakologia. Kandidaattikustannus Oy. Helsinki 1994 s. 673–680. (Himberg, Scheinin ja Aranko 1994)

Idänpään-Heikkilä, Juhana. Lääketutkimus ja alan kansainvälinen harmonisointi. Suomen Lääkärilehti 1998 s. 951. (Idänpään-Heikkilä 1998)

Idänpään-Heikkilä, Juhana. Helsingin julistusta tarkasteltava kriittisesti monesta näkökulmasta. Suomen Lääkärilehti 2001 s. 2354–2355. (Idänpään-Heikkilä 2001a)

Idänpään-Heikkilä, Juhana. Lääketutkimuksista direktiivi EU-maille. Suomen Lääkärilehti 2001 s. 1394–1396. (Idänpään-Heikkilä 2001b)

Idänpään-Heikkilä, Juhana. Uunituore EU:n direktiivi tulee ylityöllistämään eettiset toimikunnat. Suomen Lääkärilehti 2001 s. 1355. (Idänpään-Heikkilä 2001c)

Ilveskivi, Paula. Potilaan tiedonsaantioikeus. Lakimies 1997 s. 774–805. (Ilveskivi 1997)

Immonen, Timo. Ihmiseen kohdistuva lääketieteellinen tutkimus: eettisten toimikuntien asema. Teoksessa Lahti, Raimo (toim.) Biolääketiede ja laki. Sosiaali- ja terveyshallituksen raportteja 54. Helsinki 1992 s. 19–78. (Immonen 1992)

Järvinen, Pekka ja Tokola, Olavi. Kliinisiä lääketutkimuksia koskevan direktiivin voimaantuloon on Suomessa varauduttu hyvin. Suomen Lääkärilehti 2001 s. 2062–2063. (Järvinen ja Tokola 2001)

Kattelus, Mervi ja Lötjönen, Salla. Kommentti Lasse Lehtosen artikkeliin sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan oikeudellisesta asemasta. Suomen Lääkärilehti 1999 s. 4435–4436. (Kattelus ja Lötjönen 1999)

Keränen, Tapani – Sorri, Annamari – Ylitalo, Pauli. Eettiset toimikunnat lääkeainetutkimusten valvojina. Suomen Lääkärilehti 1998 s. 1132–1135. (Keränen, Sorri ja Ylitalo 1998)

Kulla, Heikki. Hallintomenettelyn perusteet. 5., uudistettu painos. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton Kustannus. Jyväskylä 2000. (Kulla 2000)

Kääriäinen, Helena. Potilaat kysyvät enemmän tietoa lääketutkimuksista. Kirj. Marjut Lindberg. Helsingin Sanomat 5.10.2002. (Kääriäinen 2002)

Lehtonen, Lasse. Sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta ja sen oikeudellinen asema. Suomen Lääkärilehti 1999 s. 4421–4426. (Lehtonen 1999)

Lehtonen, Lasse. Potilaan yksityisyyden suoja. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 230, Vammala 2001. (Lehtonen 2001)

Lääkelaitoksen määräys nro 1/2001. Ihmiseen kohdistuvat kliiniset lääketutkimukset. Osoitteessa www.nam.fi kohdassa määräykset, ohjeet ja muu ohjeistus. Viittauspäivä 25.10.2001. (Lääkelaitoksen määräys 1/2001)

Lääkevahinkovakuutus. *Yleiset vakuutusehdot.* Suomen Lääkevahinkokorvausosuuskunta. Osoitteessa http://www.vakes.fi/LPO/dokumentit/

LPOehdot2002.pdf Viittauspäivä 20.11.2002. (Lääkevahinkovakuutus, yleiset vakuutusehdot)

Lötjönen, Salla. Ihmiseen kohdistuva lääketieteellinen tutkimustoiminta ja siihen soveltuvat oikeussäännöt. Lakimies 1997 s. 856–879. (Lötjönen 1997)

Lötjönen, Salla. Lääketieteellinen tutkimustoiminta alaikäisillä – toteutuuko oikeudenmukaisuus. Teoksessa Thure, Veli Matti (toim.) Oikeus ja oikeudenmukaisuus. Oikeustieteen päivät 3.–4.6.1999 Joensuussa. Joensuu, 1999 s. 334–343. (Lötjönen 1999)

Lötjönen, Salla. Ethical and legal issues concerning the involvement of vulnerable groups in medical research. Teoksessa Parker, Michael ja Dickensson, Donna (toim.) The Cambridge medical ethics workbook. Case studies, commentaries and activities. Cambridge 2001 s. 103–108. (Lötjönen 2001)

Lötjönen, Salla. Tutkija säätelyn viidakossa. Duodecim 2002 s. 717–721. (Lötjönen 2002)

Meincke, Nina. Geenitestit – Oikeudellisia kysymyksiä. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 2001. (Meincke 2001)

Note for Guidance on Good Clinical Practise, CPMP/ICH/135/95. Lääketietokeskus Oy:n epävirallinen suomennos Ohje hyvän kliinisen tutkimustavan noudattamisesta Helsinki 2000. (Ohje hyvän kliinisen tutkimustavan suorittamisesta 2000)

Pekkarinen, Taito. Lääketieteellistä tutkimusta koskevaa lainsäädäntöä kehitetään. Suomen Lääkärilehti 1995 s. 1595–1596. (Pekkarinen 1995)

Routamo, Eero ja Ståhlberg, Pauli. Suomen vahingonkorvausoikeus. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton Kustannus. Jyväskylä 2000. (Routamo ja Ståhlberg 2000)

Ruskonaho, Heikki ja Pelkonen, Olavi. Farmakodynamiikka. Teoksessa Pelkonen, Olavi ja Ruskonaho, Heikki (toim.) Lääketieteellinen farmakologia ja toksikologia. 2. uudistettu painos. Duodecim. Vammala 1998 s. 19–66. (Ruskonaho ja Pelkonen 1998)

Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintö 39/1998: Hallituksen esitys laeiksi lääketieteellisestä tutkimuksesta sekä potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain 6 ja 9 §:n muuttamisesta. (StVM 39/1998)

Suomen Lääkäriliitto. Lääkärin etiikka. Suomen Lääkäriliiton kirjasarja. Helsinki 2000. (Suomen Lääkäriliitto 2000)

Tokola, Olavi ja Huupponen, Risto. Kliinisen lääketutkimuksen vaiheet ja suorittamisen periaatteet. Teoksessa Neuvonen, Pertti J. – Himberg, Jaakko-Juhani – Iisalo, Esko – Mattila, Mauri J. – Ylitalo, Pauli (toim.) Kliininen farmakologia. Helsinki 1994 s. 681–688. (Tokola ja Huupponen 1994)

Valtakunnallisen terveydenhuollon eettisen neuvottelukunnan lääketieteellisen jaoston muistilista eettisten toimikuntien jäsenille ja tutkijoille 7.2.2001.

Osoitteessa www.etene.org/tukija kohdassa ohjeita tutkijoille ja eettisille toimikunnille. Viittauspäivä 25.10.2001. (Valtakunnallisen terveydenhuollon eettisen neuvottelukunnan lääketieteellisen jaoston muistilista 2001)

*Valtakunnallisen terveydenhuollon eettisen neuvottelukunnan lääketieteellisen jaosto*n toimintatavat / muistio 7.2.2001 päivitetty 21.2.2002. Osoitteessa www.etene.org/tukija kohdassa toimintaohjeessa. Viittauspäivä 16.5.2002. (Lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston toimintatavat, muistio 2001)

Välimäki, Maritta ja Lehtonen, Johannes. Tietoon perustuvan suostumuksen ongelmia. Duodecim 2002 s. 723–727. (Välimäki ja Lehtonen 2002)

Sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien tutkimustoiminnan ohjeistus:

Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:

– Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiirin yleiskirje numero 9/2000. Eettisten toimikuntien asiakirjojen käsittelyssä ja arkistoinnissa noudatettavat menettelytavat.
– Helsingin ja Uudenmaan kuntayhtymän päätös 22.12.1999. Pöytäkirja 7 §: Eettisten toimikuntien asettaminen.
– Ohjeet eettisen toimikunnan jäsenille lääketieteellisen tutkimuksen tutkimuseettisistä käsittelystä. Osoitteessa http://www.hus.fi/hus_yhtyma/lt_tutkija.html Viittauspäivä 12.4.2002.
– Tutkijan opas lääketieteellisen tutkimuksen eettisestä käsittelystä 24.7.2000. Opas päivitetty viimeksi 17.5.2002.
  Osoitteessa http://www.hus.fi/hus_yhtyma/tutkijanopas.pdf
  Viittauspäivä 28.9.2002.

Kainuun sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:

– Tutkimuseettisen toimikunnan toimintaperiaatteet 27.3.2002.
– Lausuntohakemus tutkimustyön suorittamista varten.
– Sähköpostiyhteydenotto. Eettisen toimikunnan sihteeri Sirkka-Liisa Kauppinen 13.9.2002.

Kanta-Hämeen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:

– Ilmoitus eettiselle toimikunnalle tutkimussuunnitelmasta
– Sähköpostiyhteydenotto. Eettisen toimikunnan sihteeri Mirja Lepistö 2.5.2002.

Keski-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Eettinen toimikunta. Osoitteessa http://www.ksshp.fi/tutkimustoiminta/eettinen html. Viittauspäivä 20.4.2002.
– Sähköpostiyhteydenotto. Eettisen toimikunnan sihteeri Minna Kastelin-Niemi 2.10.2002.

Kymenlaakson sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Lausuntohakemus tutkimustyön suorittamista varten.
– Ohjeita tutkijoille.
– Potilastiedotteen sisältö
– Suostumusasiakirjan sisältö
– Sähköpostiyhteydenotto. Eettisen toimikunnan sihteeri Jaakko Johansson 19.9.2002.

Lapin sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Eettisen toimikunnan toimintaohje. 3/01 RV.
– Sähköpostiyhteydenotto. Eettisen toimikunnan sihteeri Raili Valanne 18.9.2002.

Pirkanmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Eettisen toimikunnan lausuntopyyntölomake. Osoitteessa http://www.pshp.fi/index.nsf/All/3400?OpenDocument Kohdassa lausuntopyyntölomake Viittauspäivä 16.5.2002.
– Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje. Osoitteessa http://www.pshp.fi/index.nsf/All/3400?OpenDocument kohdassa Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje Viittauspäivä 16.5.2002.
– Pirkanmaan sairaanhoitopiirin tutkimuskäsikirja Osoitteessa http://www.pshp.fi/index.nsf/All/3400?OpenDocument Kohdassa Pirkanmaan sairaanhoitopiirin tutkimuskäsikirja Viittauspäivä 16.5.2002.
– PSHP:n Eettisen toimikunnan toiminta-ala. Osoitteessa http://www.pshp.fi/index.nsf/All/3400?OpenDocument
Viittauspäivä 16.5.2002.
– Tieteellisen tutkimustyön suorittaminen Pirkanmaan sairaanhoitopiirissä. Pirkanmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymän ohjekirje 9/2000. Osoitteessa http://www.pshp.fi/index.nsf/All/3400?OpenDocument Kohdassa Tieteellisen tutkimustyön suorittaminen PSHP:ssä Viittauspäivä 16.5.2002.

Pohjois-Karjalan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Eettinen toimikunta Osoitteessa http://www.pkshp.fi/6/eettinen_tmk.htm Viittauspäivä 15.4.2002.

– Hakemus/suostumus/tutkimustyön suorittamiseksi. Osoitteessa http://www.pkshp.fi/6/eettinen_tmk.htm kohdassa hakemuslomake.doc Viittauspäivä 15.4.2002.
– Sähköpostiyhteydenotto toimikunnan sihteeri Päivi Sotti 25.4.2002.

Pohjois-Pohjanmaan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Lausuntohakemus tutkimustyön suorittamista varten 1.10.2001
– Ohjeita tutkijoille. Osoitteessa http://www.ppshp.fi/ohjeitatut.html Viittauspäivä 15.4.2002.
– Potilastiedotteen sisältö 1.10.2001. Osoitteessa http://www.ppshp.fi/ohjeitatut.html Viittauspäivä 15.4.2002.
– Suostumusasiakirjan sisältö 1.10.2001. Osoitteessa http://www.ppshp.fi/ohjeitatut.html Viittauspäivä 15.4.2002.
– Sähköpostiyhteydenotto. Toimikunnan sihteeri Maija-Leena Pönkkö 16.9.2002.

Pohjois-Savon sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Lausuntohakemus tutkimustyön suorittamista varten. Osoitteessa http://www.uku.fi/tutkimus/etmk/ohjeita.htm Viittauspäivä 29.9.2002.
– Lausuntohakemuksen täyttöohjeet. Osoitteessa http://www.uku.fi/tutkimus/etmk/ohjeita.htm Viittauspäivä 29.9.2002.
– Sähköpostiyhteydenotto. Eettisen toimikunnan sihteeri Tuija Jussila 26.9.2002.

Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Päijät-Hämeen sairaanhoitopiiri 2.10.2000 ohje 6/2000. Lääketieteellinen tutkimustyö ja eettinen toimikunta Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirissä.
– Tutkimussuunnitelmien muutokset ja haittavaikutusilmoitusten käsittely Päijät-Hämeen sairaanhoitopiirin eettisessä toimikunnassa. Eettisen toimikunnan kokouspöytäkirja 28.8.2002.
– Sähköpostiyhteydenotto. Eettisen toimikunnan sihteeri Irmeli Savolainen 27.9.2002.

Satakunnan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Eettinen toimikunta 2002.
– Selvityskaavake 2002.

Vaasan sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
– Puoltoanomus eettiselle toimikunnalle.
– Selvitys käytännöstä kirjeitse. Eettisen toimikunnan sihteeri Inger Myllymäki 19.9.2002.

Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta:
- Lausuntopyyntö Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettiselle toimikunnalle. Osoitteessa www.vsshp.fi kohdan Tutkimusohjeet kohdassa Lausuntopyyntö eettiselle toimikunnalle. Viittauspäivä 12.4.2002.
- Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje Osoitteessa www.vsshp.fi kohdan Tutkimusohjeet kohdassa Lausuntopyyntölomakkeen täyttöohje. Viittauspäivä 12.4.2002.
- Sähköpostiyhteydenotto. Eettisen toimikunnan sihteeri Pirkko Tikka 11.9.2002.
- Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettinen toimikunta ja sen alajaostot sekä vuoden 2002 kokousaikataulu. Osoitteessa www.vsshp.fi kohdan Tutkimusohjeet kohdassa Varsinais-Suomen sairaanhoitopiirin eettisen toimikunnan kokousajat 2002 ja asiakirjojen toimittaminen käsittelyyn. Viittauspäivä 12.4.2002.

Sähköpostiyhteydenotot:
Konttinen, Outi. Jaostosihteeri ETENE/TUKIJA. 21.11.2002
Lötjönen, Salla. OTK. 18.4.2002.

LYHENTEET

CIOMS	Organizations of Medical Sciences
ETENE	Valtakunnallinen terveydenhuollon eettinen neuvottelukunta
FDA	Yhdysvaltojen lääkearviointivirasto
GCP	Good Clinical Practise
HUS	Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiiri
ICH	International Conference on Harmonisation
TUKIJA	Valtakunnallisen terveydenhuollon eettisen neuvottelukunnan lääketieteellinen tutkimuseettinen jaosto
TVH	Tutkimuksesta vastaava henkilö
WHO	World Health Organization
WMA	Maailman Lääkäriliitto

Tiina Satti

PHARMACEUTICAL RESEARCH ON HUMANS AND THE ETHICS COMMITTEES WHICH SUPERVISE THE RESEARCH

Control on pharmaceutical research has been increased during the past few years: in 1997, Finland signed the treaty on biomedical science; in 1999, the law on medical research came into force; and in 2001, the European Community directive 2001/20/EY on pharmaceutical research came into force. Consequently, the research directive is currently being implemented in the EC's member states.

According to the law on medical research, an affirmative statement from the ethics committee must be obtained before pharmaceutical research may be commenced. In order to make this statement, the ethics committee must judge the ethical standard of the research project and ascertain that national and international obligations have been taken into account in the research plan. The law sets a legally binding framework for the actions of the committees. The law on research states which ethics committees have the authority to judge research projects. The law also stipulates the duties, composition and legal disqualifications of these committees. It was hoped that the law would make the work of ethics committees uniform.

The EC directive on pharmaceutical research continues to standardise the committees' work at member state level. The aim of the research directive is to standardise the authorisation procedures required to start research, and to standardise the work of the ethics committees in the member states. The directive prescribes that an ethics committee's affirmative statement is required before research commences, and it also prescribes the issues in a research project that each ethics committee must take into account in its statement. A statement of one ethics committee is required in a member state before research can be started in that state. The research directive leaves it up to the member states to decide the procedures for obtaining the statement. The rights of the test subjects also have a strong bearing on the research directive. The directive obliges the member states to guarantee in their legislation the minimum protection of the test subjects' rights as stated in the research directive. The directive provides special protection for children and those deemed not to have legal capacity by stating that these persons are unable to give informed consent.

The maintenance of high standards of quality control during the course of the research can guarantee the rights of the test subjects in the research as well as

maintain public faith in research work. Therefore it is possible to obtain volunteer subjects for research who are more aware of their rights than before. International laws on medical research set a fine framework on research work. This framework can be now be more clearly defined and regulation of research can be further developed as a result of the implementation of the research directive.

My work investigates the extent to which the research law complies with the research directive in terms of the work of the ethics committees. I also consider which regulations contain possible discrepancies. I believe many welcome the research directive as a means of standardising the practice of the ethics committees. The practices of the ethics committees should be standardised, as shown in my empirical study of the instructions of the medical districts' ethics committees, which I did as a part of my thesis. Concrete realisation of the directive's aims within the member states will largely depend on the instructions, based on the directive, that each committee will write, as well as the way in which the directive is implemented within each member state.