

SYNTYMÄSTÄ KUOLEMAAN, OIKEUDESTA INFORMAATIOON



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA, E-sarja N:o 17

Syntymästä kuolemaan, oikeudesta informaatioon

Ahti Saarenpää 60 vuotta

Toimituskunta

Aulis Aarnio

Urpo Kangas

Rauno Korhonen

Heikki E. S. Mattila

Tuulikki Mikkola

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-264-9

Gummerus Kirjapaino Oy, Vaajakoski 2006

Sisällys

SIVIILIOIKEUS

<i>Aulis Aarnio</i> : Muisteluksia matkan varrelta	9
<i>Aulis Aarnio</i> : Tekijänoikeudet ja perustuslaki	13
<i>Markku Helin</i> : Sukupolvien väliset eturistiriidat perheoikeudessa	27
<i>Urpo Kangas</i> : Jäämistöositus ja -erottelu, maksuväliintulo ja lesken suoja	43
<i>Asko Lehtonen</i> : Oikeuden saatavuudesta perheoikeudellisissa hakemusasioissa	63
<i>Tapani Lohi</i> : Ainoalle rintaperilliselle annettu lahja	85
<i>Heikki E. S. Mattila</i> : De Latinitate recentiorum doctrinarum ad iura hereditaria pertinentium	113
<i>Tuulikki Mikkola</i> : Kansainvälisen sääntelyn tehtävistä parisuhde- ja jäämistöoikeudessa	137
<i>Anna Mäki-Petäjä-Leinonen</i> : Vanhuuden ennakkointia – välineenä edunvalvontavaltuus	149
<i>Kari Nuotio</i> : Havaintoja holhousviranomaisen lupa-asiasa	169
<i>Désirée Söderlund</i> : Balzac, avioehto ja kosto	189
<i>Pekka Tuunainen</i> : Perinnöstä luopumisen pätemättömyys sekä vilpittömän mielen suoja	203
<i>Pertti Välimäki</i> : Perusasioita täytäntöönpanokiellosta korkeimmassa oikeudessa	225

OIKEUSINFORMATIIKKA

<i>Ari Koivumaa – Rauno Korhonen</i> : Ahti Saarenpää suomalaisen oikeusinformatiikan tienraivaajana	241
<i>Jon Bing</i> : Calculating the cases of the widow Brandt	255
<i>Peter Blume</i> : Fortiden, fremtiden og den personlige integritet	267
<i>Wolfgang Mincke</i> : Die Kohärenz juridischer Aussagen	287

<i>Tuomas Pöysti: Oikeudellisen tiedon niukkuus</i>	
ja henkilötietojen suoja	303
<i>Jari Råman: Yleislaki, yleiset opit ja vaikutusten arviointi –</i>	
ehdotuksia tietoturvallisuuden sääntelyn kehittämiseksi	329
<i>Dag Wiese Schartum: Om barns rett til personvern</i>	351
<i>Peter Seipel: Integritetsskydd och folkets röst</i>	367
<i>Annamari Turunen: Aineettomuus, oikeuksien hallinnointi</i>	
ja yhteiskäyttö	385
 <i>Ahti Saarenpään curriculum vitae ja valikoitu bibliografia</i>	 399
 <i>Kirjoittajat</i>	 401

SIVIILIOIKEUS

Muisteluksia matkan varrelta

Helsingin yliopiston Yksityisoikeuden laitos sijaitsi 1960-luvun lopulla ja seuraavan vuosikymmenen alussa Korkeavuorenkadulla, silloisen Puhelin-yhdistyksen talossa. Tultuani noihin aikoihin professoriksi sain laitokselta oman työhuoneen, jonka tosin jaoin *Matti Savolaisen* kanssa.

Vuosikymmenen vaihteessa oli tullut aika ajatella seuraavan polven kouluttamista, ja alkoi laitoksen ensimmäinen jatkokoulutusohjelma. Siinä oli alustajana mm. *Georg Henrik von Wright*. Osin siitä johtuen, osin muista syistä oppilaskaarti alkoi vähitellen kasvaa.

Joukkoon ilmestyi, en muista tarkalleen millaisten käänteiden seurauksena, innokas kaveri, joka otti tavakseen saapua jokaiselle vastaanotolleni huolellisesti valmisteltu kysymys mukanaan. Joskus se oli kirjoitettu paperille, mutta useimmiten se esitettiin suullisesti. Yritin vastaila sen mukaan kuin osasin. Aina vastaus ei luonnistunut, ei vallankaan silloin, kun kysymys oli sillä tavalla koukeroinen, että aika meni kysymyksen täsmentämiseen. Seuraavalla viikolla kysyjä ilmaantui jälleen vastaanotolle ja toisti tarkennetun kysymyksen. Niin päästiin taas pätkä eteenpäin.

Sinnikäs kysyjä oli ylioppilas *Ahti Saarenpää*. Hän valitsi vastaanotolle tulon strategisesti viisaasti, sillä hän jättäytyi aina muiden jälkeen, jotta keskustelulle jäi riittävästi aikaa. Eikä siinä kaikki. Kun asia on käyty kohtuullisesti läpi, ylioppilas Saarenpää näytti poistuvan, mutta ehtimättä vielä sulkea ovea hän palasi ovenraosta takaisin ja sanoi: ”Niin, olisi vielä tämä toinenkin kysymys.” Näin saatettiin jatkaa poistumisharjoituksia pari kolmeen kertaa, kunnes sain jotenkin viestitettyä, että kenties voitaisiin seuravalla viikolla palata asiaan.

Lopputuloksena oli, että asioista kiinnostuneena nuorena professorina olin saanut tutustua ylioppilaaseen, joka oli ainakin yhtä palavasti innostunut juriidikasta, eikä vain siitä, vaan ennen kaikkea oikeuden ja oikeustieteen yleisistä kysymyksistä. Niin alkoi vuosikymmeniä kestänyt suhde, ensin opetta-

jan ja oppilaan välisenä, sitten työtoveruutena ja myöhemmin ystävyyttenä. Nykyisin asetelma jo alkaa kääntyä toisin päin. Joissakin asioissa entinen oppilas on opettaja. Mutta juuri niin elämässä pitääkin käydä, kun hyvin käy. Ja hyvin käy aina silloin, kun ystävyys pysyy ja vahvistuu.

Ahti Saarenpää, sallinette että yllä mainituista syistä puhun jatkossa vain Ahdistä, oli kiinnostunut likimain kaikesta, mikä vähänkin sivusi perhe- ja perintöoikeutta. Kaiken aikaa kiinnostus merkitsi paitsi olemassa olevan tiedon omaksumista, myös sen kriittistä arviointia. Ajan tottumusten mukaan painotukset olivat myös paljolti oikeuspoliittisia. Ja tulosta syntyi. Omalla asteikollani Ahdin teos ”Holhous. Yhteiskunnallinen ongelma” (Oikeustiede-Forum, Tammi) edustaa edelleen oman lajinsa huippua, ja on tietyllä tavalla lajinsa uranuurtaja. Teoksessa yhdistyy vahva voimassa olevan oikeuden osaaminen sen hetkisen yhteiskunnan epäkohtien terävään oivaltamiseen ja kykyyn esittää myös ratkaisuehdotuksia. Syyttä suotta kirja sai tuolloisessa yhteiskunnallisessa asenneilmastossa ”vasemmistolaisen” leiman. Sitä se ei toden totta ollut. Holhous-kirja edusti vain kriittistä oikeustiedettä parhaimmillaan.

Ahdin kiinnostus empiiriseen oikeustieteeseen, oikeammin empirian käyttöön oikeustieteessä, sai ilmentymän mm. yhteisissä harrastuksissamme perukirjatietojen ja testamenttien kartoittamiseksi, mutta kiinnostuksella oli käyttöä myös työssä, jonka Ahti teki *Gerhard af Schultenin* työtoverina eli säätiölain uudistamistyön sihteerinä. Kun edellä todettuun lisätään Ahdin koko ajan vahvistunut kiinnostus oikeusteoriaan ja vallankin siviilioikeuden yleisiin oppeihin, alkoi nuorella miehellä olla aiheista runsauden pulaa, mutta jatkuva puute ajasta. Vuorokaudessa oli vain 24 tuntia. Se ei voinut olla huolestuttamatta opettajaa, joka toivoi nuoren monilahjakkuuden joskus myös väittelevän.

Oikeusteoriaa ja -filosofiaa aktiivisesti harrastaneessa *Philosophia Iuris*-piirissä Ahti oli mukana alusta pitäen, ja antoi piirille oman sisältöpanoksensa, mutta ei ainoastaan sitä. Jokakesäinen retki Ahdin mökille Bemböleen muodostui klassikoksi. Ohjelmassa oli aina ensin kuulantyyntö Ahdin 7 kg kuulalla ja sen päälle noin 10 kilometrin hölkkä Bodomjärven tuntumassa. Sen jälkeen saunottiin, syötiin eestiläistä borssikeittoa ja kuultiin esitelmä oikeusfilosofian alalta. Lopuksi siirryttiin viineihin tai vaihtoehtoisesti olueen. Nämä kesätapaamiset ovat uskoakseni jääneet lähtemättömästi jokaisen mukana olijan mieliin. Niissä ei ollut opettajia, ei oppilaita, oli vain kaverijoukko, joka tavoitteli tavanomaisuuden ylittävää osaamista ajattelun vaikealla saralla, mutta joka myös ymmärsi lauseen ”Mens sana in corpore

sano”. Jos muuta ei jäljelle jäänyt, jäi teoreettisen ymmärryksen ohella joukko elämänikäisiä ystävyyskäs.

Ahdin mieltymys ruokaan ja sen valmistamiseen tuli esille paitsi Bembölen persoonallisessa tarjoilussa myös muuten. Siihen aikaan, kun Yksityisoikeuden laitos majaili Puhelinyhdistyksen talossa, Ahti kävi assistentiksi tultuaan usein torilta ostamassa lounasainekset ja kokkasi niistä mitä upeimmat ateriat koko kaveriporukalle. Ja ihan oma lukunsa olivat Hotelli Seurahuoneen viikoittaiset lohilounaat, joilla sain olla Ahdin ja *Heikki Mattilan* seurana. Sama kolmikko nautiskeli niin ikään kerran kuussa Hotelli Klaus Kurjen herkkupöydän antimia. Ahti oli siinäkin oma lukunsa. Hän maisteli kaikkea ja kävi noutamassa pöydästä erikoisuuksia vielä paljon sen jälkeen, kun Heikki ja minä olimme jo luopuneet ylensyöneinä enemmästä. Erään kerran satuin saamaan Tallinnasta aitoa kaviaaria. Tarjosin sitä Ahdille ja Heikille itse valmistamani blinien kera. En koskaan unohda, kuinka taitavasti Ahti poimi jokaisen mustan kaviaaripalleron haarukan piikkiin, maisteli sitä kielellä ja nielaisi varovasti ikään kuin haluten pitää maun vielä pitkään suussaan. Ei ole sattumaa, että Ahti on gourmet-miehiä yhä edelleen, jopa valtakunnan tasolla.

Oikeustieteeseen palatakseni, Ahdin kiinnostuksen moniulotteisuus oli ajan mittaan etu, ei suinkaan haitta. Hänen osaamisensa yleisteoreettinen pohja vahvistui samalla, kun hänelle alkoi selkiintyä käsitys siitä, että perhevarallisuus- ja perintöoikeus ei pohjimmaltaan ole muuta kuin yleistä siviilioikeutta. Perinteiseen pohjoismaiseen tapaan Ahti ja eräät muut hänen aikalaisensa perhe- ja perintöoikeuden alalla kulkivat tyvestä puuhun. Omana opiskeluaikanani ei tullut edes kuuloon, että joku harrastaisi perintöoikeutta ilman vahvaa yleissiviilioikeudellista taustaa. Siitä *Simo Zitting* ja *Matti Ylöstalo* pitivät huolen. Oli osattava *Henry Ussingin*, *Vinding Krusen*, *Carl Jacob Arnholmin* ja muiden klassikoiden ajatukset, ja se kävi päinsä niin yksinkertaisesti, että luettiin heidän teoksensa tenttiin.

Kun 1970-luvun alku pyrki vimmaisesti muuttamaan oikeustiedettä mm. empiiriseksi tutkimukseksi ja kun sitä hanketta piti (hyvin perustein) vastustaa, ajautui myös oma ryhmäni, Ahti etunenässä empiirisen tutkimuksen pariin katsoaksemme, mitä sillä tavoin saa asioista irti. Kiinnostuksen täyttäminen tähän ja myös oikeuspolitiikan suuntaan leikkasi silloiselta nuorelta polvelta aluksi palan yleissiviilioikeudellista osaamista, kunnes asiaan havahduttiin. Se tapahtui tarkalleen autotallissani Kauniaisten Asematiellä. Ahti oli kanssani kuljetustalkoissa ja jäimme juttelemaan maailman asioita autotalliin. Yhtäkkiä Ahti sanoi kadehtivansa minua, kun minut oli pakotettu

tutustumaan skandinaavisiin klassikoihin, mutta minä en ollut pakottanut omia oppilaitani samaan. No, nuori kriitikkonni ymmärsi hetken asioista puhuttuamme kyllä, että kaikkea ei ollut voinut lyhyenä koulutusaikana saavuttaa. Kriitikki ei kuitenkaan mennyt hukkaan. Tiivistelmänä totesin: Asia voidaan korjata, ruvetaan töihin! Ja niin myös ryhdyttiin. Vuosien mittaa yleissiviilioikeudellisen osaamisen puute korjaantui niin Ahdilla kuin muillakin – ja sen näkee nykyisin siinä helppoudessa, jolla oman alani parhaimmisto tätä nykyä tunnistaa vaikeimmatkin oikeusongelmat siviilioikeuden ja sitä kautta perhe- ja perintöoikeuden kentässä.

Väitöskirja ”Tasajaon periaate” ilmestyi ajallaan. Mikä tärkeintä, se oli laatutyötä ja vei osaltaan eteenpäin perintöoikeuden ajatusperinnettä. Syntyi myös riittävä määrä muuta tasokasta työtä, ja niin minulla oli suuri ilo ja myös kunnia olla mukana maaherra *Asko Oinaksen* johtamassa Lapin korkeakoulun väliaikaisessa hallituksessa ja olla siinä ominaisuudessa valitsemassa Ahti Saarenpää ensimmäisten joukossa korkeakoulun, sittemmin yliopiston professoriksi. Yksi yhteinen taival Helsingin Korkeavuorenkadulta Rovaniemen pienteollisuustaloon linja-autoaseman luona oli kuljettu.

En malta olla jatkon osalta mainitsematta, että Ahti Saarenpää oli professorinimityksen mittainen paitsi osaamiseltaan myös siinä, että hän muutti Rovaniemelle ja on sinne kotiutunut toisin kuin monet kollegansa. Hän ei koskaan kuulunut niihin, joista ystäväni *Jaakko Hintikka* 1980-luvulla käytti nimeä ”Finnair Universityn” professorit. Vain asettumalla taloksi on mahdollista luoda se sosiaalinen verkosto, jonka varassa yliopiston professorin merkitys paikkakunnalla määräytyy. Ahdilla verkostot ovat kunnossa myös tältä osin. Sitä osoittavat aktiivinen mukanaolo mm. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen toiminnassa samaten kuin toimivat kontaktit Lapin asianajajiin.

Vähin mitä entinen opettaja ja nykyinen ystävä voi Ahdille sanoa, on onnittelu tieteellisestä panoksesta suomalaiselle oikeustieteelle ja kiitos siitä, että olen saanut oppia yhteisissä tuokioissamme monia asioita, jotka ilman Ahtia olisivat menneet sivu suun.

Tekijänoikeudet ja perustuslaki

KYSYMYKSENASETTELU

Nykyisin on paljon esillä ns. perusoikeusmyönteinen laintulkinta. *Ahti Saarenpää* on jopa puhunut perusoikeusvelvoitteisesta tulkintamallista. Paitsi tulkinnassa perusoikeusproblematiikka tulee esille myös perusoikeuksien kollisiotilanteissa ja niiden edellyttämässä punninnassa. Tarkastelen seuraavassa kumpaakin, sekä tulkintaa että punnintaa käyttäen esimerkkinä tekijänoikeuden perustuslaillista suojaa. Tekijänoikeus on siitä kiinnostava analyysin kohde, että sitä koskevissa perustuslakipohdintoissa nousee esiin useita, osin eri suuntiin puhuvia tulkinta-asenteeseen ja punnintaan vaikuttavia näkökohtia. Ennen kaikkea on kuitenkin kysymys kahden keskeisen perusoikeuden, omistusoikeuden suojan ja julkisuuden välisestä kollisiosta. Asetan aluksi muutaman perusoikeusnäkökulmasta relevantin lähtökysymyksen.

1. Miten perustuslaissa suojatut *siviilioikeudelliset rakenteet* tulisi ottaa huomioon suorittaessa aitoa eri oikeushyvien välistä punnintaa perustuslain näkökulmasta? Erityiskysymyksenä nousee esiin omaisuuden suojan ja elinkeinovapauden suhde sananvapauteen.
2. Kun kysymys on punninnasta, on selvitettävä, *missä* on periaatteiden välinen optimointipiste. Siitä seikasta, että periaatteet ovat optimointikäskyjä ja että periaatteita pyritään optimoimalla sovittamaan yhteen, ei seuraa minkään yksittäisen periaatteen prioriteetti. *Kunkin sovelletavan periaatteen painoarvo on määritettävä in casu ja huomioon ottaen koko perusoikeusjärjestelmä.* Jokainen perusoikeusperiaate lähtökohtaisesti samanarvoinen ja jokainen niistä on nähtävä osana kokonaisuutta, eräänlaisena periaatteiden verkkona, jonka tavoitteena on suojata *tasapainoisesti* ihmisen oikeutettuja ja perustuslaissa nimetty-

jä oikeushyviä, kuten omaisuutta, itsemääräämisoikeutta, sananvapautta ja sivistyksellisiä tarpeita. Tämä ei kuitenkaan merkitse, etteikö jossakin erityisessä suojatilanteessa tietty periaate saisi prioriteettiasemaa, mutta silloinkaan toisen periaatteen *ydintä* ei tulkinalla/punninnalla voida loukata. Etusija on aina kyettävä argumentoimaan valitusta *etusijasta riippumattomin argumentein*.

3. Tekijänoikeus asetetaan usein vastakkain sananvapauden kanssa. Vaatimus argumentaatiotaakasta nostaa tältä osin esiin kysymyksen siitä, onko sananvapaus nyky-yhteiskunnassa sellainen *superperusoikeus*, johon viittaaminen punninnassa ohittaa – ilman erityisperusteluja – muut perusoikeudet, kuten omaisuuden suojan. Ongelmaksi kuitenkin muodostuu, mihin sananvapauden ”superluonne” *perustuu*.
4. Oikeusharkintaa ajatellen kysymys on pohjimmaltaan siitä, kenellä on *argumentaatiotaakka* eli velvollisuus perustella kantansa (todistustaakka), jos tietyn (yhteiskunnallisen tai muun) seikan katsotaan vaativan puuttumista tekijänoikeuden sisältöön.
5. Sananvapauden alan laventamisesta keskusteltaessa keskeisenä argumenttina on usein informaation vapaa vastaanotettavuus. Voidaan ajatella, että tekijänoikeus rajoittaa tällaista vastaanotettavuutta. Asiaa voidaan tuskin selvittää arvioimatta *informaation* käytettävyyttä ja saatavuutta suhteessa *teosten* käytettävyyteen ja saatavuuteen. Miten tätä suhdetta tulisi lähestyä perustuslain näkökulmasta?
6. Informaation yhteydessä otetaan usein esille myös käsite *tietoyhteiskunta* jättämällä kuitenkin kokonaan auki se, mikä on ”tietoyhteiskunnan” nykyinen tila ja sen kehitys suhteessa *tekijänoikeuslainsäädäntöön*. Tekijänoikeuden perustuslaillisen aseman arvioimiseksi myös tietoyhteiskunta-argumentti on siten alistettava analyttiseen tarkasteluun.

Tekijänoikeuslaki rakentuu ajatukselle tekijällä olevista taloudellisista ja moraalisisista yksinoikeuksista. Tämä ajatus on kansainvälinen ja ilmenee kansainvälisoikeudellisissa konventioissa, jotka Suomi ja lähes kaikki muut maat ovat ratifioineet. Konventioista tärkeimmät ovat Bernin konventio ja yleismaailmallinen tekijänoikeussopimus. Myös Euroopan unionin perusoikeusasiakirjassa (A:18.12.2000) mainitaan erikseen, että teollis- ja tekijänoikeudet turvataan.

Hallituksen esityksessä perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp) todetaan, että perusoikeuksia voidaan rajoittaa ja niistä poiketa vain lakiin perustuvilla, täsmällisillä ja tarkkarajaisilla rajoituksilla, eikä ta-

vallisella lailla voida säätää perusoikeuden *ytimeen* ulottuvaa rajoitusta (esim. rajoitusta, joka kohdistuu teosten ensisijaiseen kaupalliseen hyödyntämiseen). Nämä kannanotot lähtökohtana on selvää, että pohdittaessa tekijänoikeuden rajoituksia on tunnettava tarkoin tekijänoikeuden *siviilioikeudellinen luonne ja voimassa oleva tekijänoikeuslain suojajärjestelmä*. Muutostarve (rajoitusten perusteltavuus) avautuu ainoastaan voimassa olevaa suojajärjestelmää vasten. Kysymys tekijänoikeuden perustuslaillisesta suojasta ei siis suinkaan ole puhtaasti valtiosäännöllinen.

OMISTUSOIKEUDEN PERUSTUSLAILLINEN SUOJA

Omistusoikeuden suojaa säännellyt HM 6 § syntyi 1900-luvun alun poikkeuksellisissa oloissa, jotka eivät voineet olla vaikuttamatta säännöksen saamaan sisältöön. Sortokaudet, Suomen itsenäistyminen ja 1918 tapahtumat jakoivat mielipiteitä. Konservatiivit, kuten *Mechelin*, ajoivat saavutettujen oikeuksien suojaa, ja kuten *Viljanen* osoittaa, valmistelun varhaisvaiheessa juuri oppi saavutetuista oikeuksista oli keskeisesti esillä.¹ Myöhemmin oikeisto painotti erityisesti varallisuus-oikeuksien suojaamista sekä hallintoa että lainsäädäntökoneistoa vastaan. Se näkyi mm. pakkolunastussäännöksessä. SDP edellytti korvauksetonta lunastusta, kun taas oikeisto vaati pakkolunastuksen erityissääntelyä.

Jyränki toteaa kuitenkin, ettei ole olemassa selviä merkkejä siitä, että perusoikeussäännökset ja siten myös omaisuuden suoja olisi ajateltu lainsäätäjääkin sitovaksi.² Pakkolunastussäännös jäi sittemmin lakiin, mutta saavutettujen oikeuksien oppi hylättiin. Oikeuskirjallisuudessa kehitettiin myöhemmin monella eri tavalla omaisuuden suojaa koskevia tulkintoja. *Kultalahti* huomauttaa osuvasti, että kehitystyö merkitsi tulkintojen verraten voimakasta ”juridisoitumista”. HM 6 § pyrittiin pukemaan juridisen tulkintakonstruktion muotoon silloinkin, kun tulkintaan sisältyi verraten vahva arvolataus.³ Omistusoikeuden käsite jäi, mihin Kultalahti puuttuu aiheellisesti, perustuslakipohdinnoina *huomattavan erittelemättömäksi* verrattuna sii-

¹ Ks. HM 6 §:n muotoutumisesta tarkemmin *Viljanen, Veli-Pekka*: Kansalaisten yleiset oikeudet. Turku 1986.

² *Jyränki, Antero*: Lakien laki. Helsinki 1989, s. 491 ss.

³ *Kultalahti, Jukka*: Omaisuuden suoja ympäristönsuojelussa. Tampere 1990, s. 168.

hen, miten pitkälle käsitettä analysoitiin siviilioikeudessa. Ongelman tätä puolta ei voi jatkossakaan ohittaa, koska juuri *omistusoikeuskäsitteen täsmällinen analyysi* on myös modernin omaisuudensuojan avainkysymys. Myös tässä perustuslailliset kysymykset kietoutuvat väistämättä siviilioikeuden perusrakenteisiin.

Suojattavaan *omaisuuteen* luettiin vanhassa doktriinissa myös immateriaalioikeudet, kuten panttioikeudet, *tekijänoikeudet*, elinkeinotoimintaan liittyvät privilegiot ja toimiluvat. Perustuslain vastaisena puuttumisena omaisuuden pidettiin – monien muiden ohella – toimenpidettä, jolla rajoitettiin omaisuuden *normaalista käyttöoikeutta*. Sellaiseksi katsottiin normaalin, kohtuullisen ja järkevän käytön rajoittaminen sekä vapaan käyttämöhdöllisyyden ja normaalin hyödyksi käyttämisen rajoittaminen.⁴ Voidaan siis puhua *normaalikäytön suojasta*. Normaalikäyttöä katsottiin voitavan rajoittaa ainoastaan painavan yleisen edun perusteella. Omistajaa ei vakiintuneen doktriinin mukaan voitu myöskään velvoittaa sietämään tiettyjä toimenpiteitä.

Kaiken kaikkiaan HM 6 §:n saama tulkinta ilmaisee *omistusoikeuden institutionaalista garantiaa* käyttäkseni *Kastarin* terminologiaa.⁵ Tämän garantian perusta on *markkinatalouden järjestelmässä ja länsimaisen vapauden periaatteiden loukkaamattomuudessa*. Toimiakseen tarkoituksenmukaisella tavalla markkinatalous tarvitsee perustakseen omistusoikeuden ja omaisuuden suojan. Yhteisen edun nimissä omistajan (ja omaisuuden haltijan) vapaata käyttö- ja määräämisvaltaa voidaan luonnollisesti rajoittaa, mutta rajoituksilla ei voida kajota omaisuuden suojan edellä viitattuun ”kovaan ytimeen” ilman, että kajotaan itse markkinatalouden perusteisiin ja vaarannetaan sen toimivuus. *Tätä kysymystä* ei mikään markkinatalouden varaan rakentuvan yhteiskunnan perustuslakijärjestelmä voi kiertää. *Kastarin* mainitsema omistusoikeuden instituuttigantia on tässä katsannossa yhä vielä varteenotettava lähtökohta omaisuudensuojaa koskeville pohdinnoille, olkoonkin, että sen sisältö muutoin muovautuu koko ajan yhteiskunnan muuttuessa.

Itse omistusoikeuden *käsitettä* ei tässä yhteydessä ole tarpeellista eritellä yksityiskohtaisesti. Viitataan ainoastaan vallitsevaan siviilioikeudelliseen doktriiniin, joka pohjautuu lähinnä *Simo Zittingin* tutkimuksiin. Tämän lausunnon kannalta on olennaista korostaa omistusoikeuden kahta *ulottuvuutta*,

⁴ *Hidén, Mikael*: Omaisuuden perustuslainsuoja – nykynäkymiä ja näkökohtia. LM 1971, s. 115 ss.

⁵ *Kastari, Paavo*: Kansalaisvapauksien perustuslainturva. Helsinki 1972, s. 82 ss.

staattista ja dynaamista. Staattinen ulottuvuus koskee omaisuuden suojattua käyttövapautta. Ollakseen omistaja henkilön tulee nauttia oikeussuojaa käytön ja hallinnan estämistä ja häirintää vastaan. Zitting puhui *omistajan primaarioikeudesta*. Otan esimerkin. Jokamiehen oikeus antaa kansalaisille luvan tietynlaiseen toisen maan hyväksikäyttöön. Se ei kuitenkaan oikeuta tekemään luvatta tietä toisen maalle ja siten estää tai rajoittaa omistajan käyttöoikeutta.

Omistusoikeus on kuitenkin taloudellis-yhteiskunnallisesti vähäarvoinen, jos omistajalla ei ole valtaa panna kohdetta *vaihdantaan*. Rahanarvoisen omistusoikeudesta tekee asiallisesti vasta se, että omistaja voi saada itselleen sen *panoksen*, jonka hän tai hänen edeltäjänsä (perimys-, lahjoitus- tai testamenttitapauksessa) on sijoittanut kohteeseen. Omistajalle tuo panos on ensisijaisesti taloudellista laatua. Tässä katsannossa markkinatalousjärjestelmää kannattelevaan omistamiseen liittyy aina taloudellinen hyötyaspekti. Tätä aspektia ei sisällynyt sosialistiseen järjestelmään, minkä vuoksi sen piirissä ei ollut mahdollista puhua kovinkaan laajasti yksityisestä omistamisesta, vaikka ihmisillä saattoi joissakin tapauksissa olla suhteellisen vapaa käyttövalta omaisuuteensa, esimerkiksi asuntoon tai lomakiinteistöön.

Omaisuuden perustuslaillisen suojan muotoutuminen Suomessa on ollut paljolti omaisuuden käyttöoikeuksien rajoittamista (jokamiehen oikeus), mutta käyttörajoitukseen on voinut kytkeytyä myös pitkälle menevää dispoointivallan rajoittamista (maan käyttö- ja maa-aineksen ottorajoitukset). Edellä mainittu omistusoikeuden institutionaalinen garancia liittyykin vähintään yhtä suuressa määrin nimenomaan oikeuksien *dynamiikkaan*, mahdollisuuteen saada muutettua rahaksi kohteeseen sijoitettu taloudellinen ja henkinen panos. Kysymys on yksinkertaisesti siitä, että omistajan omaisuuden suoja on hänen *itse määräämisoikeuttaan*, sitä että hän voi itse päättää, paneeko hän kohteen vaihdantaan, milloin hän sen tekee ja millä hinnalla. Tämä seikka, kuten kohta voimme havaita, on tärkeä myös tekijänoikeuksien perustuslaillisen suojan kannalta.

Omaisuuden suoja koskevat painotukset ovat uuden perustuslain myötä muuttuneet siitä, mitä ne olivat HM 6 §:n aikana. *Länsineva* huomauttaa siitä, että perusoikeusudistuksen jälkeen omaisuudensuojatulkinnat ovat lähteneet kehittymään samaa tahtia muiden perusoikeustulkintojen kanssa. Omaisuuteen kohdistettavia lainsäädännöllisiä rajoituksia arvioidaan nykyisin jokseenkin samojen yleisten kriteerien nojalla kuin muitakin perusoikeusrajoituksia. Tämä kehitys on Länsinevan mukaan ymmärrettävissä sitä taustaa vasten, että perinteiseen tulkintalinjaan oli jo pitkään kohdistunut muu-

tospaineita. Viimeistään 1980-luvulle tultaessa perinteiset opit olivat jääneet ajastaan jälkeen, eikä ”vanhan tulkintalinjan järkähtämätön seuraaminen enää ollut mahdollista”.⁶

Omaisuuksensuoja on edellä sanotuista syistä nähtävä ”yhtenä osana siinä kokonaisuudessa, jonka tavoitteena on kunnioittaa ihmisarvon loukkaamattomuutta sekä suojata ja edistää mm. yksilöiden vapautta, itsemääräämisoikeutta, sosiaalista turvallisuutta, sivistyksellisiä tarpeita, yhdenvertaisuutta ja osallistumismahdollisuuksia yhteisöllisessä elämässä”.⁷

Omaisuuksensuojan *ydintavoitteet* kytkeytyvät tämän mukaan yhtäältä yksilön taloudellisen toimintavapauden takaamiseen ja toisaalta hänen turvallisuutensa suojaamiseen ja edistämiseen niin, että yksilö voisi elää mahdollisimman omavastuisesti, riippumattomasti ja turvallisesti yhteiskunnassa. Tätä kautta omaisuudensuojaan (PL 15.1 §) liittyy, kuten todettu, läheisesti *elinkeinovapaus* eli oikeus hankkia toimeentulonsa valitsemallaan tavalla (työllä, ammatilla tai elinkeinolla; PL 18.1 §; ks. myös PL 19 § 1 ja 2 momentit). Elinkeinovapaus on vapausoikeudellisesti painottunut ja puolestaan yhteydessä PL 7.1 §:n takaamaan henkilökohtaiseen vapauteen sikäli kuin se on yhteydessä *itsemääräämisoikeuteen*. Perustuslakiin on näin tekiänoikeutta ajatellen rakennettu sisään perusoikeusketju:

omaisuuden suoja ← → elinkeinovapaus ← → itsemääräämisoikeus.

Ketjuun liittyy myös yleinen *yhdenvertaisuussäännös*. Omistajaa tai muuta omaisuudensuojan piiriin kuuluvaa omaisuuden haltijaa tai elinkeinon harjoittajaa ei tule asettaa eriarvoiseen asemaan muiden sellaisten kanssa, jotka vetoavat perustuslain heille antamiin perusoikeuksiin (PL 6 §:n 1 momentti). Itse asiassa tämä säännös, yhdenvertaisen kohtelun periaate, on sangen tärkeä myös silloin, kun arvioidaan modernia omaisuudensuojajärjestelmää. Kuten edellä todettiin, valtiosääntöoikeudellisessa keskustelussa on näkynyt merkkejä siitä, että sananvapaus on asetettu eräänlaiseksi *superperusoikeudeksi*. Tällainen suhtautuminen omaisuudensuojaan on likimain *vastakkainen* verrattuna siihen tulkintaan, joka oli vallalla vanhan HM 6 §:n aikana. Ajattelutapa on läpikotaisin virheellinen.

⁶ *Länsineva, Pekka*: Perusoikeudet. Teoksessa *Hallberg, Pekka et al.* (toim.), Perusoikeudet. WSOY Lakitieto. Helsinki 1999, s. 474 ss.

⁷ *Länsineva*, mts. 475–476.

TEKIJÄNOIKEUS PERUSOIKEUKSIEN KOKONAI SJÄRJESTELMÄSSÄ

Jos lähdetään siitä Länsinevan korostamasta perusnäkökohdasta, että perustuslain perusoikeudet ovat *kokonaisuus*, ei tuossa kokonaisuudessa ole muiden perusoikeuksien yläpuolelle nousevaa oikeutta, oli sitten kysymys omaisuuden suojusta tai sananvapaudesta. *Yhtäkään niistä ei voida asettaa toisten edelle*. Ratkaisevaa suojajärjestelmässä on yhteensopiva, koherentti kokonaisuus, ei johonkin suuntaan kulloistenkin mieltymysten mukaan taipuva satunnaisyhteys. Priorisoinnissa ei voida mitään perusoikeutta ottaa edes tulkinnan tai punninnan *kiinnekohdaksi*. Yksin PL 6.1 §:n yhdenvertaisuusperiaate *estää* priorisoimasta sananvapautta. Kysymys ei ole yksin kansalaisten tai kansalaisryhmien samanarvoisesta kohtelusta sananvapauden, elinkeinovapauden, omaisuuden suojan tai vaikkapa itsemääräämisoikeuden suhteen, toisin sanoen tietyn perusoikeuden *sisällä*. Yhdenvertaisuusperiaate edellyttää myös yhdenvertaista kohtelua *eri oikeuksien välillä*. Tämä merkitsee mm. sitä, että omistajaa ei tule lähtökohtaisesti asettaa eri asemaan kuin sitä, joka vetoaa sanan- ja ilmaisunvapauteen. ”Omaisuusperusoikeudelle on pyrittävä antamaan mielekäs merkityssisältö nimenomaan *osana perusoikeuksien kokonaisuusjärjestelmää*” (kurs. tässä).⁸ Asia on tietysti sama kaikkien muidenkin perusoikeuksien kuin nyt mainittujen omaisuuden suojan ja sananvapauden kohdalla.

Tekijänoikeus on siviilioikeudellisessa katsannossa tekijän *henkilökohtainen ja luovuttamaton oikeus*. Sitä ei voida ulosmitata tekijän veloista ja se on esimerkiksi aviovarallisuutena ns. kolmas omaisuuslaji: tekijänoikeus otetaan kyllä AL IV osan normien mukaan huomioon ositettavana omaisuutena, mutta sitä ei voida luovuttaa tasinkona.⁹

Tekijänoikeuden siviilioikeudellisen ja perustuslaillisen suojan ydin on se *henkinen panos*, jonka tekijä on tuotokseen sijoittanut. Tämä panos on verrattavissa siihen taloudelliseen panokseen, joka edellä todettiin omistusoikeuden reaalityaloudelliseksi sisällöksi. Staattisen vaiheen kannalta tämä merkitsee sitä, että mikään ulkopuolinen taho ei voi rajoittaa tekijää *tuottamasta* teoksia. Asian tätä puolta voisi nimittää sensuurin kielloksi. Toisaalta julkistamaton teos kuuluu tekijän yksityiselämän piiriin ja nauttii sitä kautta yksityiselämän perustuslaillista suojaa. Tekijällä on rajoittamaton yksinoi-

⁸ *Länsineva*, mts. 475.

⁹ *Aarnio, Aulis – Helin, Markku*, Suomen avioliitto-oikeus. Helsinki 1992, s.137 ss.

keus julkistamattomaan teokseen, ja kääntäen: tekijällä on yksinomainen oikeus *määrätä teoksesta*, esimerkiksi julkistaa se. Sitä ei voida ”pakko-otolla” saattaa julkisuuteen ja toisten ihmisten saataville.

Henkinen panos tuleekin tekijänoikeutta arvioitaessa esille erityisesti oikeuksien dynamiikassa. Kun tekijä on pannut teokseen henkisen panoksen, on hänellä oltava teokseen omaisuudensuojaja sikäli, ettei hänen tarvitse antaa henkistä panostaan muiden saataville *korvauksetta*. Tekijänoikeuden perustuslaillinen suoja on tässä katsannossa (vähintään) samanasteinen kuin *muu* omaisuuden suoja, esimerkiksi kiinteistön omistaminen. Henkisen panoksen kulttuurinen arvo vertautuu täysin siihen arvoon, joka omistamisella on markkinatalouden kannalta. Juuri tämä rinnastus nousee keskeiseksi, kun tarkastellaan tekijänoikeuden suojaa suhteessa *muihin* perusoikeussuojaa nauttiviin oikeuksiin.

Tekijänoikeus ja sen ydin onkin säädöstasolla suojattu erittäin vahvasti. Siitä on säädetty sekä Suomen TekijäL:ssä ja perustuslain säännöksissä että YK:n ihmisoikeuksien julistuksessa ja EU:n perusoikeuskirjassa. Tämä säädöspohja liittää tekijänoikeuden paitsi omaisuuden suojaan ja elinkeinovaapauteen myös ainakin neljään muuhun edellä viitattuun perusoikeuskategoriaan: (1) sananvapauteen, (2) sivistyksellisiin oikeuksiin, (3) yksityisyyden suojaan ja (4) oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.

Tekijänoikeutta voidaan siis perusoikeusjärjestelmässä nimittää *moniulotteiseksi* perusoikeudeksi. Siihen soveltuvat täysimääräisesti kaikki perusoikeuksien sitovuutta määrittävät ehdot. Hallituksen esityksessä eduskunnalle perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp) käsiteltiin seikka-peräisesti näitä ehtoja. Tekijänoikeutta voidaan perusoikeutena rajoittaa tai poiketa sen perusoikeudellisesta statuksesta ainoastaan, jos (a) rajoitukset perustuvat lakiin, (b) rajoitukset ovat täsmällisiä ja tarkkarajaisia, (c) ne perustuvat hyväksytyihin perusteisiin ja ovat (d) suhteellisuusvaatimuksen mukaisia. Edelleen ehdotuksessa todetaan, että *tavallisella lailla ei voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta*. Sellainen rajoitus olisi kysymyksessä, mikäli se kohdentuisi teoksen taloudelliseen hyödyntämiseen eli siihen määrittämiseen, josta edellä oli henkis-taloudellisen panoksen yhteydessä puhetta. Otan äskeiset rajoitusehdot lähtökohdiksi, kun tarkastelen seuraavassa sananvapauden suhdetta tekijänoikeuteen.

Perusoikeuksien priorisointi suuntaan tai toiseen on edellä todetulla tavalla selkeästi *perustuslain vastainen*, eikä priorisointia voida perustuslakitasoisen säädöstuen puuttuessa ”johtaa” sellaisista yleisistä ja epämääräisistä argumenteista kuin ”tietoyhteiskunta” tai ”yksilön oikeus informaatioon”.

Priorisointi sananvapauden suuntaan on yhteiskuntapoliittinen kannanotto de lege ferenda, *ei juridinen argumentti*.

Tullakseen *oikeudellisesti merkitykselliseksi* viittauksen sananvapauden ensisijaisuuteen on saatava tuki (1) perustuslain sanamuodosta, (2) perustuslain esitöistä ja/tai (3) perustuslakivaliokunnan käytännöstä. Käytössäni ollut aineisto ei osoita, että näistä oikeuslähteistä on saatavissa sanottu tuki. Perusoikeusjärjestelmää olisi ydinosaltaan muutettava, jotta argumentilla voisi olla painoarvoa. Viittaus ”yksilön oikeuteen vastaanottaa informaatiota” sananvapauden priorisoinnin perusteluna on ainoastaan ns. *suostutteluargumentti*, jonka taakse kätkeytyy argumentin käyttäjän oma pidättyvä tai kielteinen *poliittinen* kanta omaisuuden suojaan nähden.

Tekijän näkökulmasta katsottuna sanan- ja taiteen vapaus takaavat tekijöille ns. negatiivisen vapauden eli julkisen vallan puuttumiselta vapaan oikeuspiiriin. Asia voidaan ilmaista – niin kuin edellä tehtiin – myös sanomalla, että sananvapaus merkitsee *sensuurin kieltä*. Tekijälle ei voida asettaa lähtökohtaisesti minkäänlaisia kieltoja ilmaista ajatuksiaan kirjallisessa muodossa, näyttämötaiteessa, kuvallisesti tai musiikillisesti. Sikäli kuin rajoituksia on voimassa olevassa oikeudessa tai niitä vastaisuudessa säädetään, niiden perusta on *eettis-siveellinen* (esimerkiksi pornografiaan ja väkivallan näyttämiseen liittyvät kiellot). Nämä rajoitukset jätetään jatkossa sivuun. Tyydyn toteamaan, että sanan- ja taiteen vapaus on tekijän kannalta korostetusti (vaikka ei yksinomaan) *tekijän ja julkisen vallan välinen asia*.

Kansalaisen näkökulmasta sananvapaudella on kokonaan toinen sisältö. Kansalaisella tulee olla *vapaus ottaa vastaan viestejä* kenenkään sitä ennakolta estämättä. Tämä sananvapauden ulottuvuus on taattu tekijänoikeutta koskevassa lainsäädännössä monilla eri tavoilla. Seuraavassa luetellaan tärkeimmät niistä asioista, joita tekijänoikeus *ei suojaa*:

1. Tekijänoikeus ei rajoita *tietojen ja ajatusten vaihtoa*, sillä tekijänoikeus ei ulotu tietoihin, ideoihin eikä periaatteisiin. Teokseen sisältyvät tiedot saa toistaa vapaasti, ideoita ei suojata, ei myöskään kaavaa tai teoriaa taikka tutkimustyön tuloksia.
2. Tekijäl 2 luvun *lainaussäännökset* mahdollistavat muiden teosten lainaamisen ilman tekijän lupaa. Olennaisia vapauksia ovat tässä suhteessa mm. siteeraus oikeus (Tekijäl 22 §), sanomalehdistön lainausoikeus (Tekijäl 23 §), päiväntapahtumien toisintaminen radio- ja televisioliähetyksissä (Tekijäl 25b §) ja julkisten lausumien toisintaminen (Tekijäl 25c §).

3. *Yksityisyyden suoja* on otettu huomioon sallimalla yksityinen kopiointi käyttäjän itsensä tarpeisiin. Korvaus oikeudenhaltijoille on järjestetty yksityisen kopioinnin hyvitysmaksulla.
4. Lähetystoiminnan *sopimus- ja pakkolisenssisäädöksissä* on oikeudenhaltijoiden omaisuudensuojaa kavennettu sananvapauden hyväksi lujittamalla kansalaisen oikeutta viestin vastaanottamiseen. Vastaavalla tavalla teosten kopiointi oppilaitoksissa ja yrityksissä on mahdollistettu sopimuslisenssin avulla.
5. TekijäL 2 luvussa olevat lukuisat *kirjastojen, arkistojen ja museoiden* hyväksi tehdyt rajoitukset edesauttavat teosten taltiointia ja käyttäjien mahdollisuuksia päästä nauttimaan teoksista. Ne tukevat osaltaan kansalaisten sivistyksellisten oikeuksien toteutumista (TekijäL 15 ja 16 §:t sekä vammaisia koskeva TekijäL 17 §).
6. *Oikeudenhoitoon ja hallintoon* liittyvistä asiakirjoista saa vapaasti tietoa, jos niitä ei ole erikseen salaisiksi julistettu. TekijäL 25d §:n mukaan tekijänoikeus ei rajoita oikeutta saada tietoa yleisestä asiakirjasta (ks. myös TekijäL 9 §).

Sananvapaus on siten turvattu kaikille kansalaisille erittäin *laajamittaisesti ja tehokkaasti*. Ei ole helppoa nähdä, missä nimenomaan tekijänoikeuteen vetoaminen estäisi *yksityisen* kansalaisen relevanttia oikeutta vastaanottaa informaatiota vapaasti. On näet syytä todeta sekin, että tekijänoikeuteen vetoaminen on *vapaaehtoista*. Tekijä voi ensinnäkin itse päättää, julkistaako hän ylipäänsä teoksensa ja toiseksi, antaako hän teoksensa vapaasti käytettäväksi vai haluaako käytöstä korvauksen. Käytännössä tekijä haluaa valtaosassa tapauksia teoksensa julkisuuteen, koska julkistaminen on myös tekijän intressissä. Tosiasiallisesti kansalainen saa siis laajemmin informaatiota kuin rajoitukset konsanaan sallivat.

Tekijänoikeuden ja sananvapauden välinen jännite ei tulekaan esille suhteessa kansalaisen tavanmukaiseen ja tärkeään informaation vastaanottamiseen. Se nousee esiin ainoastaan silloin, kun *tekijän omaisuuden ja elinkeinonvapauden suoja asettuu sananvapautta vastaan*, toisin sanoen silloin, kun informaation vastaanottamista vaaditaan *maksutta*. Tällöin on kysymys siitä ja nimenomaan siitä, salliiko julkinen valta sen, että tekijän teokseen pane ma henkinen ja joskus taloudellinenkin työpanos riistetään häneltä korvauksetta. Minkään muun työpanoksen osalta se ei olisi mahdollista. Ovathan työ ja työvoimakin erityisessä suojeluksessa. Työlainsäädännön mukaan työn tekijän on kaikissa oloissa saatava palkka työstä, jollei korvauksettomuus-

desta ole erikseen sovittu. Kenellekään ei tule mieleen säätää lakeja, joissa työntekijä *velvoitetaan* tekemään työtä palkatta.

Puolustettaessa edellä kuvattua laajempaa kansalaisen oikeutta vastaanottaa informaatiota on joskus viitattu *tietoyhteiskunnan* vaatimuksiin. Kysymyksessä on enemmän iskulauseen luontoinen argumentti kuin todellinen peruste. Ensinnäkin ”tietoyhteiskunta” on käsitsekaannus, olkoonkin, että ilmaisu on tullut ehkä jäädäkseen julkiseen puheeseen. Käsite ”tietoyhteiskunta” viittaa siihen, että elämme aikaa, jolloin nimenomaan tiedolla on korostettu merkitys. Näin epäilemättä on, mutta tällöin on välttämätöntä suhteuttaa aikamme edeltäviin aikakausiin, joissa jokaisessa tiedolla on ollut kehitystä suuntaava voima. Olennaista nykyajalle onkin *informaatiotulva*. Siihen ja eräisiin tässä sivuun jääviin perusteisiin viitaten *Ilkka Niiniluoto* onkin suosittanut käsitteen ”tietoyhteiskunta” sijasta käytettäväksi käsitettä ”*informaatioyhteiskunta*”. Informaatiota ihminen vastaanottaa jatkuvasti kasvavan määrän jopa niin, että se aika ajoin tukkii informaatiota käsittelevät laitteistot. Tämä informaatio ei kuitenkaan ole likikään aina tietoa, jos tieto ymmärretään *perusteltuna ja totena informaationa*. Asialla on merkitystä myös esillä olevan perusoikeusongelman kannalta.

Kansalaisella on lain suojaama oikeus ottaa vapaasti vastaan *tietoa*. Sen takaavat tiedon ja ideoiden käyttövapaus, sitaattivapaus, yksityinen kopiointi ja sopimusjärjestelyjen tuomat teosten käyttömahdollisuudet, kirjasto- ja arkistopalvelut sekä oikeudenhoidon vaatima julkisuus. Tiedon saanti on jo nyt turvattu niin laajasti kuin se avoimessa ja demokraattisessa oikeusvaltiossa tuleekin turvata. Tämän vapauden olemassaolosta vakuuttuu jokainen, joka työskentelee päivittäin tieteellisen tutkimuksen alueella.

Kansalainen taas saa yltäkylläisesti myös muuta informaatiota esimerkiksi musiikin ja kuvan välityksellä. Viittaaminen *tietoyhteiskunnan* erityistarpeisiin ei ole peruste väittää, että kansalaisen *tiedon* tarve on vaarassa, jos tekijänoikeuden kovaa ydintä suojataan perustuslaissa ja sitä alemmanasteisissa normeissa vaatimalla esimerkiksi *musiikin* osalta käyttökorvausta. Käyttökorvaus ei koske tiedon hankintaa yhteiskunnassa.

Erotan seuraavassa kaksi eri *perustelutyyppiä*, joita voidaan käyttää kahden tai useamman perusoikeuden joutuessa ristiriitaan toistensa kanssa. Edellä viitattu perusoikeusmyönteinen tulkinta ei tällöin sovellu lain säätämistavalla käyttöön. Perusoikeusmyönteisyydellä ei tällaisessa asetelmassa ole mieltä, koska avoimeksi jää, *minkä oikeuden* suuntaan olisi oltava tulkintamyönteinen. Punnintatilanteessa perusoikeusmyönteisyys on siis looginen mahdottomuus. Toisaalta ei ole myöskään olemassa sellaista ”toisen tason”

(metatason) perusoikeuskategoriaa, joka ratkaisisi kahden perusoikeuden kollision. Optimaalinen yhteensovitus edellyttääkin muunlaisia lisäargumentteja. Nimitän niitä perusoikeusjärjestelmän *sisäisiksi* ja *ulkoisiksi* peruste-luiksi.

Sisäisiä argumentteja on ainakin neljä kategorialla: (a) perustuslain sää-nösten sanamuoto, (b) perustuslain systematiikka (sisäinen logiikka), (c) perustuslain valmistelutyöt ja (d) perustuslakivaliokunnan kannanotot. Nämä perusteet vertautuvat tavanomaisessa laintulkinnassa käytettäviin pakollisiin oikeuslähteisiin. Niitä käytettäessä ei mennä ”perustuslain ulkopuolelle”. Sisäiset perusteet ovat käytössä ennen muuta ennakkovalvonnassa, toisin sanoen silloin, kun arvioidaan säätämisjärjestystä eli kysymystä, onko sää-dettävä laki sopusoinnussa perustuslain kanssa.

Ulkoisia perusteluja ovat viittaukset yhteiskunnallisiin ilmiöihin, tosiseik-koihin tai tapahtumiin, kuten informaatioyhteiskunnan tilaan, oikeuskäytän-töön, historialliseen kehitykseen, vertaileviin näkökohtiin tai esimerkiksi Suomen ratifioimiin sopimuksiin. Tällaisten argumenttien varassa muute-taan jonkin perusoikeuden *statusta*, esimerkiksi kajotaan omaisuudensuo-jan edellä tarkoitettuun kovaan ytimeen. Sitä ei voida muuttaa sisäisin argu-mentein, jotka vain paljastavat, mikä on kunkin oikeuden ydinalue. Jos siis pysytellään *perustuslain tulkinnassa* ja sen sisältämien periaatteiden keski-näisessä punninnassa, ulkoisilla argumenteilla ei ole käyttöä. Niiden merki-tys on järjestelmä aidossa muuttamisessa. Hyvänä esimerkkinä ovat *luon-taisoikeudelliset moraaliperiaatteet* (esimerkiksi ihmisoikeudet), jotka ai-kanaan olivat *systemin ulkoisia* näkökohtia, mutta jotka perusoikeuksiksi kiteytettyinä muuttuivat oikeudelliseksi periaatteiksi (sisäisiksi argumenteik-si).

YHTEENVETO

Tiivistän seuraavassa tekijänoikeuksien perustuslaillisen suojan nimenomaan *perustuslain sisäisen logiikan näkökulmasta*. Kohdistan erityisen huomion siihen tekijänoikeuden käsitesisältöön, joka on perustuslaissa erityisen vah-vasti suojattu. Juuri siitä on kysymys silloin, kun keskustellaan tekijällä ole-vien perusoikeuksien suhteesta muihin perusoikeuksiin. Esitykseni on laa-dittu lyhyiden, perustuslain ja sen sisäisistä argumenteista johdettujen väit-teiden tai teesien muotoon. Väitekokonaisuudesta voidaan *johtaa* vastaus

tekijänoikeuden perustuslailliseen suojaan. Jos johtopäätös halutaan riitauttaa, on riitautettava sen perustelut. *Tekijänoikeuden ydinsisältöä* kuvaavat teesit ovat aikaisempaa kerraten seuraavat:

Tekijänoikeus kuuluu perustuslaissa *omaisuudensuojan* piiriin, mistä seuraa, että tekijällä on oikeudenomistajana omistajan määräämisvalta teokseen, mikäli perustuslaista tai sen nojalla annetuista säännöksistä ei muuta johdu. Tässä tarkoitettu määräämisvalta on luonteeltaan sekä taloudellista, oikeudellista että moraalista. Määräämisvalta on osa tekijänoikeuden ”omistusoikeudellista” kovaa ydintä. Jo yksin omaisuudensuojasta johtuu, että tekijää ei voida velvoittaa luovuttamaan *korvauksetta* henkisen ja taloudellisen työstä tulosta kolmannelle. Sellainen vaatimus sisältää vaatimuksen pakko-otosta ja se vertautuu näin ollen pakkolunastukseen, joka on erikseen ja rajaavasti säännelty perustuslaissa.

Tähän liittyy hallituksen esityksen (HE 177/2002 vp) *laillisen lähteen vaatimus*: ainoastaan sellaista teoskappaletta saa käyttää, joka on valmistettu *tekijän suostumuksella* tai muuten laillisesti tai joka on välitetty tekijän suostumuksella tai muuten laillisesti käyttäjän saataville. Säännöksellä turvataan tekijän edellä mainittu oikeus omaan teokseensa ja estetään se, että joku ottaa teoksen korvausta maksamatta käyttöön eli syyllistyy luvattomaan käyttöön. Sääntely on täysin tekijänoikeuden ytimen mukainen, eikä rajoita myöskään millään tavalla asiallisin perustein määräytyvää sananvapautta.

Tekijällä on perustuslaissa suojattu *elinkeinovapaus*, joka sekin sisältää oikeuden nauttia oman elinkeinonsa tuottamasta taloudellisesta hyödystä, jos hyötyä ei ole hankittu lainvastaisella keinolla.

Tekijällä on sananvapauteen liittyvä *ilmaisuvapaus*, joka suojaa tekijää julkisen vallan sensuuroitoimilta. Tekijä voi tämän mukaisesti itse vapaasti päättää, luovuttaako hän teoksen esimerkiksi julkiseen levitykseen vai ei. Edellä tätä nimitettiin tekijän *itsemääräämisoikeudeksi*.

Tekijänoikeuslain systematiikka perustuu siihen, että ensin säädetään tekijän oikeuksista ja sen jälkeen niihin tehtävistä rajoituksista. Siitä seuraa loogisesti, että tekijän määräämisvapautta ei perustuslain sisäisin argumentein voida rajoittaa ohi tai yli keskeisalueensa edes tilanteissa, joissa *jonkin toisen perusoikeuden toteuttaminen sitä näyttäisi edellyttävän*. Tekijänoikeutta vastassa on tässä mielessä nimenomaan sananvapaus ja sananvapaus erityisesti kansalaisyhteiskunnan näkökulmasta.

Sananvapauden ydin on kansalaisen oikeus viestien vapaaseen vastaanottoon. Siitä *ei seuraa loogisesti*, että kansalaisella olisi oikeus saada informaatio *korvauksetta* (vrt. laillisen lähteen vaatimus). Tällainen seuraamus-

suhde voidaan vapaan informaation vastaanoton ja korvauksettoman vastaanottamisen välille konstruoida ainoastaan edellytyksin, että viestin vapaa vastaanotto on jo *määritelty* korvauksettomaksi. Toisin sanoen: jos viestin vapaaseen vastaanottoon vedoten katsotaan voitavan rajoittaa tekijänoikeutta ja evätä tekijältä käyttökorvaus laajemmin kuin voimassa olevissa säädöksissä määrätään, on kannanottoon piilotettu julkilausumaton määritelmä, ja määritelmään samalla piilotettu perustuslain sisäisen logiikan vastainen poliittinen kannanotto.

Kun sananvapaus asetetaan tekijänoikeuden kanssa vastakkain ja arvioidaan kummankin *painoarvoa* suhteessa toisiinsa, on siis ensin täsmennettävä molempien *ydinsisältö*. Ollakseen perusoikeus omaisuuden suojan yhtä hyvin kuin sananvapauden tai sivistyksellisten oikeuksien on *kaikkien* toteuttava olennaisilta osiltaan myös silloin, kun niiden välillä vallitsee kolli-sio.

Ydinsisällön käsitettä voitaneen puolestaan havainnollistaa kieliteorioiden usein käyttämällä vertauksella sisäkkäisistä ympyröistä. Sisimmän kehän sisällä on ilmaisun (sanan) ”kova ydin”, sen perusmerkitys. Tultaessa sisäkehältä ulospäin merkitys ohenee kunnes ylitetään merkitysalueen uloin-kin raja: sanan käyttöalue loppuu. Näin on havainnollistettavissa myös eri perusoikeuksien rakenne silloin, kun niitä tarkastellaan *suhteessa toisiinsa* ja arvioidaan sitä optimipistettä, johon yhteensovituksessa pyritään.

Perusoikeusperiaatteiden, esimerkiksi omaisuuden suojan, elinkeinova-pauden ja sananvapauden, keskinäisessä *punninnassa* kaikki ovat samanar-voisia kokonaisuuden osia. Kun tietystä perusoikeudesta leikataan jotakin pois, leikkauksen kohteena on sanotun perusoikeuden kannalta tärkeitä mutta *yhteensovitusta ajatellen* ulommalle kehälle kuuluvia sovellusalueita. *Yh-denkään oikeuden kovaan ytimeen ei voida rajoittavasti kajota muuttamatta tuota perusoikeutta koskevaa perustuslaillista sääntelyä.*

Tämä on selvää jo alan kansainvälisten sopimusten perusteella. Esimerkiksi WIPO-sopimukset, jotka hallitus esittää hyväksyttäväksi, samaten kuin Bernin sopimus, lähtevät siitä, että taloudellisten oikeuksien rajoitukset ovat sallittuja ainoastaan, jos (1) rajoitus koskee tiettyjä erityistapauksia, (2) rajoitus ei ole ristiriidassa teoksen tavanmukaisen käytön kanssa ja (3) rajoitus ei haittaa kohtuuttomasti tekijän oikeutettuja etuja. Nämä ehdot sisältyvät myös Euroopan unionin tietoyhteiskunnan tekijänoikeuksia koskevaan di-rektiiviin (2001/29/EY). Ehdot kieltävät selkeästi kaikki tekijänoikeuden ytimeen kohdistuvat rajoitukset ja näin ollen ne myös estävät, että eri oi-keuksien *keskinäisessä punninnassa* kajotaan tähän ytimeen.

.....

Markku Helin

Sukupolvien väliset eturistiriidat perheoikeudessa

ALUKSI

Oikeudelliseen kapulakieleen on viime vuosina pyrkinyt uusi termi ”suvaus”, jolla tarkoitetaan lainsäädännön vaikutusten arviointia sukupuolten välisen tasa-arvon kannalta. Mielenkiinto on tällöin siinä, miten laki kohtelee miehiä ja naisia. Sukupuolien välinen ero on kuitenkin vain yksi jaottelu, jonka kannalta lainsäädäntöä voidaan tarkastella. Ihmiset eroavat toisistaan muutoinkin kuin sukupuoleltaan, ja jotkut eroista voivat olla sukupuolieroa tärkeämpiä.

Tässä kirjoituksessa pyrin perheoikeuteen rajoittuen esittämään muutamia huomioita siitä, miten lainsäädäntö suhtautuu eri sukupolvien välisiin intressikonflikteihin. Mitkä ikäpolvet ovat suosiossa silloin, kun lainsäätäjät jakaa oikeuksia ja vapauksia tai asettaa velvollisuuksia ja sidonnaisuuksia? Tämä näkökulma ei ole sanottavasti ollut politiikassa esillä ja oikeuskirjallisuudessakin se on saanut vain vähän huomiota. Tilanne saattaa muuttua nyt, kun suuret ikäluokat yli 40 vuotta yhteiskunnan hyväksi työskenneltyään siirtyvät vähitellen eläkkeelle. Tällöin syntyy kysymys, onko seuraavilla sukupolvilla resursseja täyttää näin syntyvä tila ja solidaarisuutta osallistua muutoksen aiheuttamiin kustannuksiin. Suurilta ikäluokilta kysytään puolestaan sitä, onko heillä väestörakenteen keikahtaessa epäedulliseksi valmiutta luopua osittain niistä eduista, joita he olivat turvaamassa omille vanhemmilleen.

Useimmilla siviilioikeuden alueilla kysymys siitä, miten oikeusjärjestys suhtautuu sukupolvien välisiin ristiriitoihin, olisi hedelmätön. Esimerkiksi sopimusoikeudellinen sääntely on sukupolvineutraalia. Oikeudet ja velvollisuudet eivät riipu siitä, mihin sukupolveen yksilö kuuluu, eikä sääntely myöskään kausaalisisa seurauksinaan näytä aiheuttavan etujen tai velvollisuuksien systemaattista kasautumista jollekin tietylle ikäpolvelle.

Ympäristöoikeudessa tilanne on jo toinen. Kestävän kehityksen turvaamistavoite pakottaa miettimään ratkaisuja, joilla luonto säilyy elävänä ja hyödyntämiskelpoisena seuraavillekin polville. Tämä edellyttää, että eri sukupolvien välinen intressikonflikti otetaan huomioon ja ratkaistaan rajoittamalla nykypolven tapoja käyttää luonnonvaroja. Vilkas keskustelu on käynnissä siitä, voidaanko lakitasolla tapahtumassa oleva muutos hallita perinteisen systematiikan tarjoamin välinein. Vai onko oikeudenalan subjektirakennetta tarpeen muuttaa siten, että luonnon hyödyntämiselle asetettavat rajoitukset konstruoidaan oikeuksiksi, joiden subjekteina pidetään luontoa, eläin- ja kasvikuntaa tai ehkä tulevia ihmispolvia?

Myös perheoikeudessa eri sukupolviin kuuluvien välillä vallitsee usein intressikonflikteja, ja osa perheoikeudellisesta sääntelystä voidaan ymmärtää lainsäätäjän ratkaisuihin. Kuten ympäristöoikeudessa, perheoikeudessaakin katse suunnataan kauas. Jo *Savigny* huomautti siitä, että perheoikeudellisille oikeussuhteille on leimallista niiden pitkäkestoisuus. Perheoikeudelliset statussuhteet ovat usein elämänikäisiä, kun taas sopimussuhteet tavallisesti syttyvät ja sammuvat kuin majakan valo merellä.

Tärkeä syy sille, että perheoikeuden normeja voidaan tarkastella ”sukupolvivaikutusten” näkökulmasta, on perheoikeuden subjekteissa ja subjektirakenteessa. Varallisuusoikeudessa subjektius on pitkälle abstrahoitunut. Kuka tahansa luonnollinen tai juridinen henkilö – jopa mahdollinen tuleva henkilö – kelpaa sijoitettavaksi siihen solmukohtaan, jota oikeusasemaksi sanotaan. Varallisuusoikeudellinen asema on lisäksi yleensä vapaasti luovutettavissa. Varallisuusoikeuden subjekti pääsee siten tavallisesti roolistaan helposti eroon, jos se jotenkin ahdistaa. Uusi subjekti tulee puolestaan yleis- tai erityis seuraannon tapahduttua yleensä samaan asemaan, missä edeltäjä oli. Oikeuden sisällön kannalta on tavallisesti yhdentekevää, kuka on oikeuden subjektina.

Perheoikeudessa on toisin. Sen oikeussubjektit ovat luonnollisia henkilöitä, siis ihmisiä, ja perheoikeuden subjektirakenne on paljolti muotoutunut sukulaisuussuhteiden pohjalle. Perhesuhteitaan ei yleensä voi myöskään siirtää toiselle, ei ainakaan kaupallisten mekanismien kautta. Näin oikeusjärjestys panee ihmisen paikalleen. Yksilö saa juuret ja liittyy osaksi sukupolvien välistä ketjua. Mutta jälkimodernin ajan individualistinen ihminen ei läheskään aina ole tyytyväinen paikkaan, joka hänelle on osoitettu, vaan tahtoo muuttaa asemaansa. Osa perheoikeuden dynamiikkaa kumpuaa tästä tyytymättömyydestä.

Tässä kirjoituksessa tarkastellaan sitä, minkä painon lainsäätäjä on eräissä perheoikeudellisissa kysymyksissä antanut eri sukupolvia edustavien ihmisten intresseille. Aiheen tyhjentävään käsittelyyn ei pyritä, pikemminkin

vain nostamaan asia esille. Aihe on mielestäni sovelias koottaessa juhlakirjaa *Ahti Saarenpäälle*, joka on tutkimuksissaan johdonmukaisesti pitänyt esillä henkilöoikeudellista näkökulmaa.¹

Aluksi tarkastelen lyhyesti perhelainsäädännön muutoksia 1900-luvun loppupuolella. Tarkoituksena on löytää tendenssejä, jotka osoittaisivat, miten lainsäätäjät on painottanut eri sukupolvien intressejä. Sen jälkeen arvioin lainsäätäjän viimeisimpiä tuotoksia tarkoituksena selvittää, miten hyvin ne sopivat tuohon linjaan. Lopputulos – sanottakoon se jo nyt – viittaa siihen, että muutosta on tapahtumassa. Parhaassa iässä oleva keskipolvi näyttäisi tulevan ymmärretyksi paremmin kuin aikoihin. Lapsille ja vanhuksille taitavat sitä vastoin koittaa entistä kovemmat ajat lainsäätäjän painottaessa keskipolven intressejä.

1900-LUVUN LOPPUPUOLEN SUURI LINJA

”Sinun lapsesi eivät ole sinun lapsiasi.” Noin 60-vuotiaiden ikäpolvessa on tuskin ketään, joka ei muistaisi *Kristiina Halkolaa* esittämässä tätä laulua ohuehkolla mutta vangitsevalla äänellään. *Kahlil Gibranin* teksti, johon laulu perustuu, voisi olla tiivistelmä siitä, mistä 1960- ja 1970-luvun taitteessa alkunsa saaneessa lapsioikeuspolitiikassa oli kysymys. Haluttiin poistaa lainsäädäntö, jossa vanhemmat pääsivät omista tavoitteistaan käsin määräämään sen, millaisen aseman lapsi saa. Lasten katsottiin olevan jotakin aivan muuta kuin hyödykkeitä, joita tilaaja hankkii haluamillaan ehdoilla. He eivät olleet vanhempiansa omaisuutta, vaan ”itseään kaipaavan elämän poikia ja tyttöriiä”. Heidän asemaansa koskeva lainsäädäntö kosketti eniten heitä itseään ja siksi se oli myös laadittava heidän intressejään painottaen.

Lapsikeskeinen näkökulma sai ensimmäisen toteutuksensa avioliiton ulkopuolella syntyneiden lasten asemaa koskeneessa uudistuksessa vuonna 1975. Isälle perinteisesti kuulunut valta määrätä siitä, saiko avioliiton ulkopuolella syntynyt lapsi isän, poistettiin. Mutta määräämisvaltaa ei annettu äidillekään. Kaksipuoliset sukulaisuussuhteet olivat lapselle resurssi, josta

¹ Saarenpään mukaan aineellisen henkilöoikeuden keskeinen käsite on itsemääräämisoikeus. Ks. *Saarenpää, Ahti*: Henkilöoikeus p. 128 teoksessa *Encyclopædia Iuridica Fennica* III p. 125–131, Helsinki 1996. Perheioikeuden sukupolvivaikutuksissa on käsitykseni mukaan puolestaan kyse siitä, että tiettyyn sukupolveen kuuluvan määräämisoikeutta on rajoitettu toiseen sukupolveen kuuluvan hyväksi.

vanhemmat eivät voineet sitovasti määrätä. Lapselle sitä vastoin annettiin määräämisvaltaa. Täytettyään 15 vuotta lapsi saattoi estää oman sukuasemansa muuttamisen. Muiden tähän tähtäävät intressit arvioitiin lapsen intressejä kevyemmiksi.

Muutamaa vuotta myöhemmin sama ajatus toteutettiin lapseksiottamista koskeneessa uudistuksessa. Ottolapsisuhteista tehtiin vahvoja, toisin sanoen purkamattomia. Toiminnan tavoite oli lasten auttaminen. Pyrkimyksenä ei ollut hoitaa lapsettomuutta tai toteuttaa muitakaan vanhemmiksi halukkaiden tavoitteita, vaan etsiä lapselle hyvä koti. Sama tavoite näkyy vahvana myös kansainvälisiä adoptioita koskevassa Haagin yleissopimuksessa vuodelta 1993. Lapseksiottamista koskevien asioiden parissa merkittävän elämäntyön tehnyt *Elina Rautanen* tiivisti ajatuksen sanomalla, että tavoitteena on etsiä lapselle kotia eikä kodille lasta. Tämä tavoitteiden hierarkia ei luonnollisesti estänyt sitä, että jälkimmäinenkin tavoite samalla toteutui. Mutta sitä ei saanut toteuttaa päätavoite unohtaen.

Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva laki täydensi vuonna 1983 sääntelyn, jossa lapsen intressit nostettiin muiden osapuolten etujen edelle. Huoltoa koskeva ratkaisu oli tehtävä lapsen edun mukaisesti, ei siis lähtien äidin tai isän etusijasta tai muusta vanhempien suhteeseen liittyvästä seikasta, kuten siitä, kumpi oli syyllinen suhteen rikkoutumiseen. Kaikissa mainituissa laeissa pääpaino oli lapsen intresseillä. Heidän vanhempiensa, toisin sanoen keskipolven, oli mukauduttava siihen, että heidän intressinsä saattoivat toteutua vain jos lapsen edusta oli ensin huolehdittu.

Keskipolven ja vanhimman polven välisen suhteen sääntely oli lapsioikeudellisia kysymyksiä selvästi vähemmän esillä. Näiden sukupolvien välinen intressikollisio tuli kuitenkin ratkaistavaksi perintökaaren uudistuksessa, joka koski lesken asemaa tilanteissa, joissa perittävältä oli jäänyt rintaperillisiä. Vuonna 1965 toteutetussa perintökaaren uudistuksessa leskeä oli suojattu oikeastaan vain tilanteissa, joissa perittävältä ei jäänyt rintaperillisiä. Jo 1970-luvulla uudistuksen katsottiin tältä osin jääneen puolittiehen. Keinoksi valittiin vuonna 1983 toteutuneessa uudistuksessa lesken asumisen suojaaminen antamalla leskelle käyttöoikeus asuntoon. Perittävän rintaperillisten, käytännössä keskipolven kuuluvien, oli tyydyttävä tähän siinäkin tapauksessa, että oikeus lakiosaan tämän seurauksena heikkenisi.

Sukupolvivaikutuksia sisältäneissä uudistuksissa trendi oli siten varsin selkeä 1970-luvulta vuosituhannen loppuun: keskipolven asiana oli joustaa. Lainsäätäjän tehtävänä oli tukea heikommaksi katsottujen sukupolvien, lasten ja vanhusten, asemaa.

NYKYAJAN ILMIÖITÄ

Sukupolviherkät sääntelyn alueet

Perheoikeudessa on 2000-luvun alkuvuosina toteutettu monia uudistuksia, joissa kysymys sukupolvien erilaisten intressien painottamisesta ei ole ollut tärkeä. Ajankohdan periaatteellisesti merkittävin uudistus, parisuhdelaki (950/2001) on tällainen. Kansainvälistä perheoikeutta koskeneet uudistukset ovat samalla tavoin sukupolvineutraaleja.

Lapsen asemaa koskevassa sääntelyssä tilanne on toinen. Jos isyys- ja äitiyskysymyksissä tai muissa lapsen asemaa koskevissa kysymyksissä maksimoidaan lapsia tuottavan sukupolven määräämisvalta, se on lapsilta pois ja päinvastoin. Perintökysymyksissä ovat puolestaan usein vastakkain sukupolven ja väistyvän polven intressit. Lakiosakysymyksissä intressikonflikti esiintyy puhtaimmillaan. Kysymys on käytännössä siitä, painotetaanko väistyvän sukupolven vai heidän 40–50-vuotiaiden lastensa intressejä.

Lapsen asemaa koskevat kysymykset ovat viime vuosina tulleet esille oikeusgeneettisiä isyystutkimuksia ja hedelmöityshoitoja koskevien lainsäädäntöhankkeiden yhteydessä. Myös lakiosakysymykset ovat olleet esillä hallituksen annettua vuonna 2000 esityksen, joka koski lakiosan laskutavan muuttamista (HE 77/2000). Esityksen mukaan lakiosaa laskettaessa ei enää olisi otettu huomioon perittävän antamia sellaisia lahjoja, joissa lahjoituksella ei ole yhteyttä perittävän kuolemaan, vaikka lahjoitus tosiasiasa suosi jotakin rintaperillistä toisiin nähden. Lakiosakysymykset tulivat keskusteluun myös perintökaaren uudistamistarpeita tarkastelleen työryhmän otettua kannan, jonka mukaan lakiosaoikeutta tulisi maltillisesti supistaa. Lakiosan perusturvakomission lähes kadottua työryhmä ei löytänyt vahvoja perusteita perittävän määräämisoikeuden pitkälle meneville rajoituksille.²

Seuraava tarkastelu rajataan lapsen asemaa koskeviin lainsäädäntöhankkeisiin. Lakiosakeskustelun analyysi vaatisi niin paljon tilaa, ettei se mahdu tämän kirjoituksen puitteisiin. Toinen syy jättää kysymys toistaiseksi sivuun on siinä, että lainsäädäntöelimet eivät mainittua suppeaa hallituksen esitystä lukuun ottamatta ole ottaneet tässä kysymyksessä kantoja, joista voitaisiin arvioida oikeuspolitiikan suuntia.³ Kuten tunnettua eduskunta hylkää laki-

² Ks. Perintökaaren uudistamistarpeet. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2004:6, s. 44–51.

³ Työryhmämietinnön lakiosaa koskevien ehdotusten saamasta lausuntopalautteesta ks. lausuntotiivistelmä Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2005:10, s. 17–19.

osan laskutapaan ehdotetun muutoksen. Päätös tehtiin siten keskipolven intressien hyväksi. Saatuaan toisen lapsen ihminen on perintölainsäädännön silmissä edelleen tuleva kalmo, jonka teot lapsiaan kohtaan voidaan panna ylös ja jolta voidaan vaatia korvausta aikanaan jaon päivänä. Argumentit, joilla hylkäävää päätöstä perusteltiin, koskivat kuitenkin lähinnä lakiesityksen valmistelutapaa, joten arviota siitä, miten eri sukupolvien intressejä olisi lakiosakysymyksissä painotettava, ei saatu.⁴

Oikeusgeneettiset isyystutkimukset

Veriryhmätutkimusten korvautuminen DNA-tutkimuksilla teki mahdolliseksi sen, että isyydestä voidaan hankkia selvitystä, vaikka mieheltä ei ole saatavissa veri- tai muuta kudospäätettä tutkittavaksi. Miehen asemesta voidaan tutkia hänen sukulaisiaan. Vastaavasti äidin näyte on mahdollista yrittää korvata äidin sukulaisilta otetuilla näytteillä. Perinnöllisyystieteen kehitys loi näin uuden juridisen ongelman. Syntyi kysymys, miten laajalti miehen tai äidin sukulaisia voidaan velvoittaa verinäytteen antamiseen lapsen isyyden selvittämiseksi.

Lainsäätäjä joutui ottamaan asiaan kantaa, kun hallitus antoi vuonna 2004 esityksen laiksi oikeusgeneettisestä isyystutkimuksesta (HE 56/2004 vp). Näytteen antamiseen velvollisten piirin määrittämisen teki vaikeaksi se, että näytteen tutkiminen tuottaa useissa tapauksissa myös tutkitun omaa geneettistä taustaa koskevaa informaatiota. Esimerkiksi tutkittaessa kuolleen isäehdokkaan sisaruksia saattaa paljastua, että nämä eivät biologisesti voi olla täyssisaruksia. Tällöin syntyy kysymys, onko lapsen isyyden selvittäminen niin tärkeää, että miehen sukulaiset on voitava velvoittaa näytteen antamiseen silläkin uhalla, että tutkimus samalla paljastaa jotakin tutkittujen tai näiden lasten alkuperästä.

Hallituksen esityksessä katsottiin, ettei näin ole. Mutta samalla haluttiin maksimoida lapsen resurssit ottamalla näytteen antamiseen velvollisten piiriin kaikki ne, joista oli saatavissa isyyttä koskevaa selvitystä ilman vaaraa siitä, että tutkimus tuottaa tutkittujen kannalta kiusallisia sivutuloksia. Tältä pohjalta ehdotettiin, että näytteen antamiseen voitaisiin velvoittaa paitsi äiti, lapsi ja oikeudenkäynnissä asianosaisena oleva mies, myös miehen ja äidin vanhemmat. Näiden konstellaatioiden tutkiminen ei sisällä edellä mainittua

⁴ Ks. LavM 15/2002 vp, s. 2–7.

riskiä. Jos esimerkiksi miehen isä ei biologisesti olekaan tämän isä, tutkimus tuottaa poissuljennan. Mutta sen perusteella ei voida päätellä, onko poissuljenta olemassa miehen ja lapsen vai miehen ja hänen isänsä välillä. Edes äiti, joka on varma miehen isyydestä, ei voi aukottomasti päätellä, että miehen ja hänen isänsä välillä on biologinen katkos, sillä tutkimuksessa tapahtunutta virhettä ei voida sulkea pois.

Eduskunnan lakivaliokunta hyväksyi näkemyksen, että rajauksen tulee perustua intressipunnintaan lapsen ja näytteen antamiseen velvoitettavien henkilöiden välillä.⁵ Samoin se asiantuntijoita kuultuaan yhtyi hallituksen esityksen kantaan, ettei edellä mainittuja kiusallisia sivutuloksia synny, jos velvollisten piiri rajataan hallituksen esittämällä tavalla.⁶

Punnitessaan osapuolten intressejä lakivaliokunta päätyi kuitenkin toiseen tulokseen kuin hallituksen esityksessä oli päädytty. Sen argumentaatiossa ei näy jälkeä ajattelusta, että lainsäätäjän tulisi tukea lapsen resursseja. Se toteaa, että yksilön henkilökohtaiselle koskemattomuudelle on annettava sitä enemmän painoa, mitä kauempana näytteen antamiseen velvoitettava henkilö on asian varsinaisesta asianosaispiiristä.⁷ Näin se päätyi ”arvioon, jonka mukaan sinänsä tärkeää pyrkimystä biologisen isyyden selvittämiseen ei voida ... pitää niin painavana, että kadonneen tai kuolleen miehen vanhemmat olisi siihen vedoten syytä vastoin tahtoaan viime kädessä pakkokeinoin velvoittaa alistumaan oikeusgeneettiseen tutkimukseen”.⁸

Ratkaisu merkitsee mielestäni selvää poikkeusta lapsioikeuden pitkästä linjasta. Lapsen isovanhempien tai mahdollisten isovanhempien intressiä välttää terveyskeskuksessa käyminen ja verinäytteen antaminen siellä pidettiin painavampana kuin lapsen intressiä isyysuhteen ja siitä seuraavien sukulaisuussuhteiden vahvistamiseen. Isovanhempien sukupolvi peittosi uuden sukupolven 6–0.

⁵ Ks. LavM 1/2005 vp, s. 3: ”(E)rilaissa isyyden selvittämiseen liittyvissä tilanteissa joudutaan punnitsemaan vastakkain yhtäältä lapsen mahdollisuutta saada isyys selvitettyksi ja toisaalta näytteen antamiseen velvoitettavien henkilöiden henkilökohtaisen koskemattomuuden ja yksityiselämän suojaa”.

⁶ ”Kun oikeusgeneettinen isyystutkimus tehdään miehen vanhemmista yhdessä, tutkimuksen tekijälle ei valiokunnan saaman selvityksen mukaan myöskään sinänsä paljastu, johtuuko isäksi oletetun miehen tutkimuksessa saama poissuljenta siitä, ettei mies ole lapsen biologinen isä, vai siitä, ettei hän ole vanhempiensa yhteinen lapsi.”

⁷ LavM 1/2005 vp, s. 3.

⁸ Ibid. s. 5.

Lapsen oikeus tietää alkuperänsä

Kysymys lapsen oikeudesta tietää alkuperänsä tuli ongelmaksi avustettua lisääntymistä koskevien menetelmien kehittyessä ja niiden käytön yleistyessä. Inseminaatioita luovutetulla spermalla oli tosin pienessä mittakaavassa tehty jo pitempään ennen kuin kiinnostus sääntelyyn heräsi. Toimintamallit olivat kehittyneet lääkärikunnan sisällä ilman laajempaa keskustelua. Tavoitteena oli auttaa sitä, joka tuli hoitoa hakemaan. Lääkärien keskuudessa inseminaatio saatettiin rinnastaa verensiirtoon. Molemmissa potilaaseen siirrettiin toisen kudosta. Se, että hoidon onnistuessa syntyi lapsi, sivuutettiin merkityksettömänä.

Kun avustettua lisääntymistä tarkastellaan sen tuloksena syntyneen lapsen kannalta, on selvää, että lapsella on asiassa intressi, joka tulee ottaa huomioon pelisääntöjä muotoiltaessa. Kun on käytetty luovutettuja sukusoluja, biologinen ja sosiaalinen vanhemmuus erkaantuvat toisistaan. Lapselle voi syystä tai toisesta tulla tarve selvittää, missä hänen biologiset juurensa ovat. Tiedonsaantioikeus on tällaisessa tilanteessa – *Ronald Dworkinin* termiä käyttäakseni – valttikortti, jota lapsi voi käyttää, jos hän itse niin päättää. Tiedonsaantioikeuden antaminen lapselle on myös yksilön arvoa kunnioittava ratkaisu. Tieto omasta alkuperästään on henkilökohtaisin asia, mitä on. Jos toiset voivat päättää, että yksilö ei tätä tietoa tarvitse, avataan näkymä yhteiskuntaan, jossa mitä tahansa voidaan salata.

Edellä kuvattu lääkärikunnan näkökulma vaikutti voimakkaana, kun keskustelu hedelmöityshoidoista alkoi. Se, että syntyvällä lapsella voisi olla asiassa jokin intressi, ei mahtunut tuohon näkökulmaan. ”Potilaan” toiveiden toteuttaminen, toisin sanoen vanhemmiksi haluavien intressin tyydyttäminen, oli ensisijainen tavoite. Sen ohella kannettiin huolta hedelmöityshoitojen taloudellisesta kannattavuudesta. Pelättiin, että toiminta supistuu, jos lapsi saa oikeuden tietää, kuka hänen biologinen isänsä tai äitinsä on. Ehkä luovuttajat kaikkoavat tai kenties vanhemmat eivät haluaakaan hoitoja, jos lapsesta ei tule kokonaan heidän omansa.

Saatettiin myös pelätä sitä, että asiakkaat siirtyvät hakemaan hoitoja sellaisesta maasta, jossa lapsella ei ole tiedonsaantioikeutta. Pelko siitä, että hedelmöityshoitoturismi siirtyy muualle, näytti meikäläisessä keskustelussa olevan kunniallinen argumentti. Vertailu ympäristöoikeuteen on tässäkin kohden kiintoisa. Ajatus, että esimerkiksi ilmastosopimus olisi jätettävä ratifioimatta sen vuoksi, että jokin toinen valtio jättäytyy sen ulkopuolelle, ei siellä nauti samaa arvostusta.

YK:n lapsen oikeuksien sopimuksen 7 artiklan mukaan lapsella on oikeus, mikäli mahdollista, tietää vanhempansa. Tämä olisi avannut ihmis- oikeusnäkökulmaa korostaville tutkijoille väylän tulla mukaan asiaa koskevaan oikeuspoliittiseen keskusteluun. Tätä mahdollisuutta käytettiin vain niukasti, mikä on huomionarvoista, kun muistetaan, millaisen roolin ihmis- ja perusoikeudet ovat muutoin saaneet oikeuspoliittisessa keskustelussa. Käytetyt puheenvuorot eivät sitä paitsi useinkaan tukeneet sitä, mitä edellä on pidetty lapsen intressinä. Saatettiin esimerkiksi väittää, että artikla ei lainkaan koskisi puheena olevaa tilannetta, toisin sanoen biologinen vanhemmuus ei olisi sellaista vanhemmuutta, jota artiklassa tarkoitetaan. Ajatus juurien selvittämisen tärkeydestä saatettiin myös torjua biologismina. Alkuperänsä etsivälle oltiin siis esittämässä, ettei hänellä voinut olla tällaisen tiedon nälkä.

Hedelmöityshoitolakia ei ole tätä kirjoitettaessa vielääkään saatu, sillä esityshdotukset ovat kaatuneet joko valtioneuvoston käsittelyssä tai sitten hallitus on vetänyt esityksensä takaisin, kun eduskunta on hallituksen käsityksen mukaan ollut säätämässä väärin. Uusin yritys (HE 3/2006 vp) on parhaillaan eduskunnan käsiteltävänä. Näyttää kuitenkin siltä, että kysymys lapsen oikeudesta tietää sukusolujen luovuttajan henkilöllisyys olisi poliittisessa prosessissa saamassa ratkaisunsa. Keskeisessä asemassa on perustuslakivaliokunnan lausunto (PevL 59/2002 vp), jonka valiokunta antoi edellisen hallituksen sittemmin peruutetusta esityksestä.⁹

Hallitus esitti, että lapsi olisi voinut saada tiedon luovuttajan henkilöllisyydestä vain, jos luovuttajista tehtyyn rekisteriin on merkitty luovuttajan suostumus tai jos luovuttaja muuten siihen suostuu. Tietoa haluava olisi voinut kääntyä rekisterinpitäjän, Terveysturvakeskuksen (TEO), puoleen, joka olisi tiedustellut luovuttajalta hänen suostumustaan. Perustuslakivaliokunta lähestyi lapsen tiedonsaantioikeutta perustuslain 10 §:ssä turvatun yksityiselämän suojan kautta. Se piti tämän säännöksen vastaisena sitä, että viranomaisella olisi henkilön alkuperästä sellaista tietoa, johon henkilöllä itsellään ei ole oikeutta. Tällainen tilanne olisi saattanut syntyä silloin, kun lapsi oli esittänyt TEO:lle tietopyynnön eikä luovuttaja suostunut henkilötietojensa ilmaisemiseen.

Perustuslakivaliokunta katsoi tämän perusteella, että 18 vuotta täyttäneelle lapselle on annettava oikeus tietää luovuttajan henkilöllisyys, jotta

⁹ Hallituksen esitys laeiksi sukusolujen ja alkuiden käytöstä hedelmöityshoidossa ja isyyslain muuttamisesta. HE 76/2002 vp.

laki voitaisiin hyväksyä tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Lakivaliokunta hyväksyi mietinnössään tämän argumentaation, ja hallituksen annettua uuden esityksen (HE 3/2006 vp) lapsen tiedonsaantioikeus omakuttiin lähtökohdaksi, jota ei ole eduskunnan käsittelyssäkään kyseenalaisitettu.

Lapsioikeuden pitkä linja, etusijan antaminen lapsen intresseille, joka toistakymmentä vuotta oli ollut vaikeuksissa lainvalmistelun aikana ja josta hallitus oli jo luopumassa, näyttää näin lopulta pitävän pintansa. Mutta linja säilyi vain horjuttuaan pahoin ja ehkä sattuman ansiosta. Argumentaatiossa ei korostettu lapsen oikeuksia eikä sitäkään, että oikeus alkuperänsä tietämiseen olisi johdettavissa ihmisarvon lähtökohdasta. Perustelut, jossa olisi perusoikeuksiin vetoamisen sijasta avoimesti otettu esille oikeuspoliittisia näkökohtia, loistivat myös poissaolollaan. Avuksi tuli henkilötietojen suojaa koskeva periaate, joka tärkeydestään huolimatta kuvaa vain kalpeasti sitä, mistä tietojensaantioikeudessa on kysymys. Yksilön oikeus alkuperäänsä koskevaan tietoon syntyi sen edullisena mutta satunnaisena heijastusvaikutuksena.¹⁰

Avustettu lisääntyminen ja isyys

Kun hedelmöityshoitolainsäädännön valmistelu 1980-luvulla alkoi, kysymys hedelmöityshoitojen tuloksena syntyneen lapsen isyydestä oli riidaton. Lapsettomuus nähtiin avio- ja avoparien ongelmana. Hoitojen kohteena oli siten pari, jonka osapuolista tuli syntyvän lapsen vanhempia. Tämä oli myös lainvalmistelun lähtökohtana 1990-luvun lopulle asti.

Kun ratkaisun saaminen lapsen tiedonsaantioikeutta koskevaan kysymykseen viipyi, tilanne alkoi muuttua radikaalisti. Alkoivat voimistua vaatimukset, että lisääntymistekniikoiden tuli olla myös itsellisten naisten ja naisparien saatavilla. Isyyslain taustalla oleva ajatus lapsen oikeudesta kahteen vanhempaan ja kaksipuolisiin sukulaisuussuhteisiin syntyperästään riippumatta jäi julkisessa keskustelussa taustalle. Sen korvasi lääketieteessä jo vanhastaan tuttu potilaan näkökulma. Asian jäsentämisperiaatteeksi nousi sekä mediassa että oikeuspoliittisessa keskustelussa kysymys,

¹⁰ Käytetyn argumentaation mukaan perustuslaillista ongelmaa ei ilmeisesti olisi ollut, jos rekisteri olisi poistettu kokonaan ja omaksuttu luovuttajan anonymiteettiin pohjautuva ratkaisu.

onko naisella oikeus hedelmöityshoitoon parisuhteestaan ja seksuaalisesta suuntautumisestaan riippumatta. Lapsikeskeinen näkökulma korvautui potilaskeskeisellä.

Vuonna 1998 oikeusministeri vei valtioneuvostoon esitysehdotuksen, jossa hedelmöityshoidot olisi sallittu myös naisille, jotka eivät eläneet avio- tai avoliitossa. Edellytyksenä olisi ollut, että sukusolujen luovuttaja suostuu luovutuksen käyttämiseen tähän tarkoitukseen. Kysymys lapsen isyydestä olisi järjestetty isyylain yleisten periaatteiden mukaisesti. Sekä lapsella, äidillä että miehellä olisi ollut oikeus isyyden vahvistamiseen, ja isyyden vahvistamisen perusteena olisi ollut miehen suostumus luovuttamiensa sukusolujen käyttämiseen.¹¹ Esitys poistettiin valtioneuvoston asialistalta. Eräät ministerit tai heidän puolueensa eivät hyväksyneet sitä, että miehellä olisi ollut yhdenvertainen asema vaatia isyyden vahvistamista kuin äidillä. Asiaa nähtiin sukupuolten välinen konflikti, joka haluttiin ratkaista naisen hyväksi. Näillä tuli olla oikeus saada ”oma” lapsi, johon kukaan mies ei tulisi esittämään vaatimuksia.

Hallituksen esityksessä (HE 76/2002), joka annettiin runsaat kolme vuotta myöhemmin, edellisestä kokemuksesta oli otettu oppia. Mahdollisuus isyyden vahvistamiseen säilyi yhä edellytyksenä hoidon antamiselle naiselle, joka ei elä parisuhteessa. Mutta sukusolut luovuttaneen miehen oikeus vaatia isyyden vahvistamista oli esityksessä poistettu isyylakiin tehtävällä poikkeuksella. Valta-asetelma olisi siten kääntynyt päinvastaiseksi kuin se oli ollut isyylakia edeltäneenä aikana. Valta isyyden vahvistamiseen oli äidillä ja lapsella, kun taas mies olisi joutunut odottamaan näiden päätöksiä ja tyytymään niihin. Kysymys oli ”sateenkaarihallitukselle” välttämättömästä kompromissista, jossa pyrittiin turvaamaan sekä itsellisten naisten oikeus hoitoihin että lapsen oikeus isyyden vahvistamiseen ja lisäksi huolehtimaan siitä, että mies säilyy sivullisena, jollei äiti tai lapsi toisin päättä.

Kun esitys tuli perustuslakivaliokunnan tarkasteltavaksi, näkökulmaksi rajautui kysymys naisten yhdenvertaisesta oikeudesta hoitoon. Hallituksen

¹¹ Esitysehdotuksessa ratkaisua perusteltiin vetoamalla lapsilainsäädännön pitkään linjaan. Sen yleisperusteluissa todetaan: ”Mahdollisuus isyyden vahvistamiseen on syntyvän lapsen kannalta merkittävä hoidon edellytys. Hedelmöityshoitomenetelmien sääntely tavalla, jonka välittömänä seurauksena lapsi jäisi isättömäksi, merkitsisi poikkeamaa lapsen asemaa koskevan lainsäädäntömme keskeisistä periaatteista. Se, että lapsi olisi syntymästään sukua asemaltaan isätön, merkitsisi lapsen kannalta sitä, että hänet asetetaan asemaan, joka poikkeaa muiden lasten asemasta. Äidille ei voida antaa oikeutta päättää tästä lapsen henkilöä olennaisesti koskettavasta asiasta.” Esitysehdotus s. 15.

esityksen mukaan hoidon edellytykset poikkesivat hiukan toisistaan siitä riippuen, oliko kyseessä avio- tai avoparin vaiko itsellisen naisten hoitaminen. Isyyden vahvistamismahdollisuuden turvaamiseksi hoidon edellytykseksi oli viimeksi mainitussa tapauksessa asetettu, että mies, jonka spermaa oli tarkoitus käyttää, oli suostunut hoidon antamiseen naiselle tietoisena siitä, että hänet voitiin vahvistaa lapsen isäksi. Kysymykseksi tuli nyt, kohteeleeko hallituksen esitys hoitoa haluavia perustuslain edellyttämällä tavalla yhdenveroisesti. Lapsen ja miehen asemassa ei sitä vastoin nähty perustuslaillista tarkastelua vaativia kysymyksiä.

Lausunnossaan perustuslakivaliokunta katsoi, että parit ja itselliset naiset olivat hoidon suhteen eri asemassa.¹² Sen mukaan erottelu oli kuitenkin perusteltavissa perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla ja mahtui siten lainsäätäjälle kuuluvien harkintarajojen sisälle. Miehen suostumusta saatiin vaatia isyyshmahdollisuuden turvaamiseksi. Valiokunnan vähemmistö katsoi puolestaan, ettei erottelulle ollut perustuslain kannalta hyväksyttävää perustetta. Vähemmistön mukaan perustuslaki siis edellyttäisi sitä, että itsellisille naisille annetaan hedelmöityshoitoa samoin perustein kuin avio- ja avopareille, vaikka lapsi näin jäisi isättömäksi. Se, että sääntelyssä on kyse myös lasten yhdenvertaisuudesta, joka sekin on perustuslakikysymys, ei tullut esille sen paremmin enemmistön kuin vähemmistönkään argumentaatiossa.

Lakivaliokunta päätyi täysin toiseen käsitykseen. Sen mukaan lapsella on aina oltava oikeus sekä isään että äitiin. Hedelmöityshoitolain lähtökohtana ei siten voi olla aikuisten tasa-arvokysymys ja subjektiivinen oikeus lapsen saamiseen. Oikea lähtökohta oli lapsen oikeuksien kuuleminen ja toteuttaminen.¹³ Näin palattiin lapsioikeutemme pitkälle linjalle. Johtopäätöksessä, joka oli hedelmöityshoitojen kieltäminen itsellisiltä naisilta, mentiin ehkä hiukan pitemmällekin kuin isyyslain tausta-ajatukset olisivat edellyttäneet. Asia ei kuitenkaan näin saanut ratkaisuaan, sillä hallitus peruutti esityksensä nähtyään, mihin suuntaan oltiin kallistumassa.

Seuraava yritys tehtiin vaalien jälkeen runsas kolme vuotta myöhemmin. Hallituksen esityksessä (HE 3/2006 vp) itsellisten naisten oikeutta hedelmöityshoitoihin oli laajennettu edellisestä. Miehen suostumusta isyyden vahvistamiseen ei enää edellytetty, vaan riitti, että mies oli in abstracto antanut suostumuksen siittiöidensä käyttämiseen itsellisen naisen hedelmöittämisek-

¹² PevL 59/2002 vp, s. 2–3.

¹³ LavM 29/2002 vp, s. 4.

si. Tällaisen suostumuksen perusteella isyyttä ei toisaalta voitu vahvistaa, joten syntyvä lapsi jäisi isättömäksi. Isättömyydestä johtuva resurssien puute katsottiin voitavan korvata sillä, että lääkäri ennen hoidon antamista selvittää, kykeneekö hoitoa haluava takaamaan lapselle tasapainoisen kehityksen.¹⁴ Lääkärien valtaa päättää siitä, kuka saa lisääntyä, oltiin toisin sanoen valmiita kasvattamaan, jotta isyyden vahvistamisen mahdollisuudesta voitaisiin luopua.

Perustuslakivaliokunnalta pyydettiin jälleen lausuntoa ja valiokunta näki jälleen pääkysymyksenä sen, kohdellaanko hoitoa haluavia yhdenvertaisesti (PevL 16/2006 vp). Se katsoi ehdotuksen mahtuvan lainsäätäjälle kuuluvien harkintarajojen sisälle, vaikka itsellisiä naisia ja naispareja kohdeltiin sen mukaan hiukan toisin kuin muita. Ensiksi mainituillehan voitiin antaa hoitoa vain, jos sukusolujen luovuttaja oli antanut siihen suostumuksensa.¹⁵ Muita yhdenvertaisuuskysymyksiä perustuslakivaliokunta ei tarkastellut. Naisten ja miesten erilainen kohtelu ei saanut huomiota. Syntyvien lasten asema sai sitä vastoin lyhyen maininnan. Valiokunta piti yhteiskunnassa vallitsevien *arvojen valossa* ongelmallisena, että osa lapsista suoraan lainsäädännön vuoksi syntyy isättömiksi. Kysymyksessä oli kuitenkin vain arvo-ongelma, toisin sanoen oikeuspoliittisen harkinnan piiriin kuuluva asia. Lasten yhdenvertaisuus syntyperästään riippumatta ei siten näytä perustuslakivaliokunnan mukaan olevan lainkaan perustuslakikysymys, ei vaikka lasten yhdenvertaisuutta koskee yleisen yhdenvertaisuussäännöksen ohella myös lasten tasa-arvoiseen kohteluun velvoittava erityissäännös perustuslain 6 §:n 3 momentissa.

Perustuslakivaliokunta sai uuden tilaisuuden lausua esityksestä, kun laki-valiokunta tiedusteli siltä, miten olisi valtiosääntöoikeudellisesti arvioitava ratkaisua, jossa oikeus hedelmöityshoitoihin rajataan koskemaan vain naisen ja miehen muodostamia parisuhteita. Lausunnossaan (PevL 25/2006) valiokunta näki asian jälleen kysymyksenä yhdenvertaisesta oikeudesta hoitoihin. Se katsoi lakivaliokunnan tarkoittaman ratkaisun menevän edellisiä ehdotuksia pitemmälle naisten erilaisessa kohtelussa ja olevan siten perustuslain 6 §:n kannalta lähtökohtaisesti ongelmallinen. Se katsoi kuitenkin

¹⁴ Ks. HE 3/2006 vp, s. 16.

¹⁵ Tosiasiassa näiden asiakasryhmien osalta ei nähdäkseen tehty hallituksen esityksessä mitään eroa. Luovuttajan suostumus sukusolujen käyttämiseen hedelmöityshoidoissa tarvitaan myös silloin, kun hoidetaan avio- tai avoparia (ks. 16.1 §). Lisäksi luovuttaja voi kaikissa tapauksissa asettaa luovutuksen käytölle ehtoja (ks. 17.1 § 4 kohta).

ratkaisun mahtuvan lainsäätäjälle kuuluvan harkintavallan rajoihin, joskin hallituksen alkuperäinen ehdotus vastasi sen mukaan paremmin yhdenvertaisuussäännösten tavoitteita.¹⁶

Tätä kirjoittaessani asian lopputulosta ei tiedetä. Lapsen resurssien optimointiin tähtäävä lapsioikeuden pitkä linja on joka tapauksessa ollut kovemmalla kuin koskaan. Hallituksen esityksissä oli vähä vähältä yhä pitemmälle luovuttu tästä tavoitteesta, jotta oikeus hedelmöityshoitoihin saataisiin laajaksi. Lapsen resurssien asemesta on alettu painottaa sitä, että keskipolven tarve vanhemmuuteen voitaisiin tyydyttää. Lasta haluavan oikeus hoitoihin, toisin sanoen lääkäriammattikunnan perinteinen lähtökohta, on ollut keskustelua hallitseva näkökulma sekä mediassa että yllättäen myös perustuslakivaliokunnan argumentaatioissa.

Perustuslakivaliokunnan lausuntojen lopputulos, jonka mukaan asian ratkaiseminen kuuluu poliittisen harkinnan piiriin, oli epäilemättä viisas. Oikeuspolitiikka olisi ajettu sietämättömään pakkopaitaan, jos olisi katsottu, että oikea lopputulos – kumpi tahansa – on ilman harkinnanvaraa johdettavissa perustuslain säännöksistä. Tämäntyyppistä tieteellistä kirjoitteluahan näkee nykyisin aika usein. Tapa, jolla lopputulokseen päädyttiin, ei kuitenkaan ollut tyylikäs. Hedelmöityshoitoon liittyviä kysymyksiä olisi tullut miettiä paitsi hoitoa haluavien yhdenvertaisuuden myös lasten keskinäisen yhdenvertaisuuden kannalta. Kysymys, luodaanko lainsäädännöllä lapsiryhmä, jolla toisin kuin muilla ei ole oikeutta isään, ei ole niin vähäpätöinen asia, että se voidaan jättää intressivertailun ulkopuolelle, kun pohditaan asian osapuolten etujen oikeaa painottamista.

ARVIOITA

Mitä edellisen perusteella voidaan sanoa? Onko perheoikeudessamme tapahtunut postmoderni käänne, jossa oikeuspolitiikan pitkä linja on murtunut ja sukupolvien valtasuhteet keikahtaneet uuteen asentoon? Räväkkä vastaus

¹⁶ PeVL 25/2006 vp, s. 2. Lausuntoon liittyi kaksi eriävää mielipidettä. Ensimmäisen mukaan perustuslain on katsottava kieltävän hoitojen rajoittamisen vain miehen ja naisen muodostamille pareille. Toisen mukaan valiokunnan ei olisi tullut lausua mitään hallituksen esityksen ja lakivaliokunnan ehdotuksen paremmuudesta, toisin sanoen asiasta, joka on oikeuspoliittinen arvostuskysymys eikä perustuslaillinen kysymys.

ei tekisi oikeutta asioiden monimutkaisuudelle. Mutta vähintään voidaan sanoa linjan joutuneen kovalle koetukselle ja saaneen kolhuja. Nuorimman ja toisaalta vanhimman sukupolven resurssien tukeminen ei ole enää itsensänselvyys.

Individualistinen, äänekäs ja määrätietoinen keskipolvi saa äänensä yhä paremmin kuuluviin. Joskus, kuten hedelmöityshoitoja koskeva keskustelu osoittaa, se pääsee jopa hallitsemaan oikeuspoliittista kysymyksenasettelua siten, että asia nähdään vain sen näkökulmasta. Näin asioiden monipuolinen punninta heikkenee. Ehkä perheoikeudessaakin pitäisi ympäristöoikeuden tavoin mietiskellä sitä, miten saadaan ääni niille sukupolville, joilla sitä ei vielä (tai enää) ole.

Oikeudellisessa ajattelussa on noin kymmenen viime vuoden aikana yleistynyt tapa käyttää perusoikeussäännöksissä ilmaisunsa saaneita arvoja argumentteina myös silloin, kun liikutaan oikeuspoliittisen harkinnan alueella, toisin sanoen säätämisympäristöstä koskevien kysymysten ulkopuolella. Tämä näkyy selvästi myös kaikissa eduskunnan valiokuntien mietinnöissä ja lausunnoissa, joihin edellä on viitattu. Syntyy kysymys, kaventaako tämä oikeuspoliittista tarkastelua ja jäävätkö oikeudenalan oman arvot tällöin jalkoihin. Aihe ansaitsisi oman tutkimuksensa, mutta joskus näyttää siltä, että juuri näin on käymässä.

.....

Urpo Kangas

Jäämistöositus ja -erottelu, maksuväliintulo ja lesken suoja

ENSIKSI KUOLLEEN PUOLISON YKSITYINEN VELKA JA LESKEN SUOJA

Jos ensiksi kuolleelta puolisolta jää rintaperillinen, on ennen jäämistö-oikeudellisten etuuksien toteuttamista toimitettava omaisuuden ositus tai erottelu. Silloin kun ositus- tai erotteluperusteena on puolison kuolema, ensiksi kuolleen puolison kuolinpesä on selvitettävä. Mikäli perittävältä on jäänyt velkaa, hänen omaisuuttaan on tarvittaessa myytävä ja velat maksettava pois. Harkittaessa sitä, mitä omaisuutta myydään velan maksamiseksi, on otettava huomioon jäämistöstä täytettävät etuudet. Siten pesänselvitystaroituksessa on realisoitava ensin omaisuutta, josta perittävä ei ole määrännyt testamentilla tai jota ei tarvita myöhemmin osoitettavaksi leskelle PK 3:1a:n nojalla.¹

Esimerkki: A:n ja B:n avioliitto purkautui A:n kuoleman johdosta. A:lta jäi aikaisemmasta avioliitosta oleva rintaperillinen X. Puolisoilla oli avioehto, jonka mukaan kummallakaan heistä ei ollut avio-oikeutta toistensa omaisuuteen. A:lta jäi kuollessaan puolisoiden yhteisenä kotina käytetty asunto, joka oli 150.000,00 euron velan vakuutena. Asunnon arvo oli 400.000,00 euroa. Lisäksi A:lta jäi kesämökki, jonka arvo oli 160.000,00.

Velkojalla on oikeus hakea pesänselvittäjän määräämistä A:n kuolinpesään. Saamansa määräyksen nojalla pesänselvittäjä myy kesämökin ja mak-

¹ Jäämistöstä täytettävien oikeuksien etusijajärjestyksessä lesken PK 3:1a:n mukainen suoja on hyvin korkealla. Mitä korkeammalle etuus sijoittuu etusijajärjestyksessä, sitä suojatumpi se on ja sen sivuuttamiseen tulee olla erittäin painavat perusteet. Ks. lähemmin *Lohi, Tapani*: Jäämistöomaisuutta koskevat oikeustoimet ja sivullissuoja. Teoksessa *Lohi, Tapani – Välimäki, Pertti*: Pesänselvityksen ongelmakohtia. Helsinki 1999, s. 62 ss.

saa perittävän velan. Pesänselvityskustannusten suorittamisen jälkeen A:n kuolinpesään jää kuulumaan ainoastaan velaton asunto. Leski hakee A:n kuolinpesään PK 23:12.2:n nojalla pesänjakajan, joka toimittaa omaisuuden erottelun. Erottelussa pesänjakaja toteaa, ettei kodiksi sopivaa asuntoa sisälly eloonjääneen puolison varallisuuteen. Perinnönjaossa pesänjakaja vahvistaa, että leskellä on PK 3:1a:n nojalla oikeus hallita jäämistöä jakamattomana. Lesken enimmäisoikeus on tässä tapauksessa asiallisesti samanlaajuinen kuin hänen vähimmäisoikeutensakin olisi, koska A:n jäämistössä ei ole vähäisen koti-irtaimiston lisäksi muuta kuin edellä mainittu asunto.

Tässä artikkelissa lähemmän tarkastelun kohteeksi otetaan ne tilanteet, joissa perittävältä jää puolisoiden yhteisenä kotina käytetty asunto ja lisäksi velkaa, joka periaatteessa olisi mahdollista maksaa realisoimalla asunto. Välttämätöntä ei ole, että velka kohdistuu nimenomaan asuntoon. Velka voi olla esimerkiksi verovelkaa tai perittävän kulutusluottoja tai velka voi myös olla pesän velkaa.

Esimerkki: A:n ja B:n avioliitto purkautui A:n kuoleman johdosta. A:lta jäi aikaisemmasta avioliitosta oleva rintaperillinen X. Puolisoilla oli avioehto, jonka mukaan kummallakaan heistä ei ollut avio-oikeutta toistensa omaisuuteen. A:lta jäi kuollessaan puolisoiden yhteisenä kotina käytetty asunto, joka oli 150.000,00 euron velan vakuutena. Velka oli yksin A:n nimissä. Asunnon arvo oli 400.000,00 euroa. Lisäksi A:lta jäi kesämökki, jonka arvo oli 100.000,00.

Kesämökin realisoimisen jälkeen ja siitä saadulla kauppahinnalla tapahtuneen velan lyhentämisen jälkeen perittävän veloista on edelleen maksamatta 50.000,00 euroa. Lisäksi A:n kuolinpesää rasittavat vielä tässä vaiheessa realisoitumattomat pesänselvitys- ja perinnönjakokustannukset.

A:n rintaperillinen x vaatii A:lle kuuluneen asunnon realisoimista ja A:n kaikkien velkojen maksamista. Rintaperillinen esittää näyttöä siitä, että B:n varallisuus on huomattava, vaikka hän ei omistakaan eloonjääneen puolison kodiksi sopivaa asuntoa. Rintaperillisen mukaan B:llä ei ole tarvetta edes PK 8:2:n mukaiseen avustukseen.

B ilmoittaa pesänselvittäjälle, että hän maksaa kaikki jäljellä olevat velat. Lupauksensa mukaisesti B maksaa jäljellä olevan asuntolainan ja tallettaa lisäksi pesänselvitys- ja perinnönjakokuluja varten 10.000,00 euroa. Tämän jälkeen B hakee pesänjakajan määräämistä A:n kuolinpesään. Omaisuuden erottelussa pesänjakaja toteaa, että B ei omista kodiksi sopivaa asuntoa ja

vahvistaa perinnönjaossa, että B:llä on oikeus hallita A:n jäämistöön kuuluvaa asuntoa PK 3:1a:n nojalla.

Tämän artikkelin täsmennetty kysymyksenasettelu liittyy edellä mainittuun maksuväliintuloon ja sen oikeusvaikutuksiin. *Missä tilanteissa eloonjäänyt puoliso saa maksaa ensiksi kuolleen puolison yksityisen velan tai puolisoiden yhteisen velan ja mitä seurauksia sellaisesta maksusta on lesken ja perillisten välisessä suhteessa?* Artikkelin lopuksi otetaan esille tilanne, jossa ensiksi kuolleen puolison perilliset haluavat tehdä vastaavan suorituksen, jos perillisiä on useampia ja vain yksi maksaa pois yhteisen velan.

Avioliittolaissa omaksuttua omaisuuden erillisyyisperiaatetta vastaa velkojen erillisyyasperiaate. Velkojen erillisyyasperiaatteen mukaan kumpikin puolisoista vastaa itse omalla omaisuudellaan omista veloistaan. Merkitseekö velkojen erillisyyasperiaate sitä, että vain velallisella itsellään on oikeus ja vastaavasti velvollisuus maksaa velka? Jos ensiksi kuollut puoliso on yksin hankkinut puolisoiden yhteisenä kotina käytetyn asunnon ja myös yksin vastannut asuntovelan maksusta, saako eloonjäänyt puoliso maksaa ensiksi kuolleen puolison jäljellä olevan asuntovelan ja sen jälkeen hallita ensiksi kuolleen puolison jäämistöön kuuluvaa asuntoa PK 3:1a:n nojalla? Väistyykö rintaperillisen oikeus saada hänelle perintönä kuuluva omaisuus tällaisen lesken maksuväliintulon johdosta? Jos maksuväliintulo katsotaan sallituksi, mitä muita mahdollisia seuraamuksia sillä voi olla.

Avioliittolakiin ei sisälly oikeusohjetta, jonka mukaan toisella puolisoilla on oikeus yksin maksaa toisen puolison velka. Mahdollisen maksun oikeusvaikutukset ratkeavat siviilioikeuden yleisten oppien mukaan. Silloin kun puoliset ovat elossa ja avioliitto jatkuu ja toisen puolison velan maksu tapahtuu ennen ositusperustetta, maksaja saa maksamansa velan johdosta toista puolisoa kohtaan saamisoikeuden. Käytännössä velallispuliso epäilemättä suostuu siihen, että toinen puoliso maksaa toisen velan tämän puolesta. Virheellisenä ei voitane pitää arvausta, jonka mukaan velallispuliso on jopa kiitollinen toisen puolison maksuväliintulosta.

Tilanne muuttuu toiseksi, jos puolisoiden avioliitto purkautuu kuoleman johdosta ja leski tarjoaa maksua vasta ositusperusteen syntyhetken jälkeen. Tällöin vastakkain ovat ensiksi kuolleen puolison rintaperillisen ja lesken intressit. Ensiksi kuolleen puolison rintaperillisellä on tarve saada välittömästi varoja itselleen muun muassa perintöveron maksamista varten. Rintaperillinen on perintöverovelvollinen kaikissa tilanteissa ja myös silloin, kun hänen koko perintöosaansa kohdistuu lesken PK 3:1a:n mukainen oikeus.

Erityisesti niissä tilanteissa, joissa rintaperillinen ei ole puolisoiden yhteinen ja leskeksi jäänyt puoliso on nuori, rintaperillinen voi kokea lesken hallinto-oikeuden kohtuuttomaksi rasitukseksi.

Eloojääneen puolison valvottavana intressinä on hänen oikeutensa turvattuun asumiseen leskeysaikana. Läheskään kaikissa tapauksissa leskellä ei ole sellaista varallisuutta, että hän sen turvin voisi järjestää oman asumisensa puolisonsa kuoleman jälkeen. Eloojääneen puolison oikeus hallita jäämistöä jakamattomana on lesken kannalta myös verotuksellisesti edullinen. Hän ei ole velvollinen maksamaan perintöveroa tästä oikeudestaan. Sen vuoksi se on arvokas etu ja leski saattaa olla valmis joihinkin uhrauksiin voidakseen tähän etuun vedota.

Rintaperillisen ja lesken vastakkaiset intressit voivat johtaa ainakin seuraavan tyyppisiin reaktioihin:

- a) rintaperillinen kieltää leskeä maksamasta perittävän yksityistä velkaa,
- b) rintaperillinen palauttaa leskelle yhtä paljon varoja kuin leski oli käyttänyt kiellosta huolimatta perittävän yksityisen velan maksamiseen,
- c) leski maksaa perittävän yksityisen velan ja vaatii vahvistettavaksi, että hänelle osoitetaan perittävälle kuuluneesta asunnosta omistajana maksua vastaava osuus,
- d) leski maksaa perittävän yksityisen velan ja vaatii vahvistettavaksi, että hänellä on A:n kuolinpesään kohdistuva maksun suuruinen saamis-oikeus,
- e) leski maksaa perittävän yksityisen velan ja ilmoittaa, että hän vetoaa PK 3:1a:n mukaiseen oikeuteensa, mutta ei vaadi muuta suoritusta maksun johdosta.

PK 21:1:n mukaan kuolinpesän varoista suoritetaan pesän ja vainajan velat. Uudistetun velkavastuusäännösten mukaan osakas ei normaalitilanteessa vastaa henkilökohtaisesti vainajan velasta. Jos puolisoilla ei ole avio-oikeutta toistensa omaisuuteen, leski ei edes ole ensiksi kuolleen puolison kuolinpesän osakas, ellei hän ole ensiksi kuolleen puolison yleistestamentinsaaja. Leskellä ei siis olisi aiheutta velkavastuusyistä maksaa perittävän velkaa. Hän pyrkiikin maksullaan saamaan elämänmittaisen etuuden, oikeuden hallita ensiksi kuolleen puolison jäämistöön kuuluvaa asuntoa jakamattomana.

Onko velan maksu tehokas, jos sen tekee muu kuin velallinen? Maksuväliintuloa ei ole erityisin oikeusohjein säännelty Suomen voimassa olevassa

oikeudessa.² Sen oikeutus ja maksun oikeusvaikutukset ovat jääneet kokonaan yleisten oppien varaan. Maksuväliintuloa eli vieraan velan maksua pidetään sinänsä mahdollisena muulloinkin kuin alkuperäisen velallisen ja vierasvelan maksuun halukkaan henkilön sopimuksen perusteella. Maksuväliintulo voi tapahtua myös vastoin alkuperäisen velallisen tahtoa. Eli kun leski maksaa perittävän velan rintaperillisen nimenomaisesti kiellosta huolimatta, velkasuhde päättyy maksun johdosta. Velkasuhdetta ei voi ”herättää henkiin” vastoin velkojan suostumusta. Se seikka, että rintaperillinen maksaa lesken tilille summan, joka vastaa jäljellä ollutta velan määrää, on vain kvasinovaatio, joka ei uudista velkasuhdetta alkuperäisen velkojan ja kuolinsään välille.

Rintaperillinen ei siis näyttäisi voivan estää tehokkaasti sitä, että leski maksaa omilla varoillaan ositusperusteen syntyhetken jälkeen velan, josta ensiksi kuollut puoliso oli yksin vastuussa. Tämä on linjassa tulkinnan kanssa, jonka mukaan eloonjäänyt puoliso voi vedota PK 3:1a:n mukaiseen oikeuteensa silloinkin, kun ensiksi kuolleen puolison asunto on rahoitettu asunto-osakeyhtiön ottamalla lainalla.³ Osakkeen omistaja maksaa yhtiölle tällöin paitsi hoitovastiketta myös rahoitusvastiketta. Omistajan kuoleman jälkeen vastikkeista vastaa leski. Ensiksi kuolleen puolison omistaman asunnon ei siten tarvitse olla ”velaton”, jotta leski voi vedota vähimmäissuojaansa.⁴

² Ks. maksuväliintulosta lähemmin *Kaisto, Janne*: Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Helsinki 2001, s. 587–589 sekä teoksessa viitatus *Wrede, R. A.*: Velvoiteoikeuden yleinen osa. Helsinki 1942, s. 177–178, *Halila, Jouko – Ylöstalo, Matti*: Saamisen lakkaamisesta. Helsinki 1980, s. 22–23 sekä uudemmasta kirjallisuudesta *Lohi, Tapani*: Ositus, tasinko ja sivullissuoja. Jyväskylä 2003, s. 353.

³ Ks. lähemmin *Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo*: Suomen jäämistöoikeus I. Lakimääräinen perintöoikeus. Helsinki 1999, s. 369 ss.

⁴ Lesken oikeus vedota perintökaaren 3 luvun mukaisiin etuuksiin väistyy vain perintöoikeuden yleisten tai erityisten edellytysten puuttumisen johdosta. Jos ensiksi kuolleen puolison perilliset eivät voi torjua lesken jäämistösaantoa PK 15 luvun tai PK 3:7:n soveltamisen johdosta, leski perii puolisonsa ja vastaavasti voi vedota PK 3:1a:n mukaiseen oikeuteensa. – Edellä sanotun johdosta lesken mahdollinen maksuväliintulo voisi tapahtua myös tilanteissa, jossa puoliset ovat solmineet avioliiton vuonna 1996, panneet vireille avioeron ensimmäisen vaiheen vuonna 2000 ja samalla muuttaneet erilleen. Vaikka avioeroa koskeva asia onkin sittemmin rauennut, puoliset asuivat erillään palaamatta yhteiselämään aina vuoteen 2005, jolloin avioliitto purkautui puolison kuoleman johdosta. Lesken oikeutta perintöön eikä lesken oikeutta hallita jäämistö jakamattomana voi torjua jäämistösovittelua koskevilla säännöksillä. Erillään asunut puoliso voi vedota PK 3:1a:n ja vastaavasti PK 3:1:n mukaiseen oikeuteensa. Kokonaan eri asia on, miten laajaksi lesken PK3:1a:n mukainen oikeus muotoutuu. Leskellä voi olla itsellään kodiksi sopiva asunto, jolloin vähimmäissuoja supistuu oikeudeksi hallita yhteisessä kodissa ollutta tavanmukaista koti-irtaimistoa. Vähimmäissuoja muuttuu *minisujaksi*. Ks. *Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo*: mts. 67.

Tilanne ei muuksi muutu, jos ensiksi kuollut puoliso on rahoittanut asunnon kauppahinnan kokonaisuudessaan pankista ottamallaan lainalla. Ensiksi kuollut puoliso on saattanut maksaa lainalla pois yhtiölle olevan velkaosuuksensa. Velan maksun motiivina on voinut olla esimerkiksi velallisen tarve siirtyä hänelle sopivampaan velan lyhentämissuunnitelmaan. Maksaessaan tällaisen velan pois ensiksi kuolleen puolison kuoleman jälkeen leski voi vedota PK 3:1a:n mukaiseen oikeuteensa.

Avioliittolaissa eikä myöskään perintökaareissa ei ole erityissäännöksiä edellä kuvattuja tilanteita varten. *Saarenpään* mukaan kysymyksessä on normipula.⁵ Näennäisesti tarkoin säännelty jäämistöositus ja siihen kytkeytyvä lesken aseman järjestäminen prosessina onkin aukollinen.

Lesken hallintaoikeus voi kohdistua vain jäämistön säästöön.⁶ Avioliittolakiin ei sisälly säännöstä, jonka mukaan omaisuuden erottelussa tai osituksessa toiselle puolisolle annettaisiin oikeus saada osalleen toiselle puolisolle kuulunutta omaisuutta sen vuoksi, että puoliso maksaa toisen puolison yksityistä velkaa ositusperusteen syntyhetken jälkeen. Sen vuoksi lesken vaatimus siitä, että hänelle tulee osoittaa maksun johdosta vielä omistusosuus ensiksi kuolleen puolison asuntoon, on lakiin perustumattomana tässä tapauksessa hylättävä.

Tulkinta, jonka mukaan leski saisi saamisoikeuden kuolinpesää kohtaan sen vuoksi, että hän on maksanut ensiksi kuolleen puolison yksityistä velkaa, on sekin ongelmallinen. Ositusta tai perinnönjakoa ei saa PK 21:6:n mukaan edes toimittaa, ennen kuin pesän ja vainajan velat on maksettu tai niistä on asetettu maksun turvaava takaus tai muu vakuus. Jos leski saisi saamisoikeuden pesää kohtaan, se olisi pesän velkaa. Se olisi maksettava leskelle. Regressisaamisen reaalinen maksu olisi mahdollista kuitenkin esimerkiksi tapauksessa vain edellyttäen, että ensiksi kuolleen puolison asunto realisoitaisiin. Tämä ei ole lesken intressissä.

Näyttääkin siltä, että leski saa maksun johdosta oikeuden hallita jäämistöä jakamattomana, mutta ei muuta. Maksun ainoana vastikkeena leski saa asua puolisoiden yhteisenä kotina käytetyssä asunnossa. Rintaperillinen hyötyy maksusta siten, että hän saa asunnon velattomana lesken hallintaoikeuden päätyttyä omistajanhallintaansa. Vieraan velan maksua ei tässä tilanteessa kuitenkaan voida pitää rintaperillisen saamana lahjana. Mikäli sitä pidettäisiin lahjana ja rintaperillistä lahjansaajana, rintaperillinen voi-

⁵ Ks. lähemmin *Saarenpää, Ahti*: Tasajaon periaate. Vammala 1980, s. 3 ss.

⁶ Ks. *Kangas, Urpo*: Lesken oikeudellinen asema. Vammala 1982, s. 107.

si torjua lesken maksuväliintulon kieltäytymällä vastaanottamasta lahjaa.

Esimerkki: A:n ja B:n avioliitto purkautui A:n kuoleman johdosta. A:lta jäi aikaisemmasta avioliitosta oleva rintaperillinen X. Puolisoilla oli avioehto, jonka mukaan kummallakaan heistä ei ollut avio-oikeutta toistensa omaisuuteen. A:lta jäi kuollessaan puolisoiden yhteisenä kotina käytetty asunto, joka oli 150.000,00 euron velan vakuutena. Asunnon arvo oli 400.000,00 euroa. Lisäksi A:lta jäi kesämökki, jonka arvo oli 100.000,00. Leski maksaa velan 50.000,00 euroa.

Ositusperusteen syntyhetkellä, perittävän kuollessa, perukirjaan merkityn omaisuuden säästö on 350.000 euroa. Periaatteessa rintaperillinen on velvollinen suorittamaan tästä määrästä perintöveroa. Perintöveroa määrättäessä on otettava kuitenkin huomioon lesken hallintaoikeuden aiheuttama rasitus. Rintaperillisen perintöverovelvollisuus ei voi kasvaa maksuväliintulon johdosta.

PUOLISOIDEN YHTEINEN VELKA JA LESKEN MAKSUVÄLIINTULO

Vaatus yhteisen velan maksamisesta tai vakuuden antamisesta

Edellä on tarkasteltu niitä tilanteita, joissa eloonjäänyt puoliso maksaa ensiksi kuolleen puolison *yksityisen velan* ositusperusteen syntyhetken jälkeen. Nyt siirrymme tarkastelemaan niitä tilanteita, joissa puolisoilla on ollut *yhteistä velkaa* ja eloonjäänyt puoliso haluaa maksaa toisen puolison osuuden velasta ositusperusteen syntyhetken jälkeen.

Avioliittolaissa on erityissäännös niiden tilanteiden varalle, joissa puolisoilla on yhteistä velkaa. Puolisoiden yhteinen velkavastuu on tyypillistä silloin, kun puoliset yhdessä ovat hankkineet puolisoiden yhteisenä kotina käytetyn asunnon. Puolisoiden yhteisiä velkoja koskevan erityissääntelyn esikuvana on ollut vastaavantyyppinen säännös, joka oli sisällytetty Ruotsin, Tanskan ja Norjan avioliittolakeihin.

Avioliittolain esitoissa varhaisin yhteisiä velkoja koskeva erityissäännös sisältyi vuoden 1920 ehdotukseen laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista. Ehdotuksen mukaan eloonjääneellä puolisoilla oli oikeus vaatia, että yhtei-

sestä velasta maksetaan vainajalle tuleva osuus tai sen maksamisesta annetaan vakuus, jos pesänjako toimitetaan, ennen kuin vainajan kaikki tietyt velat on maksettu tai niiden maksamiseen tarvittavat varat on pantu erityiseen hoitoon. Tämä on myös ainoa säännösehdotus, johon liittyy yksityiskohtaisempi perustelu avioliittolain esitöissä. Ehdotuksen perustelujen mukaan säännös on otettu lakiin, koska sekä eloonjääneelle puolisolalle että vainajan perillisille on tärkeitä, että ”tällaiset velat pesänjaossa selvitetään. Molemmille asianosaisille on sen vuoksi annettu oikeus vaatia, että vastapuoli maksaa niin suuren osan yhteisistä veloista, kuin hänen osalleen tulee, tai antaa siitä vakuuden”.⁷ Vuoden 1924 ehdotus oli muutoin asiallisesti samansisältöinen, mutta terminologisesti uudistunut, sillä ehdotuksessa käytettiin jo uutta käsitettä ”ositus”.⁸ Uusi käsite vakiintui tämän jälkeen ja korvasi pesänjaon käsitteen avioliittolaista. Pesänjaon käsite ei kuitenkaan kokonaan kadonnut lainsäädännöstä, sillä sillä operoidaan edelleen perintökaaren 3. luvun järjestelmässä.

AL 88 § ja siihen läheisesti liittyvä AL 101 § ovat edelleen samansanaisina voimassa kuin ne olivat avioliittolain voimaan tullessa 1.1.1930. Säännösten soveltamisen kannalta on tapahtunut kuitenkin kaksi muutosta, joista toinen liittyy rahoitusmarkkinoiden muutokseen ja toinen vuonna 1983 voimaan tulleeseen eloonjääneen puolison oikeuteen hallita jäämistöä jakamattomana.

Rahoitusmarkkinoilla tapahtuneen muutoksen johdosta asuntolainojen takaisinmaksuajat ovat pidentyneet 1970-luvulla vielä yleisestä kahdeksan vuoden laina-ajasta nykyisin jopa kuuteenkymmeneen vuoteen. Samaan aikaan perheet käyttivät ansioistaan aikaisempaa suuremman osuuden asuntojen hankinnan rahoittamiseen. Pankkien asuntoluottokanta on lähes kaksinkertaistunut viimeisen viiden vuoden aikana. Asuntoluottojen kysyntää ovat kiihdyttäneet poikkeuksellisen alhaiset markkinakorot ja pidentyneet laina-ajat. Asumisväljyyden kasvun myötä myös asuntolainojen keskikoko on kasvanut. Tulevaisuudessa entistä useammin lain soveltamiskäytännössä tulee esille tilanne, jossa ensiksi kuolleen puolison kuollessa osa puolisoiden kodin hankintaan nostetusta lainasta on vielä maksamatta.

⁷ Lainvalmistelukunnan ehdotus laiksi aviopuolisoiden oikeussuhteista ynnä perustelut. Helsinki 1920, s. 67.

⁸ Ehdotus uudeksi aviokaareksi ynnä perustelut. Lainvalmistelukunnan julkaisuja N:o 1/1924. Helsinki 1924. Ehdotuksen 17 §, s. 18.

Esimerkki: Jos puoliset ottavat 230.000,00 euron suuruisen asuntolainan vuonna 2006 ja puolisoitten avioliitto purkautuu toisen puolison kuoleman johdosta vuonna 2026, asuntolainaa on jäljellä 200.000,00 euroa. Kysymys siitä, saako leski maksaa koko lainan pois, voi olla tässä tilanteessa vain teoreettinen. Asetelma muuttuu toiseksi, jos puolisoilla on esimerkiksi ollut lainanturvavakuutus, joka on kattanut lainasta 100.000 euroa. Tällöin jäljellä olevaa lainaa onkin vain 100.000 euroa ja sen maksamiseen saattaa leskellä olla paitsi halua, myös kykyä.

Käytännössä asuntolainan antaa puolisoille pankki. Puolisot sitoutuvat velan ottaessaan solidaariseen velkavastuuseen, mikä merkitsee sitä, että molemmat vastaavat velan koko määrästä yksin suhteessa velkojaan. Pitkäkestoisten asuntolainojen ehtojen mukaan pankki voi eräännyttää velan maksettavaksi, jos toinen velallisista tai molemmat kuolevat. Lainan eräännyttäminen velallisen kuoleman johdosta on kuitenkin ollut harvinaista. Kun suurin osa asuntolainakannasta on kuitenkin suhteellisten iäkästä, on vaikea ennustaa, millaiseksi tilanne tulee muuttumaan tulevaisuudessa.

Tässä kirjoituksessa oletetaan, että leski on halukas jatkamaan velan maksamista. Lainaehdoista johtuen lesken ei kannata maksaa ensiksi kuolleen puolison velkaa kerralla pois, jos puolisoitten ottama pitkäaikainen laina on kiinteäkorkoinen. Kiinteäkorkoisen lainan takaisinmaksu ei ole taloudellisesti kannattavaa. Käytännössä kysymykseen tulee korkeintaan velallisen vaihdos, jossa leski ottaa pankin suostumuksella yksin lainan maksettavakseen ja pankki vapauttaa kuolinpesän velkavastuusta. Leski voi ottaa vastakseen pitkäkestoisesta asuntolainasta vain edellyttäen, että hän yksin omilla tuloillaan voi maksaa samat lyhennykset ja korot, jotka puoliset maksoivat yhteisillä tuloillaan ensiksi kuolleen puolison elinaikana.

Avioliittolain 88 §:n mukaan, jos puolisoilla oli yhteistä velkaa, on osituksessa puolisoilla tai kuolleen puolison perillisillä oikeus vaatia, että siitä ennen ositusta suoritetaan toisen puolison osuus *tai* että sen maksamisesta annetaan vakuus. Kysymys on vaihtoehtoisista ja keskenään yhtä tehokkaista tavoista ratkaista yhteisestä velasta aiheutuvat ongelmat. *Huttusen* mukaan ”vastaisten rettelöiden välttämiseksi on tietenkin tärkeätä, että puolisoitten yhteiset velat järjestetään” tavalla tai toisella ennen ositusta.⁹

⁹ *Huttunen, Oiva:* Avioliittolaki ynnä siihen liittyvät lait ja asetukset. Toinen painos. Porvoo 1945, s. 176.

Esimerkki: A ja B olivat ostaneet yhdessä asunnon, jonka arvo A:n kuollessa oli 350.000,00 euroa. Puolisoilla oli yhteistä velkaa asunnosta 60.000 euroa. A:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö oli 175.000,00 – 30.000 eli 145.000,00 euroa. B:n vastaava omaisuus oli samansuuruinen. Eloonjäänyt puoliso B vaatii, että A:n perilliset maksavat osuuden yhteisestä velasta tai antavat hänelle sen maksamisesta turvaavan vakuuden. A:n perilliset maksavat velasta 30.000,00 euroa tai antavat sen maksamisesta vakuuden. Saman vaatimuksen esittävät A:n perilliset B:lle.¹⁰ B maksaa velan / antaa sen maksamisesta vakuuden. Ositus toimitetaan normaalien sääntöjen mukaisesti.

AL 88 § on varsin niukkasanainen oikeusohje. Siitä kuitenkin käy ilmi, että 1) on tehtävä vaatimus, 2) vaatimuksen voivat tehdä sekä eloonjäänyt puoliso ja kuolleen puolison perilliset, 3) vaatimus voi koskea toisen puolen osuutta velasta, 4) vaatimuksen johdosta voi tapahtua velan maksu tai 5) vaatimuksen johdosta voidaan velan maksamisesta antaa vakuus.

AL 88 § tulee sovellettavaksi silloin kun puoliset ovat yhdessä velkaa. Jos velasta on vastuussa puolisoiden ohella kolmas tai ensiksi kuollut puoliso vastasi velasta yksin, säännöstä ei voida lainkaan soveltaa. Säännöksen soveltamista ei sen sijaan estä se, että joku sivullinen on antanut vakuuden puolisoiden yhteisen velan maksamisesta. Puolisoiden velkavastuun ei tarvitse olla solidaarista. Puolisoiden vastuu velasta voi määräytyä muunkin perusteen mukaan.¹¹ Joka tapauksessa velkasuhde on aina samalla sopimussuhde, jossa velkojan oikeudet ja velvollisuudet ja vastaavasti velallisen oikeudet ja velvollisuudet määräytyvät yksityiskohtaisten sopimusehtojen mukaan. Velkojalla ei ole yleistä lakiin perustuvaa velvollisuutta hyväksyä velan maksamista sivuvelvoitteineen ennen sovittua eräpäivää. Velan antaminen on velkojalle sijoitus, ja vaikka ennenaikainen maksun vastaanottaminen poistaa velkasuhteeseen liittyvät suoritusriskit, menettää velkoja maksun johdosta jo sovitun korkotuoton.

Velan ennenaikainen maksu toisen puolison kuoleman jälkeen saattaakin estyä siitä syystä, että velkoja ei ota vastaan maksua sen vuoksi, ettei velka

¹⁰ Rautialan mukaan “kun tällainen vaatimus on tehty, seuraa siitä tavallisesti, että myös toiselta puolen tehdään vastaava sopimus, jolloin koko velka tulee maksetuksi”. *Rautiala, Martti:* Avioliitto-oikeus. Helsinki 1968, s. 349. – Mikäli puolisoista toinen tai perillistaho maksaa yksin koko velan, saa velan maksanut *saamisvaatimuksen* maksamastaan osasta toista osituspuolta kohtaan. Näin *Huttunen, Oiva:* Avioliittolaki, s. 176. Rautialan mukaan kysymyksessä on *saamisoikeus*. Ks. *Rautiala, Martti:* Ositus. Helsinki 1950, s. 221.

¹¹ Näin *Rautiala, Martti:* Avioliitto-oikeus, s. 350.

ole erääntynyt.¹² Velan maksu voi olla myös velallisen kannalta velan ehtojen vuoksi epäedullista.¹³ Olisi kuitenkin kohtuutonta, jos puolison ja perillisten tulisi lykätä osituksen toimittamista siihen saakka kunnes velka olisi alkuperäisten ehtojen mukaan maksettu. Tällöin ositus voidaan toimittaa, jos velan maksamisesta annetaan vakuus.

Kysymys ei ole alkuperäiselle velkojalle annettavasta lisävakuudesta. Myöntäessään luoton pankki on luonnollisesti edellyttänyt, että velan maksamisesta annetaan sille turvaava vakuus. Käytännössä puoliset luovuttavat hankkimansa asunnon hallintaan oikeuttavat osakkeet tai hankkimaansa kiinteistöön vahvistetut velkakirjat velan vakuudeksi eli pantiksi. Ne säilyvät alkuperäisen panttaussitoumuksen perusteella alkuperäisen velan vakuutena niin kauan kunnes velka on kokonaisuudessaan maksettu takaisin. Edes se seikka, että leski ei omista kokonaisuudessaan osakkeita, ei oikeuta ensiksi kuolleen puolison perillisiä vaatimaan, että osituksen jälkeen osakkeet ovat leskelle siirtyneen velan vakuutena vain siltä osin kuin leski ne omistaa.

Se tosiseikka, että ensiksi kuolleen puolison perilliset joutuvat ”alistumaan” pakolliseen vierasvelkapanttaukseen lainvoiman saaneen osituksen jälkeenkin, on perillistaholle merkittävä riski. Leski saattaa hoitaa asuntoa huonosti, laiminlyödä velan lyhennysten maksamisen ja velan koron maksun. Erityisenä riskinä on myös se, että asuntojen hintakehitys kääntyy jyrkkään laskuun nykyisen hintakuplan puhkeamisen jälkeen. Tällöin on mahdollista, että alkuperäisenä velkojana olevan pankin ainoa mahdollisuus saada suoritus on realisoida vakuus. Vakuusrealisaatiossa ei saavuteta läheskään aina markkinahintaista arvoa. Vaarana on, että vakuudesta saadaan vain hinta, joka juuri ja juuri peittää jäljellä olevan velan määrän. Voi käydä jopa niin, että vakuus ei riitä edes velan jäljellä olevan määrän maksamiseen. Asunto on saatettu rakentaa paikkakunnalle, jonka tehtaat on siirretty Kiinaan ja koko taajama on täynnä työttömiä. Tyhjenevän maaseudun asunnot ovat ongelmajätettä.

Riski asuntojen hintojen hallitsemattomasta laskusta ei ole vain pankin riski. Se seikka, että velkaa on maksettu myös sillä kauppahintaosuudella, joka olisi tullut tilittää perillisille, jos kauppa olisi ollut vapaaehtoinen, oikeuttaa perilliset esittämään regressivaatimuksen leskeä kohtaan. Käytän-

¹² Huttunen, Oiva: Avioliittolaki, s. 176.

¹³ Rautiala, Martti: Ositus, s. 222.

nössä oikeussuojatie on teoreettinen, eikä tehokas köyhtyneeseen leskeen nähden.

Avioliittolaissa tarkoitettu vakuus onkin *perillistaholle annettava vakuus* siitä, että leski maksaa oman velkansa sen ehtojen mukaisesti loppuun.¹⁴ Vakuutta ei konkreettisesti tarvitse antaa perillistahon hallintaan, jos vakuus on reaali vakuus. Vakuus voidaan luovuttaa kolmannen hallintaan.¹⁵ Vakuuden on oltava turvaava.¹⁶ Vakuus annetaan sen vuoksi, että normaalisitoksessa velat vain katetaan ja puoliso saa osituksessa omaisuutta vain oman velkaosuutensa katteeksi. Solidaarisesta velkavastuusta johtuen voi kuitenkin käydä niin, että toinen puoliso tai perillinen joutuu yksin maksamaan koko velan osituksen jälkeen.¹⁷ Vakuuden vaatimisella pyritään torjumaan tämänkaltaisen tilanteen aiheuttama vinoutuma.

Mikä on perillistahon kannalta turvaava vakuus? Riittääkö perillisten oikeuden turvaamiseksi se, että leski antaa vakuuden siitä velan määrästä, josta leski itse oli vastuussa pankille? Vastaus on kyllä, jos puoliset ovat olleet velkojaan nähden vastuussa nimenomaan vain omasta velkaosuudestaan. Ositeltu velkavastuu lieenee kuitenkin harvinaista. Yleisempää on, että puoliset ovat olleet velkojaan nähden solidaarisessa velkavastuussa. Tällöin velkojalla on velan ehtojen mukaan oikeus periä velan koko määrä kummaltakin velalliselta. Pelkästään se seikka, että lesken maksamien lyhennysten johdosta velan kokonaismäärä alenee vastaamaan vain sitä määrää, josta leski oli itse ositusperusteen syntyhetkellä vastuussa velkojalle, ei vielä ole perillistahon kannalta vaaraton tilanne. Vasta siinä vaiheessa kun koko yhteisen velan määrä on maksettu velkojalle, väistyy riski siitä, että velan vakuudeksi luovutetut osakkeet tai panttikirjat realisoidaan. Tämän vuoksi rintaperillisten kannalta turvaava vakuus on vakuus, josta velan koko määrä on maksettavissa.¹⁸

¹⁴ Aarnio, Aulis – Helin, Markku: Suomen avioliitto-oikeus. Helsinki 1992, s. 174.

¹⁵ Näin *Stjernstedt, Georg*: Våra äktenskapslagar. Stockholm 1921, s. 351.

¹⁶ Sama sääntö koskee luonnollisesti tilannetta, jossa perilliset poikkeuksellisesti ottaisivat vastatakseen lesken puolesta yhteisestä velasta.

¹⁷ Ks. *Rautiala, Martti*: mts. 349.

¹⁸ Näin asia näyttää tulleen ymmärretyksi myös Ruotsissa. ”Då makens övertagande av betalningsansvaret för gälden endast gäller makarna emellan och ej i förhållande till borgenären utan i förhållande till denne andra maken fortfarande svarar för gälden, må sådan rätt, som nyss sagt, tillkomma den förre allenast under förutsättning att han ställer andra maken säkerhet för gäldens betalning.” Ks. *Tiselius, Karl*: Den nya giftermålsbalken. NJA 1921 Av II, s. 195.

Mikäli alkuperäinen velkoja kuitenkin antaa perillistaholle sitoumuksen siitä, että se luopuu vaatimasta suoritusta vakuudesta siltä osin kuin vakuusrealisaatiossa kertyy kauppahintaa perillisten omistusosuutta vastaava määrä, vakuus on perillistahon kannalta täysin turvaava. Muuta lisävakuutta ei tällöin heillä ole oikeutta vaatia.

Mikäli leskellä ei itsellään ole osoittaa reaali vakuutta ensiksi kuolleen puolison perillisille, lesken on kyettävä järjestämään vakuus muulla tavoin. Vakuuden riittävyyden arvioi sopimusjaossa perillistaho. Perillisen ei tarvitse tyytyä ilmoitukseen, jonka mukaan takaaja on maksukykyinen. Jos ositusta toimittamaan on määrätty pesänjakaja, pesänjakajan on esikysymyksenä ratkaistava se, onko velan maksamisesta annettu vakuus riittävä.

Jos alkuperäinen velallinen ei maksa velkaa tai anna sen maksamisesta vakuutta

Varsinainen maksuväliintulo ja siihen liittyvä omistajanvaihdos ovat mahdollisia vain tilanteessa, jossa velkaa ei makseta tai sen maksamisesta ei anneta turvaavaa vakuutta. AL 101 §:n mukaan jos on tehty vaatimus yhteisen velan maksamisesta tai vakuuden antamisesta siitä, eikä niin tapahdu, velan saa maksaa tai ottaa vastatakseen muu kuin alkuperäinen velallinen. Säännös on sisällytetty lakiin sen vuoksi, että velallisen maksuhaluttomuus tai -kyvyttömyys ei saa estää toista osapuolta ottamasta osaa ositukseen.¹⁹

AL 101 §:n soveltaminen edellyttää sitä, että on esitetty vaatimus, jota ei ole täytetty.²⁰ Tarkasteltavana oleva säännös osoittaa, mitä vaatimuksen täyttämättä jättämisestä seuraa. Oikeusohje sääntelee sitä *arvomäärää*, joka puolison on toiselle luovutettava, mutta vaikenee siitä, millä omaisuudella arvomäärä on suoritettava.²¹ Välttämätöntä ei ole, että velan maksaneelle osoitetaan esimerkiksi sitä omaisuutta, jonka hankkimiseksi velka oli tehty. Jos

¹⁹ *Rautiala, Martti*: Avioliitto-oikeus, s. 349. – Vaikka avioliittolaki syntyikin yhteispohjoismaisen lainvalmistelun tuloksena, AL 101 §:ää vastaavaa oikeusohjetta ei sisällynyt Tanskan ja Norjan ehdotukseen avioliittolaiksi. Norjan ja Tanskan ehdotuksen mukaan jos puoliso ei vapaaehtoisesti maksanut osuuttaan yhteisestä velasta tai asettanut siitä vakuutta, puolisoiden omaisuuden ositus siirtyi virallistoimintoiseen ositukseen (offentlig skifte). Ks. *Förslag till giftermålsbalk m.m.* Stockholm 1918, s. 387. – Ruotsin uuteen avioliittolakiin ei sisälly lainkaan AL 88 §:ää ja AL 101 §:ää vastaavia säännöksiä. Ks. *Rohther-Schirren, Theddo & alt*: Familjerätt I. Göteborg 1991. Äktenskapsbalk (1987:230). Oikeustila Norjassa on säilynyt samanlaisena vuoden 1991 laissa kuin aiemmassa laissa. Ks. lähemmin *Lødrup, Peter*: Familieretten. 3. udgave. Oslo 1997, s. 220 ss.

²⁰ *Huttunen, Oiva*: Avioliittolaki, s. 195.

esimerkiksi puoliset ovat ostaneet yhdessä veneen, jonka hankkimiseen tehdystä velasta on maksamatta vielä osa toisen puolison kuollessa, leski voi maksaa velan ja maksu voidaan hyvittää hänelle esimerkiksi osoittamalla hänelle omistukseen muuta irtainta.²²

Jos puoliso ottaa vastatakseen koko velasta *ja* antaa siitä vakuuden tai jos perilliset sen tekevät, hänelle tai heille on annettava siitä, mikä osituksessa muuten olisi tullut vastapuolelle sellaisen omaisuuden lisäksi, joka ei mene muun velan katteeksi, tai sanotun puolen muun omaisuuden säästöstä omaisuutta, joka vastaa sen puolen osuutta velasta. Maksuväliintilanteessa edellytetään sitä, että toinen osapuoli ottaa yksin vastatakseen *koko velasta ja antaa lisäksi velasta vakuuden*. Tässä ja vain tässä tilanteessa toinen puoliso voi kasvattaa omistusosuuttaan ensiksi kuolleen puolison omaisuudesta. Toimitusosituksessa maksun toteuttaminen on pesänjakajan tehtävä.²³

Esimerkki: A ja B olivat ostaneet yhdessä asunnon, jonka arvo A:n kuollessa oli 350.000,00 euroa. Puolisoilla oli yhteistä velkaa asunnosta 60.000 euroa. A:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö oli 175.000,00 – 30.000 eli 145.000,00 euroa. B:n vastaava omaisuus oli samansuuruinen. Eloonjäänyt puoliso B vaatii, että A:n perilliset maksavat osuuden yhteisestä velasta tai antavat hänelle sen maksamisesta turvaavan vakuuden. A:n perilliset eivät kykene täyttämään kumpaakaan vaatimusta. B ilmoittaa, että hän ottaa vastatakseen velasta. Tässä tilanteessa B:lle on annettava A:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästöstä enemmän kuin mihin hän normaaliosituksen mukaan olisi oikeutettu. Lopputuloksena B saa puolisoiden avio-oikeuden alaisen omaisuuden yhteenlasketusta säästöstä 205.000,00 euroa ja vastaa yksin velan koko määrästä. A:n perillisten osuus on 145.000,00 euroa.²⁴ Osuus jää lesken hallintaan PK 3:1a:n nojalla.

²¹ *Välimäki, Pertti:* Osituksen sovittelu. Helsinki 1995, s. 62.

²² Leskelle voidaan antaa velan maksun johdosta myös sellaista omaisuutta, johon muutoin kohdistuisi lesken oikeus hallita tavanmukaista koti-irtaimistoa jakamattomana. Tässä suhteessa tilanne vertautuu siihen, että ensiksi kuolleen puolison perilliset ovat tasingonluovutusvelvollisia leskelle. Leskelle voidaan omaisuuden osituksessa antaa tasinkona PK 3:1a:n kohteena olevaa omaisuutta. Ks. lähemmin *Helin, Markku:* Lesken jakamattomuussuojasta aviovarallisuus oikeudellisenä kysymyksenä. DL 1984, s. 267 ss.

²³ *Aarnio, Aulis – Helin, Markku:* Suomen avioliitto-oikeus, s. 174.

²⁴ ”AL 101 §:n soveltaminen merkitsee puolison toiselle puolisolle suoritettavan määrän muuttamista vastattavaksi otetun velkaosuuden määrällä”, huomauttaa *Välimäki, Pertti:* Osituksen sovittelu, s. 63.

Järjestely on mahdollinen tässäkin tilanteessa vain, jos leski antaa lisäksi vakuuden. Tässäkin tapauksessa vakuus on annettava perillisille. Se seikka, että alkuperäisellä velkojalla on turvaava vakuus (huoneiston hallintaan oikeuttavat osakkeet tai panttikirja), ei ole laissa tarkoitettu vakuus. Avioliittolaki sääntelee puolisoiden tai puolison ja perillisten keskinäisiä suhteita, eikä lain ositussäännöksillä puututa alkuperäiseen velkasuhteeseen.

Velan vastattavaksi ottaminen koskee ainoastaan puolisoiden välistä suhdetta, eikä se vaikuta velkojan asemaan. Jos muuta ei sovita, perillistaho jää edelleenkin velkavastuuseen velkojaan nähden.²⁵ Ositustahojen keskinäisessä suhteessa vastuu velasta kuitenkin siirtyy kokonaisuudessaan leskelle, joka on ottanut velan vastattavakseen.²⁶ Juuri tämä korostaa *perilliselle* annettavan vakuuden merkitystä ja sitä, että vakuus todella vastaa perilliselle solidaarisesta velkavastuusta aiheutuvaa riskiä. Perillistaho voi vapautua velkavastuusta suhteessa velkojaan vain velkojan nimenomaisella päätöksellä. Mutta edes se seikka, että pankki vapauttaa perilliset vastaamasta velasta, ei vapauta leskeä velvollisuudestaan antaa vakuus perillistaholle, mikäli lesken velan vakuutena on omaisuutta, joka kuului omistajana ensiksi kuolleelle puolisolle ja mikä jäämistöoikeudellisten sääntöjen mukaan on näille tuleva. Ellei vakuutta anneta, ei toinen osapuoli ole velvollinen suostumaan osituksessa AL 101 §:n tarkoittamaan järjestelyyn.²⁷ Vakuus on kuitenkin tarpeeton, mikäli alkuperäinen velkoja vapauttaa perilliset vastaamasta yhteisestä velasta, eivätkä perilliset ole vastuussa velasta perittävän antaman vakuuden perusteella.

Jos ensiksi kuolleen puolison omaisuutta tarvitaan muun kuin puolisoiden yhteisen velan kattamiseen, eloonjääneellä puolisollla ei ole oikeutta maksuväliintuloon. Maksuväliintulo ja siihen liittyvät omaisuusjärjestelyt ovat suhteessa muihin velkoihin väistyviä, toissijaisia.²⁸ Tämä oli huomattavasti paljon selvemmin lausuttu julki AL 88 §:n ja AL 101 §:n esikuvana olleissa säännösehdoituksissa. Lainvalmistelun edetessä alkuperäinen säännöshdotus halsesi keskeltä kahtia ja säännöksen palaset ajelehtivat toisis-

²⁵ *Rautiala, Martti*: Avioliitto-oikeus, s. 349–350. Samoin *Välimäki, Pertti*: Osituksen sovitelu, s. 63.

²⁶ Erityisen selvästi tämä käy ilmi Ruotsin giftermålsbalkenin 13 luvun 11 §:stä, missä asia oli nimenomaisesti todettu ”– och vare den förre makarna emellan ensam ansvarig för gäldens betalning”. Ks. *Tiseliuss, Karl*: Den nya giftermålsbalken. NJA 1921 Avd II, s. 194.

²⁷ *Rautiala, Martti*: Ositus, s. 222.

²⁸ *Huttunen, Oiva*: Avioliittolaki, s. 195.

taan erilleen kuin mannerlaatat. Alkuperäinen säännösehdotus (LVK 1920) on näin kuuluva:

56 §

Jos pesänjako toimitetaan, ennenkuin vainajan kaikki tietyt velat on maksettu tai niiden maksamiseen tarvittavat varat on pantu erityiseen hoitoon, on eloonjääneellä puolisollla oikeus vaatia, että yhteisestä velasta maksetaan vainajan osalle tuleva osuus tai että sen maksamisesta annetaan vakuus. Ellei niin tehdä, on, milloin puoliso ottaa vastatakseen koko velasta ja siitä antaa vakuuden, hänelle annettava sanottua osuutta vastaava osa siitä omaisuudesta, mikä muuten olisi tullut perillisille, *jos se voi tapah-tua vainajan muita velkojia vahingoittamatta* (kurs. tässä). Vastaava oi-keus olkoon myöskin perillisillä.

Ehdotuksen 56 §:n loppuosasta muotoiltiin lainvalmisteluprosessin viimeisessä vaiheessa AL 101 §. Lainvalmistelijat eivät ehkä osanneet aavistaa-kaan sitä, että AL 101 §:n varsinainen soveltamisala liittyy nimenomaan ti-lanteisiin, joissa toinen puoliso – mitään vaatimusta sen kummemmin esittä-mättä toiselle puolisolle – maksaa ositusperusteen syntyhetken jälkeen yh-teistä velkaa koskevan lyhennyserän, joka on erääntynyt maksettavaksi so-vitun mukaisesti. Jos puolisoilla on yhteistä velkaa, toinen puolisoista jou-tuu usein käytännössä hoitamaan erääntyneen suorituksen maksun osituspe-rusteen syntyhetken jälkeen ennen omaisuuden ositusta. Kun velat merki-tään osituslaskelmaan sen suuruksina kuin ne olivat ositusperusteen synty-hetkellä, ositusperusteen jälkeen ennen ositusta suoritettu maksu ei vaikuta itse laskelmaan.

Sen sijaan on luonnollista, että maksun suorittanutta puolisoa tai perillis-tahoa hyvitetään ositustoimituksessa velan maksusta siltä osin kuin kysy-mys on ollut toisen puolison puolesta tehdystä suorituksesta. Oikeuskirjalli-suudessa on katsottu, että velan maksaneelle puolisolle, joka on maksun joh-dosta saanut regressisaatavan toista puolisoa kohtaan, voidaan maksaa reg-ressivelka osituksessa AL 101 §:n osoittamalla tavalla.²⁹ *Välimäen* mukaan oikeuskäytännössä tätä sääntöä sovelletaan rohkeasti.³⁰ Tarvittaessa puoli-solle annetaan mahdollisen tasingon lisäksi muuta omaisuutta, jolla takaut-missaaminen konkreettisesti maksetaan takaisin. AL 101 §:n mukaisessa menettelyssä onkin kysymys muuhun perusteeseen nojaavasta suoritusvel-

²⁹ Aarnio, Aulis – Helin, Markku: Suomen avioliitto-oikeus, s. 275.

³⁰ Välimäki, Pertti: Osituksen sovittelu, s. 65 av. 12.

vollisuudesta ja oikeudesta suoritukseen kuin tasingossa.³¹ Kysymyksessä on laskennallinen erä osituksessa. AL 101 § ei määrää sitä, mitä omaisuutta leskelle luovutetaan hyvitykseksi siitä, että hän on maksanut ensiksi kuolleen puolison velan. *Välimäen* mukaan se ratkaistaan AL 103 §:n perusteella.³² Avioliittolain 107 §:n mukaan vastaavia säännöksiä on noudettava myös siinä tapauksessa, että puolisoilla ei ole avio-oikeutta toistensa omaisuuteen. Näin menetellen omaisuuden erottelussa voidaan turvata toisen puolisona asema ”sen varalta, että tämä puoli joutuisi suorittamaan enemmän kuin oman osuutensa yhteisestä velasta”.³³ Menettelysäännöt ovat samat kuin osituksessa. Jos puoliso ottaa vastatakseen toisen puolison velasta tai maksaa sen, häntä hyvitetään antamalla vastaava määrä enemmän omaisuutta, mihin hän muutoin olisi erottelussa oikeutettu. Tilanteessa, jossa puolisoilla on sekä avio-oikeudesta vapaata että avio-oikeuden alaista omaisuutta, suoritus voidaan antaa velasta vastanneelle puolisolle siitä riippumatta, mihin ryhmään omaisuus kuuluu.³⁴ Siihen osuuteen asunnosta, joka ei kuulu leskelle omistajana, leskellä on PK 3:1a:n mukainen hallintaoikeus.

Perillisen maksama ensiksi kuolleen puolison velka ja perinnönjako lesken jälkeen

Osituksessa, joka toimitetaan avioeron johdosta puolisoitten kesken, noudatetaan – eloonjääneen puolison tasinkoetuoikeutta lukuun ottamatta – samoja sääntöjä kuin niissä tapauksissa, joissa ositusperusteena on puolison kuolema.³⁵ Jälkimmäisessä tilanteessa ensiksi kuolleelta puolisolta on kuitenkin

³¹ Oikeuskirjallisuudessa on huomautettu aiheellisesti siitä, että AL 101 §:ssä tarkoitettua maksua ei tule sekoittaa tasingon maksuun. Ks. *Aarnio, Aulis – Helin, Markku*: Suomen avioliitto-oikeus, s. 174.

³² *Välimäki, Pertti*: Osituksen sovittelu, s. 62.

³³ *Gröwall, F.*: Uusi avioliittolainsäädäntö selityksineen. Porvoo 1936, s. 232.

³⁴ *Aarnio, Aulis – Helin, Markku*: Suomen avioliitto-oikeus, s. 174.

³⁵ Rautialan mukaan ”sanomattakin lienee selvää, että puheena olevaa säännöstä (so. AL 88 §:ää) voidaan soveltaa sekä silloin, kun avioliitto purkautuu toisen puolison kuoleman johdosta, että silloin, kun se puretaan tuomiolla”. Ks. *Rautiala, Martti*: Avioliitto-oikeus. Helsinki 1968, s. 351 sekä sama: Ositus, s. 223. – Savolaisen mukaan osituksessa, joka toimitetaan ensiksi kuolleen puolison perillisten ja lesken välillä, ei ensiksi kuolleen puolison perillisillä ole oikeutta vaatia, että leski maksaa velkansa. Tulkinta sivuuttaa solidaarisen velkavastuun aiheuttamat ongelmat. Ks. *Savolainen, Matti*: Makes arvsrätt och avvittring enligt äktenskapslagen I. JFT 1991, s. 259 ja sen johdosta *Saarenpää, Ahti*: Perintö ja jäämistö. Kitee 1994, s. 56 ss.

voinut jäädä useampia perillisiä, joista yksi on ositusperusteen syntyhetken jälkeen maksanut perittävän velan. Jos velan maksaa perillisistä vain yksi, se herättää kysymyksen siitä, saako velan maksanut perillinen vain suoritus-taan vastaavan takautumisoikeuden kuolinpesään nähden vai kasvattaako hän itse suorituksellaan omaa osuuttaan omaisuudesta.

Esille nostettu ongelma ei ole vailla merkitystä tilanteessa, jossa eloonjäänyt puoliso vetoaa PK 3:1a:n mukaiseen oikeuteensa. Ensiksi kuolleen puolison kuoleman ja eloonjääneen puolison kuoleman välinen aika voi olla vuosikymmeniä. Jos katsotaan, että perillinen maksamalla velan eloonjääneen puolison esittämän vaatimuksen johdosta saa vain takautumisoikeuden pesään nähden, on ratkaistava kysymys siitä, onko saatava korollinen ja mis-sä ajassa saatava vanhenee suorituksesta lukien. Mikäli taas katsotaan, että velan maksanut perillinen voi kasvattaa maksuväliintulollaan omaa osuuttaan ensiksi kuolleen puolison jäämistöstä, on otettava kantaa siihen, minkä ajankohdan mukaan osuuden kasvu määritetään.

Esimerkki: A ja B olivat ostaneet yhdessä asunnon, jonka arvo A:n kuollessa oli 350.000,00 euroa. Puolisoilla oli yhteistä velkaa asunnosta 60.000 euroa. A:n avio-oikeuden alaisen omaisuuden säästö oli 175.000,00 – 30.000 eli 145.000,00 euroa. B:n vastaava omaisuus oli samansuuruinen. Eloonjäänyt puoliso B vaatii, että A:n perilliset maksavat osuuden yhteisestä velasta tai antavat hänelle sen maksamisesta turvaavan vakuuden. A:lla on kaksi rintaperillistä x ja y. Rintaperillinen y maksaa velan koko määrän 30.000,00 euroa. Saman vaatimuksen esittävät A:n perilliset B:lle. B maksaa velan / antaa sen maksamisesta vakuuden. Ositus toimitetaan normaalien sääntöjen mukaisesti. A:n kuolinpesään kuuluu 1/2 asunnosta. B vetoaa PK 3:1a:n mukaiseen oikeuteensa. Kun B kuolee 20 vuotta myöhemmin, asunnon arvo on 700.000,00 euroa. Rintaperillinen y vaatii, että hänelle osoitetaan A:n jälkeen asunnosta päältäpäin 17,14 % ja lopuosa A:n jälkeen jaetaan hänen ja x:n kesken. Rintaperillinen y väittää, että x:n saatava on vanhentunut, sille ei voida laskea korkoa ja korkeintaan y:tä voidaan hyvittää osoittamalla hänelle 8,6 % päältäpäin A:lle kuuluneiden osakkeiden arvosta. Viimeksi mainittu määrä vastaa maksetun velan 30.000,00 suhdetta A:n kuolinpesään kuuluvaan (puoli)osuuteen 350.000,00 euroa osakkeista.

Esimerkissä esille nostettuihin kysymyksiin ei saa yksiselitteistä vastausta laista. Perillisen, joka maksaa yksin perittävän osuuden yhteisestä velasta, on aihetta sopia jo ennen maksua siitä, mikä vaikutus velan maksulla on suhteessa muihin perillisiin. Normipula pakottaa sopimaan siitä, kenelle ve-

lan maksun tuottama omistuksen lisäys kuuluu. Sopimuksen sisältöä hahmotettaessa on aiheellista muistaa, että AL 101 § antaa periaatteessa molemmille osapuolille oikeuden saada osuuteensa hyvityksenä enemmän omaisuutta kuin mihin ositustaho olisi oikeutettu, jos toisen ositusosapuolen velkaa ei olisi maksettu. Mikäli ensiksi kuolleen puolison perilliset yhdessä olisivat maksaneet velan, he myös yhdessä saisivat osuuteensa vastaavasti enemmän omaisuutta. Mikäli perillisistä vain yksi on kykenevä maksamaan velan, maksua on pidettävä muiden perillisten puolesta tehtynä maksuväliintulona. Tällöin velan maksaneen perillisen tulisi voida saada hyödykseen itselleen se etuus, joka muussa tapauksessa olisi koitunut koko perillistahon hyväksi.

Lesken oikeus hallita jäämistöä jakamattomana on elämänmittainen lesken etuus. Kun lesken jäljellä olevan elämän pituus on merkitty vain Taivaan kirjaan, rintaperillisen ei kannata jättäytyä epätietoisuuden varaan siitä, mitä seurauksia hänen velan maksustaan on. Eloönjääneen puolison oikeuden estämättä rintaperillisellä on oikeus vaatia perinnönjakoa heti ensiksi kuolleen puolison kuoleman jälkeen.³⁶ Tässä perinnönjaossa pesänjakaja voi vahvistaa asunnon omistussuhteet ja ottaa asianmukaisella tavalla huomioon perillisen maksaman velan aiheuttaman tarpeen kasvattaa hänen murto-osais- ta jako-osuuttaan asunnosta. Pesänjakajan ratkaisu ei estä leskeä hallitsemasta jäämistöä jakamattomana, mutta poistaa epätietoisuuden siitä, miten omaisuus on jaettava perillisten kesken lesken kuoleman jälkeen.

³⁶ Ks. *Kangas, Urpo*: Puolison oikeudesta hallita jäämistöä PK 3 luvun nojalla. Näkökohtia omaisuuden osituksesta ja perinnönjaosta. LM 1983, s. 731 ss.

Oikeuden saatavuudesta perheoikeudellisissa hakemusasioissa

OIKEUDEN SAATAVUUS

Oikeusdogmaattisissa tutkimuksissa on yleensä selvitetty jonkin oikeussubjektin oikeudellista asemaa, esimerkiksi mitä oikeuksia asianomaisella oikeussubjektilla on. Kun oikeusjärjestyksen tosiasiallista toimintaa tutkitaan, tulisi myös selvittää, millaiset keinot ja mahdollisuudet asianomaisella henkilöllä on käytännössä toteuttaa ja turvata oikeutensa. Kysymys on tällöin siitä, millaisia käytännön mahdollisuuksia yksittäisellä kansalaisella tai väestöryhmällä on tosiasiassa suojata oikeuksiaan ja mitkä seikat muodostavat esteitä tai rajoituksia oikeuksien toteuttamiselle.¹ Tämä kysymyksenasettelu ohjaa huomaamaan niitä eroavuuksia, joita eri kansalaisilla on oikeuden saatavuudessa (*Access to Justice*).²

Liberalistisen käsityksen mukaan riita-asian oikeudenkäyntiä saatetaan pitää asianosaisten välisenä yksityisasiana. Yhteiskunnan tehtäviin kuuluisi huolehtia vain siitä, että kansalaisilla on tarvittaessa käytettävissään tuomioistuinlaitos. Oikeuden saatavuus toteutuisi siten, että kansalaisella on oikeus panna vireille kanne. Tämän näkemyksen mukaan riittävää olisi se, että tuomioistuinmenettely on kaikkien käytettävissä.³ Asiantila voi-

¹ Ks. Ervasti, Kaijus: Riitojen ratkaisu Suomessa *Access to Justice* -näkökulmasta s. 640–642, Defensor Legis 1999 s. 640–660 ja Tala, Jyrki: Oikeuden saatavuus s. 677–679. Teoksessa *Suomalainen oikeussanakirja VII. Oikeuden yleistieteet*. Helsinki 1999.

² Ervo on käyttänyt ilmaisun *Access to Justice* vastineena termiä *oikeuksiin pääsy*. Ks. Ervo, Laura: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti s. 117–119, Helsinki 2005. Virolainen ja Pölonen ovat jakaneet oikeuden saatavuuden kahteen alaryhmään, joista he käyttävät termiä *access to court* (henkilön oikeus päästä asioimaan tuomioistuimessa) ja *access to justice* (ihmisen tosiasiallinen mahdollisuus päästä oikeuksiinsa eli saada oikeutensa toteutetuksi). Ks. Virolainen, Jyrki – Pölonen, Pasi: Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I s. 256–257, Helsinki 2003.

³ Ks. Virolainen, Jyrki: Lainkäyttö s. 101, Helsinki 1995.

daan ilmaista Cappellettia lainaten: ”Justice is open to all, like The Ritz Hotel.”⁴

Oikeusavun saaminen varallisuudesta riippumatta on eräs oikeusturvan keskeisistä elementeistä. Taloudelliset seikat voivat muodostaa esteen oikeuden saatavuudelle, jos kansalaisilla ei ole mahdollisuutta maksuttomaan oikeusapuun. Perustuslain perusoikeussäännökset edellyttävät oikeusavun todellista saatavuutta. Perustuslain 6 §:ssä tarkoitettu kansalaisten yhdenvertaisuus lain edessä edellyttää, että oikeusapua on kaikkien saatavilla tasapuolisesti. Vähävaraisille henkilöille on myös turvattava mahdollisuus oikeusapuun tuomioistuimessa. Muutoin ei voida puhua asianosaisten todellisesta yhdenvertaisuudesta tuomioistuimessa. Samoin perustuslain 21 §:n säännökset oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä edellyttävät, että oikeus-suojan elementteihin kuuluu mahdollisuus saada oikeusapua, jos sitä tarvitsee. Oikeusapua on annettava valtion kustannuksella, jos siihen ei ole muutoin taloudellisia mahdollisuuksia.⁵ Maksuttoman oikeusavun kustannukset eivät ole valtiontalouden kannalta kohtuuttoman suuri menoerä, jos niitä verrataan valtion muihin menoihin. Maksuttoman oikeusavun aiheuttamat kustannukset ovat alle 2 promillea valtion budjetista. Määrä on vähäinen, jos sitä verrataan sosiaaliturvaan käytettyihin miljardeihin euroihin.⁶ Kustannusten arvioinnissa on otettava huomioon vähävaraisten kansalaisten oikeusturvan tärkeys.

Oikeudenkäynnissä kumpikin asianosainen kantaa riskin siitä, että hän omien kulujensa lisäksi joutuu korvaamaan vastapuolen oikeudenkäyntikulut. Tämän riskin osalta on katsottu, että se estää aiheettomien juttujen saattamisen tuomioistuimeen ja että se edistää halukkuutta tehdä sovinto. Riski oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta ei saa olla niin merkittävä, että se estää kansalaista nostamasta kannetta tuomioistuimessa, jos hänellä on siihen todellista tarvetta. Asianosainen luopuu helposti kanteen nostamisesta, jos hänellä ei ole varoja oikeudenkäyntiä varten. Sanottu riski voi muodostaa todellisen esteen oikeuden saatavuudelle. Tämä voi olla seurausta siitä, että oikeudenkäyntijärjestelmä ei toimi oikeudenmukaisella tavalla.⁷

⁴ Ks. Cappelletti, Mauro (ed.): *Access to Justice and the Welfare State* p. 20, Florence 1981.

⁵ Oikeusavusta ihmis- ja perusoikeutena ks. Ervo 2005 s. 116–131; Jokela, Antti: Oikeudenkäyntikulut ja maksuton oikeusapu s. 46–49, Helsinki 1995 ja Jokela, Antti: Oikeudenkäynti II s. 72–76, Helsinki 2002.

⁶ Ks. Lappalainen, Juha: *Siviiliprosessioikeus II* s. 106, Helsinki 2001.

⁷ Ks. Lappalainen 2001 s. 104–106.

Oikeuden saatavuus on vähitellen muodostunut merkittäväksi ongelmaksi. Oikeuden saatavuutta koskeviin seikkoihin ei kiinnitetty huomiota, kun riita-asioiden oikeudenkäyntimenettelyä uudistettiin vuonna 1993. Uusi oikeudenkäyntimenettely aiheuttaa osapuolille huomattavia kuluja, jos oikeudenkäynnistä tulee pitkä. Oikeudenkäyntikulut ovat nousseet merkittävästi. Ne estävät vähävaraista henkilöä ryhtymästä oikeudenkäyntiin, jos hän ei saa maksutonta oikeusapua. Oikeudenkäyntikulut ovat kasvaneet niin paljon, ettei keskituloisilla ole varaa suureen oikeudenkäyntiin. Nykyisin onkin koettu ongelmalliseksi keskituloisten rajalliset taloudelliset mahdollisuudet käydä oikeutta, mikä johtuu oikeudenkäyntimenettelyn kalleudesta. Keskituloisten asemaa on tosin pyritty parantamaan oikeusapulakia koskevalla uudistuksella.⁸

PERHEOIKEUDELLISISTA HAKEMUSASIOISTA

Monet perheoikeudelliset asiat voidaan käsitellä hakemusasioina, kuten avioeroasia ja yhteiselämän lopettaminen (AL 28.1 §) sekä niiden liitännäiskäsymyksenä AL 30.1 §:ssä mainitut vaatimukset.⁹ Hakemuksella pannaan vireille lisäksi keskeiset lapsioikeuden alaan kuuluvat jutut eli lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta (HTL 14.1 §)¹⁰ sekä lapseksi ottamista (OLL 29.2 §) koskevat asiat. Henkilöoikeuden alaan lähinnä kuuluva edunvalvojan määräämistä ja toimikelpoisuuden rajoittamista koskeva asia pannaan nykyisin vireille hakemuksella (HolHTL 69 §).¹¹ Hakemusasian käsittelyjärjestystä

⁸ Ks. Rautio, Jaakko: Oikeusapu valtion varoin s. 664. Teoksessa Prosessioikeus. Oikeuden perusteokset. Helsinki 2003.

⁹ Avioeroasian liitännäisvaatimuksista ks. Aarnio, Aulis – Helin, Markku: Avioliittolain muutetut säännökset s. 67–69, Tampere 1988; Koulu, Risto: Hakemusasioista erityisesti avioeroasioiden kannalta s. 136–149, Helsinki 1989 ja Saarenpää, Ahti: Avioliittolain muutokset s. 46–52, 4. p., Rovaniemi 1992.

¹⁰ Hallituksen esityksen perusteluissa ei ole lainkaan selvitetty, miksi HTL:ssa tarkoitettun asian vireillepanotavaksi otettiin hakemus eikä haastehakemus. Ks. HE 224/1982 vp s. 6 ja 17 sekä Koulu 1989 s. 104.

¹¹ Holhousasiat ovat olleet osaksi hakemusasioita ja osaksi riita-asioita. Kun holhouslakia uudistettiin vuonna 1983 (368/1983), holhottavaksi julistamista koskeva asia muutettiin oikeusturvasyistä riita-asiaksi. Hakemuksella voitiin panna vireille a) holhottavaksi julistamista koskeva asia, jos hakija pyysi sitä itse, ja b) holhottavaksi julistamisen kumoamista koskeva asia. Holhoustoimesta annetun lain (442/1999) säätämisen yhteydessä muutet-

on noudatettava asian vireillepanovaiheessa siitä riippumatta, onko asia riitainen tai ei. Lueteltujen hakemusasioiden käsittelyä on kuitenkin jatkettava riita-asian käsittelystä säädettyssä järjestyksessä, jos asia on riitainen. Käytännössä tämä merkitsee sitä, että riitaisen hakemusasian käsittely eroaa riita-asiasta vain jutun vireillepanotavan osalta. Edellinen pannaan vireille hakemuksella ja jälkimmäinen haastehakemuksella. Näissä jutuissa oikeudenkäyntikulut nousevat yleensä käytännössä samansuuruisiksi. Toisin sanoen hakemusasia ei muodosta tällöin taloudellisesti edullista menettelytapaa. Erikseen selvittävä kysymys on siten oikeusavun saamismahdollisuus perheoikeudellisissa hakemusasioissa.

Kaikkia perheoikeudellisia asioita ei voi panna vireille hakemuksella. Lapsen elatusta koskevat asiat ovat riita-asioita, jotka voidaan panna vireille vain haasteella (ElatusL 10, 13 ja 14 §). Lapsen elatusapua koskeva asia voidaan panna vireille hakemuksella, kun sitä käsitellään 1) lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta (HTL 14.3 §) tai 2) avioeroa ja yhteiselämän lopettamista (AL 31 §) koskevan jutun liitännäisvaatimuksena. Isyyden vahvistamista ja kumoamista koskevat isyysjutut ovat myös haasteella vireille pantavia riita-asioita.¹² Isyyden vahvistamista koskevassa jutussa lapsen elatusasia tulee vireille haastehakemuksen perusteella (ElatusL 13.2 §).

Hakemusasioita koskeva oikeustila muuttui monessa suhteessa merkityksellisesti, kun hakemusasioiden käsittelystä yleisessä alioikeudessa annettu laki tuli voimaan 1.5.1987 lukien.¹³ Tämä laki sisälsi yleiset säännökset niiden hakemusasioiden käsittelystä, joista ei ollut säädetty erillisiä menettelysäännöksiä. Perheoikeudellisia hakemusasioita koskevia erityissäännöksiä sisältyy muun muassa AL 29–32 §:ään ja HTL 3 lukuun.

Hakemusasiaa ei määritelty HKL:ssa aineellisin eli asian laatua koskevin kriteerein vaan muodollisten seikkojen perusteella. Oikeustila on pysynyt muuttumattomana senkin jälkeen, kun hakemusasioiden menettelysäännök-

tiin 1) edunvalvojan määräämistä ja 2) toimikelpoisuuden rajoittamista koskevat jutut hakemusasioiksi, mitä muutosta ei perusteltu lakiesityksessä (ks. HE 146/1998 vp s. 63–64). Täysi-ikäisen henkilön vajaavaltaiseksi julistaminen merkitsee poikkeuksellinen voimakasta puuttumista yksilön itsemääräämisoikeuteen. Oikeusturvan tarve ei ole vähentynyt, minä vuoksi olisi ollut asianmukaista arvioida ja edes perustella jutun muuttamista riita-asiasta hakemusasiaksi.

¹² Hakemusasiana on voitu käsitellä vain isyyden tunnustaminen (IsyysL 20 §), jonka vahvistaminen siirtyi 1.1.2003 lukien käräjäoikeuksilta maistraateille. Ks. HE 79/2002 vp.

¹³ HKL (307/1986) on kumottu ja siihen sisältyneet säännökset on siirretty OK 8 lukuun (786/2002). Uudet säännökset tulivat voimaan 1.1.2003.

set siirrettiin OK 8 lukuun.¹⁴ Hakemusasiaksi katsotaan asiat, jotka alioikeus voi ottaa käsiteltäväkseen 1) hakemuksesta, 2) ilmoituksesta tai 3) omasta aloitteestaan (HKL 1.1 § ja OK 8:1). Riita-asian ja hakemusasian välistä eroa ei voida tehdä aineellisin perustein vaan asian vireilletulotavan perusteella. Tämä valintaperuste otettiin käyttöön HKL:n valmistelu- ja lainsäädäntövaiheessa tietoisesti¹⁵ eikä sitä muutettu siirrettäessä HKL:n säännökset OK 8 lukuun.¹⁶ Asianosaisilla ei ole valintamahdollisuutta, vaan hakemusasian käsittelyjärjestystä on noudatettava, jos alioikeus voi ottaa asian käsiteltäväkseen hakemuksesta. Hakemusasioihin kuuluu hyvin erilaisia asioita, jotka eivät ole sisällöllisesti yhteismitallisia. Monet perhe- ja holhousoikeudelliset hakemusasiat vastaavat sisällöllisesti riita-asioita, joissa kuultavaksi kutsutun henkilön asema on täysin rinnasteinen riita-asian vastaajaan. Käytännössä on ollut kysymys siitä, että perinteinen riita-asia on muuttunut hakemusasiaksi pelkästään sen vuoksi, että juttu on asiaa koskevassa erityislaissa säädetty pantavaksi vireille hakemuksella. Tosiasiallinen asiantila on otettu huomioon OK 8 luvun 4 §:n säännöksessä (768/2002), jossa lueteltujen perhe- ja holhousasioiden käsittelyä on jatkettava riita-asian käsittelystä säädettyssä järjestyksessä, jos asia on riitainen. Näissä tilanteissa hakemus- ja riita-asioiden menettelyllinen ero supistuu lähinnä vireillepanotapaan.¹⁷ Järjestelmää voidaan pitää epäjohdonmukaisena. Tälle epäjohdonmukaiselle asiantilalle ei ole rationaalisia perusteita. Se on ymmärrettävissä vain historiallisen kehityksen tuloksena, jota ei ole lainmuutoksella yhdenmukaistettu.

OIKEUSAVUSTA PERHEOIKEUDELLISISSA HAKEMUSASIOISSA

Oikeuden toteutumisessa käytännön tasolla on keskeistä, että kansalaisilla on mahdollisuus turvautua tuomioistuinmenettelyyn, kun he sitä tarvitsevat. Oikeuden saatavuus voi olla näennäistä, jos taloudelliset seikat ovat esteenä

¹⁴ Ks. HE 32/2001 vp s. 64.

¹⁵ Ks. HE 90/1985 vp.

¹⁶ Ks. HE 32/2001 vp s. 21–22 ja 63–65.

¹⁷ Ks. HE 32/2001 vp s. 21 ja 67 sekä Koulu 1989 s. 103.

oikeudenkäyntiin ryhtymiseksi.¹⁸ Tästä näkökulmasta on erityisen tärkeää, että myös vähävaraisilla henkilöillä on mahdollisuus tuomioistuimessa ajaa kannetta omien etujensa ja oikeuksiensa toteuttamiseksi. Samoin heidän tulisi voida puolustautua oikeudenkäynnissä perusteettomia vaatimuksia vastaan. Tärkeisiin kysymyksiin kuuluu sen seikan selvittäminen, onko asianosaisilla riittävä mahdollisuus saada maksutonta oikeusapua, jos heidän omat taloudelliset resurssinsa ovat rajoitetut.

Viime vuosikymmeninä on tapahtunut merkittäviä muutoksia oikeusavun saatavuudessa. Toisinaan oikeusapua on parannettu ja toisinaan kavennettu. Jälkimmäiseen suuntaan ovat vaikuttaneet taloudelliset suhdanteet. Valtiontaloudellisia joustoja on haettu vähävaraisten oikeuksia supistamalla. Historiallisen kehityksen tunteminen auttaa ymmärtämään nykyistä oikeustilaa ja sen perusteita. Toisin sanoen saadaan tietoa niistä seikoista, jotka todellisuudessa ovat vaikuttaneet voimassa olevan normin syntyyn.

Maksuton oikeudenkäynti hakemusasiassa

Maksuttomasta oikeudenkäynnistä annetun lain (87/1973) alkuperäisessä muodossa asetettiin maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämiselle *hakemusasiassa* kvalifioituja edellytyksiä. Muiden edellytysten lisäksi hakemusasiassa vaadittiin, että asian laatu ja asiaan osallisen oikeusturvan toteuttaminen *erityisistä syistä* vaati maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämistä (MOL 1.1 §). Kysymys oli lakivaliokunnan tekemästä lisäyksestä, jolla haluttiin laventaa MOL:n soveltamisalaa vuoden 1955 lakiin verrattuna.¹⁹ Hakemusasiassa voitiin tällöin käytännössä myöntää maksuton oikeudenkäynti vain erityisistä syistä. Tämä oli silloisen oikeustilan vallitessa osittain ymmärrettävissä, koska lukumääräisesti arvioiden tyypillisiä hakemusasioita olivat mm. lainhuudatus- ja kiinnitysasiat. Tavallaan katsottiin, että kiinteistön ostajalla ja kiinnitysvelan saajalla oli aina taloudellisesti riittävä mahdollisuus hoitaa hakemusasiansa omalla kustannuksellaan.

Hakemuslainkäyttöön kuuluvia tyypillisiä perheoikeudellisia asioita olivat tuolloin ottolapsisuhteen perustaminen ja purkaminen sekä asumus- ja avioeroasia yhteisestä hakemuksesta. Asumus- ja avioeroasia voitiin panna

¹⁸ Ks. Rautio 2003 s. 663.

¹⁹ Ks. LaVM 16/1972 s. 2 sekä Aalto, Jorma: Maksuton oikeudenkäynti s. 49–50, Helsinki 1974 ja Jokela 1995 s. 52–53.

vireille myös riita-asiana.²⁰ Erityisiä syitä koskevien edellytysten katsottiin täyttyvän helposti niissä hakemusasioissa, joissa oli kysymys kaksiasianosaissuhteesta, kuten holhottavaksi julistamisessa sekä ottolapsisuhteen perustamisessa tai purkamisessa. Yksiasianosaissuhteeseen perustuvissa hakemusasioissa maksuttoman oikeudenkäynnin saamisen edellytykset täyttyivät, jos hakemusasia oli poikkeuksellisen monimutkainen ja hakijan oikeusturvan takaaminen tulevaisuudessa edellytti sen hoitoa.²¹

Hakemusasioiden menettelyuudistus

Eduskunnan käsiteltäväksi annettiin vuonna 1985 hallituksen lakiesitys (HE 90/1985 vp) hakemusasioiden käsittelyä yleisessä alioikeudessa koskevaksi lainsäädännöksi. Tämän esityksen johdosta annetussa lakivaliokunnan mietinnössä kiinnitettiin huomiota oikeuskäytännössä vallinneisiin epäkohtiin, erityisesti oikeuskäytännön tiukkuuteen ja siitä johtuneisiin vääristymiin. Lakivaliokunta katsoi, että muun muassa hakemusasioina käsiteltävissä asumus- ja avioeroasioissa olisi tarpeen saada maksuton oikeudenkäynti. Lakivaliokunta esitti epäkohdan korjaamista joko lainsäädäntöteitse tai tuomioistuimille annettavilla ohjeilla joustavasta tulkinnasta.²² Lakivaliokunnan mietintö kuvastaa selvästi näkemystä siitä, ettei oikeusavun tarvetta ja taloudellista mahdollisuutta saada oikeusapua ollut silloin voimassa olleessa oikeudessa otettu riittävästi huomioon muun muassa perheoikeudellisissa asioissa.

Avioliittolain osittaisuudistus

Hallituksen reagointi ei ollut kuitenkaan lakivaliokunnan esittämän toivomuksen mukainen. Hallituksen lakiesityksessä avioliittolain muuttamiseksi esitettiin tulkintasuosituksen luonteinen kannanotto maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämisedellytyksistä avioeroasioissa. Lausuma sisältyi lainuudistuksen taloudellisia vaikutuksia koskevaan osaan. Esityksessä katsottiin,

²⁰ Hakemusasioina käsiteltiin myös mm. holhoojan ja uskotun miehen määrääminen, testamentin valvonta ja pesänjakajan määrääminen. Ks. Aalto 1974 s. 51.

²¹ Ks. Aalto 1974 s. 53–54.

²² Ks. LaVM 9/1985 s. 1.

ettei maksuttoman oikeudenkäynnin myöntäminen yleensä voine olla perusteltua ”puhtaassa” avioeroasiassa, joka käsitellään hakemusasiana. Esi-tyksen mukaan avioeroasian liitännäiskysymys voi antaa aiheita maksutto-man oikeudenkäynnin myöntämiseen varsinkin, jos se olisi riitainen. Esi-merkkeinä tällaisista liitännäiskysymyksistä mainittiin lasten huolto sekä lapsen tai puolison elatus.²³ Avioeroasioiden siirtämisellä riita-asioista ha-kemusasioiksi tavoiteltiin kustannussäästöjä, joiden määrää ei tosin pystytty esityksessä arvioimaan.

Hallituksen lakiesityksessä oltiin siten edelleen säästölinjalla, joka oli omaksuttu 1970-luvulla energiakriisien aikana. Tämä lakiesityksen kanta oli yllättävä, koska 1980-luvun loppupuolella Suomessa oli pitkä noususuhdan-ne, jota sittemmin kutsuttiin ns. kasinotaloudeksi. Vähävaraisten oikeustur-vasta tingittiin valtiontaloudellisilla perusteilla, jotka eivät olleet pakotta-via.²⁴ Valtion verotulot kasvoivat tuolloin ennätysmäisellä tavalla.

Lakivaliokunta uudisti mietinnössään aikaisemman kannanottonsa. Va-liokunta ei pitänyt hallituksen esityksessä ilmaistua kantaa asianmukaise-na. Lakivaliokunta perusteli lausumaansa sillä, 1) että heti asiaa vireille pan-taessa saatavien oikeiden tietojen ja neuvojen avulla saadaan asiat nopeam-min, helpommin ja halvimalla kuntoon sekä 2) että kysymys on asianosai-sille tärkeistä ja vaikeista asioista.²⁵

Lakivaliokunnan kannanotoilla ei ollut laajaa vaikutusta oikeuskäytän-töön. Avioliittolain muutosten jälkeen tiukkalinjaisuus jatkui eräissä alioi-keuksissa. Hovioikeuskäytännössä noudatettiin lainmuutoksen jälkeen vuon-na 1988 yleensä hallituksen esityksen perustelujen mukaista kantaa, osittain tosin modifioidussa muodossa. ”Puhtaassa” avioeroasiassa ei yleensä myön-netty maksutonta oikeudenkäyntiä. Liitännäisvaatimuksen esittäminen kat-sottiin MOL 1.1 §:ssä tarkoitetuksi ”erityiseksi syyksi”. Tällä ”yleislinjalla” olivat Helsingin, Itä-Suomen, Rovaniemen ja Turun hovioikeudet. Asian-osaisille myöntämieliselä kannalla oli Vaasan hovioikeus, jossa maksuton oikeudenkäynti myönnettiin ja avustaja määrättiin myös ”puhtaassa” avio-eroasiassa. Välittävällä kannalla oli Kouvola hovioikeus, jossa myönnettiin kyllä maksuton oikeudenkäynti, mutta maksuttoman oikeudenkäynnin saa-neelle asianosaiselle ei määrätty avustajaa, mitä kantaa perusteltiin tuomio-istuimen neuvontavelvollisuudella. Liitännäisvaatimuksen (esim. lapsen ta-

²³ Ks. HE 62/1986 vp s. 37–38. Ks. lisäksi Aarnio – Helin 1988 s. 66.

²⁴ Lainmuutoksen vaikutuksista ks. Jokela 1995 s. 54.

²⁵ Ks. LaVM 14/1986 s. 3 ja Aarnio – Helin 1988 s. 56.

paamisoikeuden) käsittely erillisenä hakemusasiana katsottiin asiaksi, jonka laatuun liittyi silloisessa MOL 1.1 §:ssä tarkoitettuja ”erityisiä syitä”.²⁶

Avioeroasioissa esiintyi selvästi omaperäistä soveltamiskäytäntöä, kun kysymys oli maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämisestä. Vastaavaa käytäntöä ei esiintynyt muissa hakemusasioissa. Muun muassa pesänjakajan määräämistä koskevissa hakemusasioissa myönnettiin säännönmukaisesti pyynnön mukaisesti maksuton oikeudenkäynti, jos asianosaisten välillä oli erimielisyyttä pääasiasta.

MOL:n muutos vuonna 1989

Oikeustila muuttui täysin vuoden 1989 alusta lukien. Tällöin tuli voimaan maksuttomasta oikeudenkäynnistä annetun lain muutos (23.12.1988/1125). Hakemusasiassa oli maksuton oikeudenkäynti myönnettävä samoin edellytyksin kuin riita-asioissa. Hallituksen lakiesityksessä oli siirrytty täysin lakivaliokunnan edustamalle kannalle.²⁷ Hallituksen esityksessä katsottiin, ettei maksuttoman oikeudenkäynnin tarpeellisuutta voida arvioida prosessilajien perusteella, vaan hakemusasioissakin on harkittava a) maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämistä hakijan varallisuusolojen ja b) oikeudenkäyntiavustajan määräämistä oikeudellisen asiantuntemuksen tarpeen perusteella. Esityksessä mainittiin erityisryhmänä avioeroasiat.²⁸ Maksuton oikeudenkäynti oli myönnettävä ja avustaja määrättävä asianosaiselle samoilla perusteilla yhtä hyvin avioeroasiassa kuin lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa asiassa. MOL:n muutos merkitsi tosiasiallisesti sitä, että sillä palautettiin se oikeustila, joka oli vallinnut ennen HTL:n säätämistä vuonna 1983 ja AL:n muutosta vuonna 1988, jolloin nämä jutturyhmät oli siirretty riita-asioista hakemusasioiksi.²⁹

Toteutettu uudistus selkeytti oikeuslaitoksen tehtäviä. Tuomioistuimet saattoivat keskittyä tuomitsemistoimintaan eli oikeusriitojen ratkaisemiseen, kun taas asianajajalaitos ja yleiset oikeusaputoimistot palautettiin oikeudel-

²⁶ Ks. esim. Helsingin HO 22.9.1988 Pn:o 246, jossa lapsen tapaamisoikeutta koskevassa asiassa maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämistä ja avustajan määräämistä perusteltiin asian merkityksellisyydellä.

²⁷ Ks. Jokela 1995 s. 54–55.

²⁸ Ks. HE 158/1988 vp s. 3–5.

²⁹ Ks. Jokela 1995 s. 310.

lisen neuvonnan ja avun antajiksi. Samalla korostettiin tuomioistuinten puolueettomuutta ja riippumattomuutta. Uudistus merkitsi erityisesti vähävaraisten henkilöiden oikeusturvan kohentumista, koska heille suotiin mahdollisuus oikeudelliseen apuun kaikissa hakemusasioissa. Hallituksen esityksessä katsottiin, että maksuttoman oikeudenkäynnin tarpeeton käyttö voitaisiin estää MOL 2 §:n nojalla.³⁰ Näiden säännösten mukaan maksutonta oikeudenkäyntiä ei saanut myöntää, 1) jos asialla oli vähäinen merkitys asianomaiselle tai 2) jos vaatimus perustui siirrettyyn oikeuteen maksuttoman oikeudenkäynnin saamiseksi. Vastaavat säännökset sisältyvät nykyisin oikeusapulain (257/2002) 7 §:ään.³¹

Hakemus- ja riita-asioiden asettamisella samaan asemaan oli huomattava periaatteellinen merkitys mm. avioeroasioissa, jotka olivat vuonna 1988 muuttuneet hakemusasioiksi. Avioero merkitsee aina olennaista muutosta aviopuolisoiden yhteiselämässä ja taloudellisissa asioissa eikä se siten koskaan ole vähämerkityksellinen.³² Säännönmukaisesti avioero on puolisoien elämän merkittävimpiä tapahtumia, koska heidän koko varallisuutensa yleensä jaetaan osituksessa ja koska perheolosuhteet järjestetään tyystin uudelleen muun muassa puolisoien yhteiselämän sekä lasten asumisen, huollon ja tapaamisoikeuden suhteen.³³ Kansalaiset eivät saa perus- ja ammattikoulutuksen yhteydessä sellaista oikeuskasvatusta, että he omin neuvoin pystyisivät ottamaan edes tavallisissa perheoikeudellisissa asioissa kantaa eri seikkojen oikeudelliseen merkitykseen. Tuomioistuinmenettelyssä voi olla kysymys vain avioerosta, mutta siinä yhteydessä asianosaisten tulisi tietää, ottavatko he samassa yhteydessä käsiteltäväksi muita asioita, kuten osituksen toimittamisen, yhteiselämän lopettamisen sekä lasten asumista, huoltoa ja tapaamisoikeutta sekä lapsen elatusta koskevat kysymykset. Muut kuin lainopillista koulutusta saaneet kansalaiset tarvitsevat yleensä oikeudellista neuvontaa ja muuta oikeusapua näitä asioita koskevassa päätöksenteossa ja niiden asianmukaisessa hoitamisessa.³⁴

³⁰ Ks. HE 158/1988 vp s. 4.

³¹ Ks. tarkemmin Aalto 1974 s. 59–68, Jokela 1995 s. 326–328 ja HE 82/2001 vp.

³² Ks. Saarenpää 1992 s. 53.

³³ Hovioikeuskäytännössä oli jo aikaisemminkin vakiintuneesti katsottu, etteivät avioeroasiat ole merkitykseltään vähäisiä asianosaisille. Esimerkkinä voidaan mainita Itä-Suomen hovioikeuden 5.10.1979 antama päätös Pn:o 1254/74, jossa oli kysymys avioerosta yhteisestä hakemuksesta.

³⁴ Ks. Jokela 1995 s. 360–361.

Vuoden 1989 alussa voimaan tullut maksuttomasta oikeudenkäynnistä annetun lain muutos toi eräitä muitakin uudistuksia, joilla oli merkitystä myös perheoikeudellisissa hakemusasioissa.

Hakemusmaksua ei peritty vuoden 1989 alusta lukien, jos jollekin haki-joista oli myönnetty maksuton oikeudenkäynti (MOL 7.2 §). Tämä etu tosin poistettiin 1.2.1993 voimaan tulleella lainmuutoksella (1668/92), joka oli lama-aikana annettu budjettilaki. Nykyisen oikeusapulain (257/2002) 4 §:n 1 momentin 3) kohdan mukaan oikeusavun myöntäminen tuottaa vapautuksen muun muassa käsittelymaksuista (oikeudenkäynti-, hakemus- ja toimitusmaksuista), toimituskirjamaksuista (ote-, jäljennös- ja todistusmaksuista) ja erillisten kustannusten korvauksesta pääasialla käsittelevässä viranomaisessa. Vapautuksen saa vain oikeusapua saava asianosainen.³⁵

Aikaisempien säännösten mukaan oli valtion varoista korvattu maksuttoman oikeudenkäynnin saaneen asiaan osallisen saapumisesta tuomioistui-meen aiheutuneet kulut, jos hänet oli riita-asiassa määrätty asian selvittä-misen vuoksi saapumaan henkilökohtaisesti tuomioistui-meen. Vuoden 1989 alusta myönnettiin sama etu myös hakemusasioissa (MOL 8.2 §).³⁶ Vastaava säännös sisältyy nykyisin oikeusapulain (257/2002) 4 §:n 3 momenttiin. Hakemus- ja riita-asiat ovat siten tässä suhteessa samassa asemassa.

MOL:N MUUTOS VUONNA 1993 JA UUSI OIKEUSAPULAKI

Eduskunnan käsiteltäväksi annettiin syksyllä 1992 lakiesitys, jolla pyrittiin vähentämään maksuttomien oikeudenkäyntien aiheuttamia kustannuksia noin 20 milj. markalla. Hallitus oli antanut oikeusministeriölle tehtäväksi valmis-tella tarvittavat muutokset maksuttomasta oikeudenkäynnistä annettuun la-kiin siten, että valtion menoja olisi voitu leikata sanotut 20 milj. mk. Kysy-mys oli ns. budjettilaista, joka liittyi vuoden 1993 talousarvioesitykseen.³⁷ Nämä seikat ovat ymmärrettävissä sitä taustaa vasten, että Suomen tasavalta

³⁵ Oikeusapua annetaan joko korvauksetta tai omavastuuosuutta vastaan. Omavastuuosuuden suuruudesta säädetään yksityiskohtaisesti oikeusavusta annetun valtioneuvoston ase-tuksen (388/2002) 1 ja 5–7 §:ssä.

³⁶ Ks. HE 158/1988 vp s. 9 ja Jokela 1995 s. 357.

³⁷ Ks. HE 185/1992 vp s. 2.

oli ”syöksymässä” historiansa syvimpään lamaan. Oikeusturvan näkökulmasta voidaan pitää ongelmallisena sitä, miten nämä säästöt kohdistettiin. Normin syntyä koskevasta näkökulmasta on mielenkiintoista, minkä tyyppiset seikat valikoituvat säästöjen kohteeksi ja mitkä näistä säästökohteista jäivät voimaan senkin jälkeen, kun taloudelliset olosuhteet ovat olennaisesti parantuneet.

Vuonna 1992 ehdotetuilla muutoksilla olisi ollut merkittävä vaikutus maksutonta oikeudenkäyntiä koskeviin seikkoihin perheoikeudellisissa asioissa. Eduskunta ei kuitenkaan hyväksynyt muun muassa kansalaisten oikeusturvaa koskevista seikoista johtuen kaikkia hallituksen lakiesityksen muutos ehdotuksia. Tästä syystä lakiesityksen lopulliset vaikutukset jäivät ehdotettua pienemmiksi mutta kuitenkin olennaisiksi. Osa näistä säästökohteista on jäänyt voimaan tavallaan pysyvästi.

Maksuttomasta oikeudenkäynnistä annetun lain muuttamista koskeva laki tuli voimaan 1.2.1993 lukien (1668/1992). Oikeustilan myöhempien muutosten osalta tullaan vertailukohteena käyttämään nykyistä oikeusapulakia (5.4.2002/257), joka tuli voimaan 1.6.2002. Muutosvertailu on mielenkiintoinen mm. siinä suhteessa, missä määrin taloudellisessa lamatilanteessa vuonna 1992 esitettyjä periaatteita käytettiin vielä 2002, jolloin valtakunta ei ollut taloudellisessa ahdinkotilassa.

Maksuton oikeudenkäynti hakemusasioissa

Hallituksen lakiesityksen (HE 185/1992 vp) yksi merkittävimmistä muutosehdotuksista koski maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämistä hakemusasioissa. Lakia ehdotettiin muutettavaksi siten, että maksuton oikeudenkäynti olisi voitu myöntää vain sellaisessa hakemusasiassa, joka olisi koskenut 1) holhousta (nykyisin toimikelpoisuuden rajoittamista ja vajaavaltaiseksi julistamista), 2) lapsen oikeudellista asemaa tai 3) lapsen huoltoa. Lakiesityksen perustelujen mukaan maksuttoman oikeudenkäynnin myöntäminen olisi perusteltua, jos hakemusasiassa olisi kyse a) lapsen tai b) holhokin edusta. Avioeroasioita pidettiin lakiesityksessä niin yksinkertaisina, ettei asianosainen yleensä tarvitsisi niissä avustajaa. Esityksen mukaan vähävarainen asianosainen voisi tarvittaessa saada yleistä oikeusapua.³⁸

³⁸ Ks. HE 185/1992 vp s. 2–3.

Eduskunta ei kuitenkaan pitänyt hallituksen esittämää muutosta tältä osin perusteltuna, minkä vuoksi muutosesitys hylättiin eduskunnassa. Lakivaliokunta kiinnitti mietintönsä perusteluissa huomiota kansalaisten oikeusturvaan tukeutumalla toisaalta MOL:n perusajatukseen ja toisaalta kansainvälisten ihmisoikeussopimusten Suomea velvoittaviin säännöksiin oikeudenkäynnin järjestämisestä. Valiokunnan mukaan maksuttoman oikeudenkäynnin tarpeellisuutta ei voida arvioida prosessilajin mukaan.³⁹

Aikaisempaa ”maksutonta oikeuskäyntiä” vastaavat nykyisen oikeusapulin (257/2002) 4 §:ssä tarkoitetut oikeusapuun kuuluvat muut etuudet kuin vapautus avustajanpalkkiosta. Näitä etuja ei voida nykyisinkään rajoittaa prosessilajin perusteella. Vähävaraiselle henkilölle, joka on oikeutettu oikeusapuun ilman omavastuusuutta, voidaan myöntää oikeusapuna vapautus muista menoista kuin avustajanpalkkiosta. Tämä koskee tilanteita, joissa hakijan ei katsota tarvitsevan avustajaa oikeudellisessa asiassa. Oikeusapu tuo tällöin vapautuksen muun muassa käsittely- ja toimituskirjamak-suista sekä todistelukustannuksista.

Oikeusapu ja oikeusturvavakuutus

Hallituksen lakiesityksessä ehdotettiin, että oikeusturvavakuutus olisi ensisijainen maksuttomaan oikeudenkäyntiin nähden. Tämä olisi toteutettu MOL 1 §:n 4 momentiksi lisättävällä uudella säännöksellä siten, että maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämistä harkittaessa olisi ollut otettava huomioon, voiko hakija saada menonsa korvatuksi oikeusturvavakuutuksen nojalla. Oikeusturvavakuutuksesta ei yleensä korvattu muun muassa avioeroasioita ja muita hakemusasioita eikä pesänjaosta ja osituksesta aiheutuvia kustannuksia, kuten ei myöskään riidattomia vaatimuksia, joilla pyritään hankki-maan täytäntöönpanoperuste.⁴⁰

Tämäkään muutosesitys ei saanut enemmistön hyväksyntää eduskunnassa. Lakivaliokunta ehdotti MOL 1 §:n 4 momenttia koskevan lisäyksen poistamista lakiesityksestä ”asian selvittämättömään tilaan” viitaten, koska valmisteluvaiheessa ei ollut selvitetty oikeusturvavakuutukseen liittyviä käytännön ongelmia.⁴¹

³⁹ Ks. LaVM 12/1992 s. 1–2 ja Jokela 1995 s. 57–58 ja 308–310.

⁴⁰ Ks. HE 185/1992 vp s. 3.

⁴¹ Ks. LaVM 12/1992 s. 2. Ks. lisäksi Jokela 1995 s. 59 ja Lappalainen 2001 s. 122.

Nyttemmin on uudessa oikeusapulaissa (257/2002) säädetty oikeusavun ja oikeusturvavakuutuksen suhteesta. Lähtökohtana uusissa säännöksissä on se, että oikeusapua ei myönnetä, jos hakijalla on oikeusasian kattava oikeusturvavakuutus. Oikeusapua voidaan myöntää siltä osin kuin kustannukset ylittävät vakuutussopimuksessa määritellyn enimmäiskorvausmäärän. Vähävaraiselle henkilölle, joka on oikeutettu oikeusapuun korvauksetta, voidaan myöntää oikeusapua vakuutuksen omavastuuosuuden kattamiseen. Oikeusturvavakuutuksen ensisijaisuudella ei ole nykyisin suurta merkitystä perheoikeudellisissa hakemusasioissa. Oikeusturvavakuutuksen vakuutusehdoissa on yleensä rajattu korvauspiirin ulkopuolelle useat perheoikeudelliset asiat, kuten avioeroasiat, lasten huoltoriidat ja elatusasiat, sekä vastapuolelle maksettavat oikeudenkäyntikulut.⁴²

Avustajan määräyksen kesto

Hallituksen lakiesityksessä lähdettiin siitä, että maksuton oikeudenkäynti olisi edelleen voimassa kaikissa niissä viranomaisissa, joissa voidaan myöntää maksuton oikeudenkäynti. Esityksessä ehdotettiin lakiin lisättäväksi säännös, jonka mukaan avustajan määräys olisi kuitenkin ollut voimassa vain siinä viranomaisessa, jossa se olisi annettu. Samoin MOL:iin ehdotettiin lisättäväksi uusi säännös, jonka mukaan muutoksenhakutuomioistuimen olisi ollut harkittava avustajan määräyksen antaminen erikseen. Tällöin olisi tullut kiinnittää huomiota siihen, olisiko avustajan käyttäminen asianosaisen oikeusturvan kannalta ollut tarpeellista.⁴³

Nämäkin muutosehdotukset hylättiin eduskunnassa. Lakivaliokunta katsoi, ettei avustajan määräyksen rajoittaminen yhteen oikeusasteeseen olisi oikeudenmukaista eikä tasapuolista, minkä lisäksi se olisi ollut kansainvälisten ihmisoikeussopimusten periaatteiden vastaista.⁴⁴ Tämäkin yksityiskohda osoittaa, että kustannussäästöihin pyrittiin vähävaraisten oikeusturvaa heikentämällä välittämättä periaatteellisesti merkittävistä seikoista.⁴⁵

⁴² Ks. HE 82/2001 vp s. 33–37, Jokela 2002 s. 110–113 ja Lappalainen, Juha: Oikeusturvavakuutus s. 680. Teoksessa Prosessioikeus. Oikeuden perusteokset. Helsinki 2003.

⁴³ Ks. HE 185/1992 vp s. 3–4.

⁴⁴ Ks. LaVM 12/1992 vp s. 2–3. Ks. lisäksi Jokela 1995 s. 60 ja 399–400.

⁴⁵ Lakiesityksen mukaan säästöjä olisi syntynyt vuositasolla 3 milj. markkaa, jos muutoksenhakutuomioistuin erikseen ratkaisisi avustajan tarpeellisuuden. Ks. HE 185/1992 vp s. 2. Tällaisen arvion laskelmalliset perusteet olisi mielenkiintoista nähdä.

Oikeustila on pysynyt tältä osin muuttumattomana myös nykyisessä oikeusapulaissa (257/2002). Tämän lain 13 §:ssä säädetään oikeusavun alkamisajankohdasta ja kestosta. Oikeusapua koskeva etuus on voimassa kaikissa oikeusasteissa, joissa asiaa käsitellään.⁴⁶

Avustajan määrääminen hakemusasioissa

Eduskunta kavensi vuonna 1992 avustajan määräämismahdollisuutta hakemusasioissa, vaikka eduskunta ei hyväksynyt hallituksen esityksessä (HE 185/1992 vp) ehdotettua maksuttoman oikeudenkäynnin myöntämisen rajoittamista hakemusasioissa. Lakivaliokunnan ehdotuksesta lakia muutettiin siten, että avustajaa ei saa määrätä hakemusasiasa, ellei siihen ole erityisen painavia syitä. Valiokunta katsoi, että erityisen painavia syitä avustajan määräämiseen on tyypillisesti 1) holhousta (nykyisin toimikelpoisuuden rajoittamista ja vajaavaltaiseksi julistamista), 2) lapsen huoltoa ja 3) lapsen oikeudellista asemaa koskevissa asioissa. Valiokunnan mukaan avustajan määräämistä ei voi rajoittaa vain näihin asioihin, vaan muissakin hankalissa ja yksilön oikeudelliseen asemaan ratkaisevasti vaikuttavissa hakemusasioissa olisi edelleen perusteltu syy myöntää asianosaiselle oikeusavustaja.⁴⁷

Nykyisen oikeusapulain (257/2002) 6.2 §:ään sisältyy vastaavia oikeusavustajan palveluksia koskevia rajoituksia hakemusasioissa, jollei ole erityisen painavia syitä oikeusavustajan saamiseen. Tässä säännöksessä on lueteltu ne asiat, joissa oikeusapuun ei pääsääntöisesti kuulu oikeusavustajan palvelut. Pyrkimyksenä on ollut säästää valtiolle oikeusavusta aiheutuvia kustannuksia. Rajoitukset on ollut tarkoitus kohdistaa sellaisiin asioihin, joissa avustajaa ei yleensä ole katsottava välttämättömäksi. Rajoitussäännöksen mukaan oikeusapuun ei kuulu avustaminen muun muassa yleisessä tuomioistuimessa käsiteltävässä *hakemusasiasa*. Avustaja voidaan kuitenkin määrätä, jos siihen on erityisen painavia syitä.⁴⁸

⁴⁶ Ks. tarkemmin HE 82/2001 vp.

⁴⁷ Ks. LaVM 12/1992 s. 2.

⁴⁸ Ks. HE 82/2001 vp. Ks. lisäksi Jokela 2002 s. 84, jossa on katsottu, että erityisen painavia syitä avustajan saamiseen on yleensä mm. silloin, kun hakemuksen laatimiseen tarvitaan oikeudellista asiantuntemusta tai erityisiä selvityksiä taikka kyseinen asia muutoin vaikeusasteeltaan tai käsiteltävältäään vastaa riita-asian menettelyä.

Oikeusapulakia koskevassa lakiesityksessä oletettiin, että hakemusasioissa avustajan tarve aktualisoituu keskimäärin harvemmin kuin kanneasioissa. Tästä lähtökohdasta huolimatta esityksessä kiinnitettiin huomiota siihen, että hakemusasiat ovat varsin epäyhtenäinen ryhmä, joka sisältää varsin erityyppisiä asioita. Lakiesityksen mukaan hakemusasiat voivat olla asiallisesti ja vaativuudeltaan normaaleihin riita-asioihin verrattavia juttuja, joten avustajan tarvetta voi yleensäkin esiintyä hakemusasioihin luokiteltavissa juttutyypeissä. Perusteluissa katsottiin, että oikeusapuratkaisu tulisi aina perustua niin riita-asiassa kuin hakemusasiasa tapauskohtaiseen harkintaan ja että ratkaisevaa kussakin yksittäistapauksessa tulisi olla nimenomaan avustajan tarve eikä asian vireillepanotapa.⁴⁹

Sanottuihin perusteluihin on helppo yhtyä kahdessa suhteessa. Monet perheoikeudelliset hakemusasiat ovat täysin rinnastettavia haastehakemuksella vireille pantaviin riita-asioihin. Erona on usein vain vireillepanoasiakirjan nimi, muttei sen sijaan asian sisältö.⁵⁰ Juttujen vireillepanotavan valinta ei ole perustunut kokonaisvaltaiseen harkintaan. Tämä koskee erityisesti perheoikeudellisia asioita. Hakemusasiaksi valikoituminen on johtunut lähinnä siitä, minä ajankohtana asianomaisen erityislain menettelysäännöksiä on uudistettu. 1980-luvulla tuli tavaksi lisätä aineellisoikeudellisiin lakeihin menettelysäännöksiä, joissa säädettiin asia pantavaksi vireille hakemuksella. Oikeusapuun liittyviä oikeusvaikutuksia ei pitäisi liittää hakemusta riita-asioiden väliseen jakoon, koska jutun vireillepanotavan valinta on johtunut satunnaisista seikoista. Vireillepanotapa ei siten korreloi adekvaatilla tavalla avustajatarpeen kanssa. Epäadekvaattisuus tulee korostuneesti esille holhousasioissa. Holhouslain osittaisuudistuksella vuonna 1983 muutettiin oikeusturvasyistä holhottavaksi julistamista koskeva asia haasteella vireille pantavaksi riita-asiaksi (368/1983). Holhoustoimesta annetun lain (442/1999) säätämisen yhteydessä tehtiin holhottavaksi julistamista nykyisin vastaava vajaavaltaiseksi julistaminen hakemusasiaksi ilman perusteluja.⁵¹

⁴⁹ Ks. HE 82/2001 vp. Perusteluiden mukaan oikeuskäytännössä oli vakiintuneesti sovellettu MOL 10.2 §:n rajoitussäännöstä siten, että avustaja oli hakemusasioissa yleensä määrätty esimerkiksi 1) holhousta, 2) lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta, 3) lapsen oikeudellista asemaa koskeissa asioissa ja 4) avioeroasioissa silloin, kun esillä on avustajaa edellyttäviä riitaisia liitännäisvaatimuksia. Perusteluissa katsottiin, että avustajan tarvetta voi olla muissa kuin näissä luetelluissa hakemusasioissa.

⁵⁰ Ks. HE 32/2001 vp s. 21.

⁵¹ Ks. HE 146/1998 vp.

Perhe- ja holhousasiat ovat yleensä rinnasteisia riita-asioihin. Hakemusta riita-asioita ei voida enää erottaa toisistaan sisällöllisin perustein.⁵² Hakemusiaioihin kuuluu nykyisin hyvin erilaisia juttuja. Jotkut ovat aitoja hakemusiaioita, joissa on asianmukaista noudattaa kevennettyä menettelyä esimerkiksi kirjaamistoimenpiteiden suorittamiseksi. Toiset hakemusiaiat rinnastuvat varsinkin riitaisina tavanomaisiin riita-asioihin. Hakemusiaoiden joukko on niin epäyhtenäinen, ettei ole perusteltua valita sitä kokonaisuudessaan lähtökohtaisen avustajarajoituksen kohteeksi. Lainsäädäntöteknisesti ei vaikuta luontevalta se, että ”erityisen painavat syyt” toteutuisivat säännönmukaisesti eräissä perhe- ja holhousoikeudellisissa hakemusiaioissa. Pääaja poikkeussääntö on tavallaan asetettu väärin päin.

Edellä oleva käsittely osoittaa, että hakemusiaiat ovat olleet kustannussäästöjen vakiokohde. Kysymys on kuitenkin tavallisten ihmisten asioista, jotka ovat heille yleensä oikeudellisesti vaikeita ja muutoinkin erityisen merkityksellisiä. Oikeuspoliittisesti olisi voinut oikeusapulain säätämisen yhteydessä tarkemmin harkita, olisiko ollut tarpeellista palauttaa vuoden 1989 uudistuksen myötä saavutettu oikeustila, jossa oikeusavun saantimahdollisuutta ei ratkaista prosessilajia koskevilla muodollisilla perusteilla. Riittävä saattaisi olla oikeusapulain 1 §:stä ilmenevä pääsääntö eli hakijan tarve saada asiantuntevaa apua oikeudellisessa asiassaan.⁵³

Matkakulujen korvaus ja palkkio ajanhukasta

Avustajan käytöstä aiheutuvia kustannuksia ehdotettiin lakiesityksessä (HE 185/1992 vp) vähennettäväksi MOL 15.1 §:ään lisättävällä säännöksellä. Tämän säännöksen mukaan avustajan palkkiota määrittäessä oli sen määrään vaikuttavana seikkana otettava huomioon myös se, onko ollut erityisiä syitä määrätä avustaja tuomioistuinpaikkakunnan ulkopuolelta. Erityisten syiden puute johti palkkion epäämiseen siitä ylimääräisestä ajanhukasta, joka johtui avustajan tulemisesta muualta kuin tuomioistuinpaikkakunnalta. Lakiesityksen perustelujen mukaan laissa tarkoitettuna erityisenä

⁵² Tätä asiantilaa osoittaa OK 8 luvun 4 §:n (768/2002) säännös, jossa lueteltujen hakemusiaoiden käsittelyä on jatkettava riita-asian käsittelystä säädettyssä järjestyksessä, jos asia on riitainen. Ks. HE 32/2001 vp s. 21, 63–64 ja 67.

⁵³ Ks. Jokela 1995 s. 366–367, jossa po. lainmuutosta on pidetty tarpeettomana ja selvänä taka-askeleena oikeudenhoidossa,

syynä voitiin pitää asian a) poikkeuksellista vaikeutta tai b) erityistä luonnetta.⁵⁴

Eduskunta piti näitä muutoksia perusteltuina säästöjen aikaansaamiseksi. Lakivaliokunnan ehdotuksesta säännöstä muutettiin eduskunnassa vielä siten, että avustajan ”vieraspaikkakuntalaisuus” vaikuttaa myös avustajan kuluja korvauksiin.⁵⁵

MOL 15.1 §:ää asiallisesti vastaava säännös sisältyy nykyisen oikeusapulain (257/2002) 17.1 §:ään. Aikaisemmassa laissa käytettiin ilmaisua ”avustaja tuomioistuinpaikkakunnan ulkopuolelta”, joka oli yhdenvertaisuuden kannalta kovin ongelmallinen esim. tuomioistuinpaikkakunnan naapurikunnassa toimivan avustajan suhteen. ”Ulkopaikkakuntalaisen” avustajan palkkioita ja kuluja ei tarvinnut alentaa, jos hänen määräämiseensä oli erityistä syytä.⁵⁶ Oikeusapulain säännös koskee vain yksityistä avustajaa. Siinä puhutaan avustajasta, ”joka ei yleisesti hoida asianajotehtäviä kyseissä tuomioistuimissa”. Avustajan toimipaikalla ei ole merkitystä. Uusi ilmaisu ei suosi tuomioistuinpaikkakunnan avustajia. Jos avustaja ei yleisesti toimi ao. tuomioistuimissa, matkustamisesta syntyneet lisäkulut ja ajanhukka korvataan ainoastaan, mikäli avustajan käyttäminen on ollut perusteltua. Ilmaisua ”henkilö, joka ei yleisesti hoida asianajotehtäviä kyseissä tuomioistuimissa” on valitettavan epätäsmällinen. Epäselvää lienee, viittaako ilmaisu menneisyyteen (joka ei ole aikaisemmin hoitanut) vai tulevaisuuteen (tarkoitukseen jatkossa hoitaa asioita po. tuomioistuimissa). Termi ”yleisesti” on siinä määrin normatiivinen (arvostuksenvarainen), että sille on vaikea ennakolta antaa tarkkarajaista merkityssisältöä, mikä luo tarpeetonta epävarmuutta vähävaraisten oikeusturvaan.

Avustajien palkkiota ja kuluja koskevien rajoitusten rationaliteetti on monessa suhteessa ongelmallinen. Tämä säästökohde kehitettiin lama-ajan ahdingossa. Valtiontaloudellinen tila on nykyisin aivan toinen. Säästökohde

⁵⁴ Ks. HE 185/1992 vp s. 3. Ks. lisäksi Jokela 1995 s. 382. Lakiesityksen mukaan vieraspaikkakuntalaisuutta koskeva rajoitussäännös tuottaa vuositasolla 4 milj. markan säästöt. Tältäkin osin olisi mielenkiintoista nähdä selvitys säästöjen toteutumisesta.

⁵⁵ Ks. LaVM 12/1992 s. 3. Ks. lisäksi Varviala, Jukka: Muutoksia lakiin maksuttomasta oikeudenkäynnistä s. 3–4, Defensor Legis 1993 s. 1–5.

⁵⁶ Käytännön tulkintaongelmista ks. KKO 2004:61, jossa oli kysymys tapauksesta, jossa asianajajan toimisto sijaitsi harvaanasutulla alueella käräjäoikeuden tuomiopiirissä mutta eri paikkakunnalla kuin tuomioistuimen istuntopaikka. Valistuneeseen tulkintaan perustuen KKO katsoi, että asianajaja oli oikeutettu palkkioon matka-ajalta ja matkakulujen korvaukseen. Perusteluissa kiinnitettiin huomiota mm. ihmisten tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen oikeudenhoidossa.

on aluepoliittisesti epäoikeudenmukainen. Esimerkkinä voidaan käyttää muun muassa Lapin laaja-alaisia käräjäoikeuksia ja ruotsinkielisen Pohjanmaan pitkän rannikkokaistan käsittävää käräjäoikeutta. Näillä alueilla käräjämatkat ovat aivan toista luokkaa kuin Etelä-Suomen ruuhka-alueilla. Jälkimmäisellä alueella matkakuluilla ei ole samaa taloudellista merkitystä kuin harvaan asutuilla alueilla. Matkakuluille ei pitäisi antaa ratkaisevaa merkitystä avustajan valinnassa. Avustajien valintamahdollisuudet voivat myös olla kovin rajoitetut muualla kuin suurissa kaupungeissa. Maksuttomien oikeudenkäyntien kustannuksista on 96 % muodostunut avustajien palkkioista. Lakivaliokunnan vuonna 1992 tekemällä lisäyksellä, joka koski matkakulujärjestyksiä, ei ole sanottavaa valtiontaloudellista merkitystä.

Osapuolten tasavertaisuuden näkökulmasta avustajan ”tuomioistuinsidonnaisuus” on kyseenalainen. Esimerkkinä voidaan käyttää avioeroasiaa liitännäisvaatimuksineen, joka tulee vireille Kuusamon käräjäoikeudessa, jonka tuomiopiirissä toinen puolisoista asuu. Keskeinen kysymys on tässä yhteydessä, miksi Rovaniemellä asuvan toisen osapuolen pitäisi valita avustaja Kuusamosta, jos hänen asuin- ja kotipaikaltaan ei löydy Kuusamon käräjäoikeudessa ”yleisesti asianajotehtäviä hoitavaa” avustajaa, mutta asianosaisen kotipaikkakunnalta löytyisi avustaja, joka entuudestaan tuntee hänen asiansa. Rovaniemeläisen asianosaisen ja kuusamolaisen avustajan välinen henkilökohtainen tapaaminen edellyttäisi kuitenkin matkustamista. Sanotuista seikoista johtuvia ongelmia voidaan poistaa katsomalla, että asianosaisen omalta asuinpaikkakunnalta olevan avustajan käyttäminen on perusteltua asianosaisen ja avustajan keskinäisen yhteistyösuhteen tai yhteydenpito-tarpeiden yms. seikkojen vuoksi.⁵⁷

Viimeksi mainittuihin seikkoihin on kiinnitetty huomiota hallituksen esityksen perusteluissa. Perustelujen mukaan rajoitussäännöksen tarkoituksena on, että avustajalle suoritetaan korvausta vain sellaisista kuluista, joita kyseisessä tuomioistuimessa normaalisti toimivalle avustajalle aiheutuu. Tästä pääsäännöstä voidaan poiketa silloin, kun se katsotaan perustelluksi. Näin olisi esimerkiksi silloin, 1) kun avustajaksi on tarkoituksenmukaisempaa määrätä oikeusavun saajan asuin- tai työskentelypaikkakunnalla toimiva avustaja, 2) kun jutun erityinen laatu puoltaa kyseisen avustajan käyttämistä tai 3) kun pääsäännön mukaisten avustajien piiristä ei ole saatavissa avustajaa, joka kykenee käyttämään samaa kansalliskieltä kuin oikeusavun saaja. Oikeusapulain 17 §:n säännös ei sinänsä estä muunkin kuin kyseises-

⁵⁷ Ks. Varviala 1993 s. 4.

sä tuomioistuimessa yleisesti asioivan avustajan määräämistä. Kysymys on vain matkustamisesta syntyvän lisäkulun ja ajanhukan korvaamisesta. Avustajaa määrättäessä voidaan tehdä päätös siitä, korvataanko matkustamisesta aiheutuva lisäkulu sen johdosta, että muun kuin kyseisessä tuomioistuimessa yleisesti asianajotehtäviä hoitavan avustajan määräämistä on pidettävä perusteltuna.⁵⁸

Kustannussäästöjä on pyritty saavuttamaan kokonaistaloudellisesti marginaalialueen asioilla. Esimerkiksi hakemusasioden osuus on ollut oikeusavun kokonaiskustannuksista 8 %:n luokkaa ja kaikki muut menot kuin avustajien palkkiot ovat yhteensä noin 4 %. Maksuttomien oikeudenkäyntien kokonaismäärä väheni 1990-luvulla, mutta sen sijaan menot nousivat koko ajan. Riita-asioden yksikkökustannukset kaksinkertaistuivat vuodesta 1993 vuoteen 1998 mennessä. Hakemusasioissa on yksikkökustannusten nousu ollut vajaat 50 %. Osa menojen noususta (eli noin 20 %) on johtunut valtion omista toimenpiteistä eli palvelujen arvonlisäverosta (tarkkaan ottaen 18,03 % laskun loppusummasta), mikä suurimmaksi osaksi palautuu valtiolle arvonlisäveron maksun muodossa.⁵⁹ Oikeusapulakia koskevassa esityksessä on laajoja selostuksia taloudellisista seikoista, joista monet antavat merkityksellistä tietoa. Kustannussäästöjen perustelut ja valinnat näyttävät pikemminkin perustuvan arkiajatteluun ja summittaisiin arvoihin kuin tutkimuksiin tai verifioituihin kustannuslaskelmiin perustuviin tietoihin. Vuoden 1993 muutosten kustannusvaikutuksista olisi ollut aiheellista esittää todennettuihin laskelmiin perustuvat selvitykset ennen kuin niitä jatkettiin oikeusapulain säätämisen yhteydessä. Yksikkökustannusten valtavat nousut johtuivat ymmärrettävästi alioikeusuudistuksen tuottamista laajoista kirjallisista ja suullisista valmisteluista sekä raskaista suullisista pääkäsittelyistä, kuten lakiesityksen perusteluissakin on todettu.⁶⁰ Kustannussäästöjen saavuttamiseksi olisi aiheellista arvioida, onko tutkimustietoon perustuen luotettavasti verifioitu suullisten käsittelyjen ylivertaisuus vai olisiko kuitenkin perusteltua harkita uudelleen kirjallisten esitysten nykyistä järkevämpää käyttöä sekä valmisteluaineiston laajempaa hyödyntämistä pääkäsittelyssä. Ainakaan kaikissa tilanteissa ei vaikuta rationaaliselta se, että samat asiat esitetään jopa neljä kertaa: ensin haastehakemuksessa ja sen jälkeen kirjallisessa ja suullisessa

⁵⁸ Ks. HE 82/2001 vp.

⁵⁹ Oikeusavun saajan omavastuuosuuteen sisältyy myös 22 %:n arvonlisävero, mikä usein jää huomaamatta.

⁶⁰ Ks. HE 82/2001 vp.

valmistelussa sekä lopuksi suullisessa pääkäsittelyssä. Vähempikin voisi riittää. Oikeusapumenojen valtavirrat liittyvät näihin menettelyihin. Todelliset säästöt syntyvät myös sieltä.⁶¹ Tässä suhteessa on ollut oikeasuuntainen riita-asioiden alioikeusmenettelyn tehostamista koskeva lainmuutos,⁶² joka on tosin kovin varovainen ja jossa pitäydytään tinkimättömästi suullisuusperiaatteessa. Nykyistä aikaisemmin olisi voinut sallia mm. puhelimen ja videokonferenssilaitteiden rationaalisen käytön, mikä on pitkään ollut mahdollista mm. Ruotsissa.

⁶¹ Ks. Jokela 1995 s. 49–50, jossa on kiinnitetty huomiota siihen, että oikeudenhoidosta valtiolle aiheutuvia kustannuksia olisi pyrittävä vähentämään ensisijaisesti organisatorisilla ja menettelyä koskevilla uudistuksilla, joilla ei huononnetta kansalaisten oikeusturvaa.

⁶² Ks. HE 32/2001 vp ja laki 768/2002. Ks. lisäksi Lappalainen, Juha: Siviilijutun käsittely käräjäoikeudessa vuoden 2002 uudistuksen mukaan. Helsinki 2002. Ks. samoin HE 271/2004 vp ja laki 243/2006, jotka tosin koskevat rikosasioita.

Ainoalle rintaperilliselle annettu lahja

JOHDANTO

Jäämistöoikeudessamme on varsin suuri merkitys perittävän antamilla lahjoilla. Niihin joudutaan kiinnittämään huomiota ennen muuta perintö- ja lakiosia määrättäessä. Se, millaisia vaikutuksia lahjalle annetaan, onkin tärkeää monen jäämistöoikeudellisessa konfliktissa mukana olevan etutahon kannalta. Lahjaan liitettyjen oikeusvaikutusten mukaan määräytyy esimerkiksi se, kuinka paljon omaisuutta perilliset saavat jaossa, millaiseen jäämistösaantoon leski on mahdollisesti oikeutettu ja voidaanko perittävän teemmää testamenttia toteuttaa. Ongelmaksi saattaa tulla myös luovutuksensaajan oikeus pitää hänelle vastikkeetta siirretty omaisuus. Lahjansaaja voi tietäin edellytyksin joutua palautus- tai täydennysvelvolliseksi esimerkiksi rintaperillisistä tai PK 3 luvussa tarkoitettua toissijaista perillistä kohtaan.

Tarkasteltaessa tilanteita, joissa perittävältä on jäänyt rintaperillisiä, lahjoja koskeva jäämistöoikeudellinen sääntely liitetään helposti rintaperillisen suojaan. Tällaista suojaa rintaperillinen tarvitsee ensiksikin perilliskumppaneitaan kohtaan. Jos perittävä on lahjoittanut jotakin yhdelle lapsistaan, toisten täytyisi voida vaatia jäämistöä jaettaessa tasausta; kaikkien pitäisi saada häneltä yhtä paljon. Jäämistölainsäädäntömme pyrkiikin turvaamaan perillisten yhdenvertaisuuden. Sen lähtökohtana on *Ahti Saarenpään* monessa yhteydessä esille nostama *tasajaon periaate*.¹ Tämä periaate konkretisoituu esimerkiksi ennakoperintöä koskevissa oikeusohjeissa. PK 6:1.1:ssä ilmais-

¹ Systemaattisen kokonaiskuvan tästä perillisen materiaaliselle jakoasemalle konkreettista sisältöä antavasta periaatteesta tarjoaa *Ahti Saarenpään* väitöskirjatutkimus *Tasajaon periaate* (1980). Teema tulee esille myös Saarenpään myöhemmässä tuotannossa. Ks. esim. *Perintö ja jäämistö* (1994) s. 129 ja 214–215 sekä *Perhe- ja jäämistöoikeus*. Teoksessa Timonen (toim.), *Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään* 1 (2. p. 1999) s. 423.

taan selkeästi järjestelmämme pääsääntö: ”Mitä perittävä eläessään on antanut rintaperilliselle, on enakkona vähennettävä tämän perinnöstä, ellei muuta ole määrätty tai olosuhteisiin katsoen otaksuttava tarkoitettun.”

Vielä enakkoperintösäännösten mukaisia oikeusvaikutuksia merkittävämpinä voidaan pitää niitä seurauksia, joita lahjaan liitetään *lakiosaa* koskevassa PK 7 luvun sääntelyssä. Jäämistöoikeutemme keskeisimpiä periaatteita on, että rintaperillisen tulee saada lakimääräisestä perinnöstään tietty vähimmäisosuus, vastasi tämä sitten perittävän tahtoa tai ei.² Lakiosaoikeus turvataan tehokkaasti myös tilanteissa, joissa perittävä on tehnyt omaisuudestaan lahjoituksia. Tämä on toteutettu lakiosan laskemista koskevien säännösten avulla. Rintaperillisen lakiosa määritetään monessa tapauksessa jäämistöstä, johon on laskennallisesti lisätty lahjojen arvo. Jos perittävältä jäänyt omaisuus ei riitä näin saadun arvomäärän antamiseen, rintaperillisillä on tietyin edellytyksin mahdollisuus kääntyä lahjansaajan puoleen ja vaatia tältä puuttuvaa määrää, *lakiosan täydennystä*.³

PK 7 luvun sääntely toteuttaa enakkoperintösäännösten tavoin rintaperillisten keskinäistä yhdenvertaisuutta.⁴ Vaikutukset, joita lakiosanormeissa liitetään lahjoihin, kohdistuvat käytännössä usein juuri rintaperillisten hyväksi tehtyihin varallisuudensiirtoihin. Samalla säännöstö tarjoaa lakiosaan oikeutetuille suojaa perillisperiirin ulkopuolisia lahjansaajia vastaan. Jos perittävän viimeisinä elinvuosinaan antamaa lahja on tarkoituspäältä rintastettavissa testamenttiin, rintaperilliset voivat sen johdosta esittää samantaisia vaatimuksia kuin esimerkiksi enakkoperinnön tai suosiolahjan kriteerit täyttävien ennakkoluovutusten johdosta. Lakiosan täydennysvastuun syntyminen ei edellytä viimeksi kuvatuissa tilanteissa minkäänlaista sukulaisuus- tai läheissuhdetta perittävän ja luovutuksensaajan kesken.

Kun lahjaa koskevaa jäämistöoikeudellista sääntelyä lähestytään rintaperillisten oikeuksien näkökulmasta, saatetaan helposti ajatella, ettei säännösten soveltamiselle voisi olla tarvetta tilanteessa, jossa lahjoitus on tehty *ainoan perillisen* hyväksi. Mitään perillisten välistä tasoitustahan ei nyt tule tehtäväksi, kun heitä on vain yksi. Ja jos saajana on vielä tämä rintaperilli-

² *Saarenpää* (1999 s. 423) toteaaakin, että tasajaon periaatteen toteutumista suojaa oikeudessamme tehokkaimmin lakiosasäännöstö. ”Se on yksi *sukupolvien välisen oikeudenmukaisuuden* toteuttamisen välineistä. Oikeus lakiosaan merkitsee lähtökohtaisesti oikeutta saada omaisuutta jäämistösaantona vanhemman kuollessa.”

³ Lakiosan täydennysvastuun syntyedellytyksistä ja täydennysvastuun sisällöstä ks. yleisesti *Aarnio Aulis – Kangas Urpo*, Suomen jäämistöoikeus I (4. p. 1999) s. 568–584.

⁴ Tätä korostaa *Saarenpää* 1994 s. 129.

nen itse, hän ei myöskään tarvitse suojaa jäämistöomaisuuden vähentymisen varalta.

Tällainen tarkastelukulma on kuitenkin yksipuolinen. Jotta järjestelmästämme saataisiin tyydyttävä kokonaiskuva, perittävän tekemien ennakkoluovutusten oikeusvaikutuksia tulee arvioida myös muiden jäämistöintresientien kuin perillisten kannalta. Tilanteessa, jossa vainajalta on jäänyt vain yksi rintaperillinen, suojan tarpeessa saattavat olla ”ulkopuoliset” etutahot, esimerkiksi leski ja testamentinsaajat. He voivat joutua puolustamaan omaa jäämistösaantoaan rintaperillisen esittämiä vaatimuksia vastaan. Leski ja testamentinsaaja saattavatkin monesti haluta omaa asemaa parantaakseen vedota siihen, että rintaperillinen on saanut perittävältä omaisuutta. Vielä tärkeämmäksi tällaisen puolustautumisen voi kokea henkilö, jolle perittävä on antanut ns. testamenttiin rinnastuvan lahjan. Vetoamalla rintaperillisen hyväksi tehtyyn ennakkoluovutukseen kyseinen lahjansaaja koettaa ehkä torjua häneen itseensä kohdistetun täydennysvaatimuksen – tai ainakin saada aikaan sen, että täydennysvastuu jäisi mahdollisimman pieneksi.

Kirjoitukseni aiheena ovat viimeksi kuvatut ongelmat. Tarkoitukseni on selvittää, millaista jäämistö- tai aviovarallisuus oikeudellista merkitystä voi olla *ainoalle rintaperilliselle* (seuraavassa R) annetuilla lahjoilla. Rajoitan tarkasteluni tässä henkilösuhteessa tehtyihin lahjoituksiin. Niinpä sivuutan esimerkiksi ongelmat, joita voisi syntyä ainoan sisaruksen tai ainoan toissijaisen perillisen saaman ennakkoluovutuksen johdosta. Kysymyksenasettelun selkeyttämiseksi teen toisenkin rajauksen: oletan, että lahjansaaja on ollut ainoan rintaperillisen asemassa jo lahjoituksen tapahtuessa. Alusta asti on siis ollut selvää, ettei disponointi loukkaa kenenkään toisen perillisen oikeutta.

AINOALLE RINTAPERILLISELLE ANNETTU LAHJA OSITUKSESSA

Johdannoksi

Jos perittävältä (P) jää leski (L), rintaperillisen jäämistöoikeudellista asemaa arvioitaessa joudutaan kiinnittämään huomiota puolisoiden aviovarallisuussuhteisiin. Erityisen tärkeää tämä on silloin, kun puolisoilla on ollut avio-oikeus toistensa omaisuuteen. Sääntönä on, että ennen perillisten oikeuden

toteuttamista toimitetaan omaisuuden ositus. Perinnöt ja testamentit täytetään osituksen pohjalta määräytyvästä perittävän avio-osasta.⁵

Avioliittolain ositusnormit saattavat osoittautua merkittäviksi myös puolisoitten toteuttamien lahjoitusten kannalta. Tämä johtuu lakiin otetuista vastikesäännöksistä. AL 94a §:stä käy ensinnäkin ilmi, että jommankumman puolison avio-oikeuden alaisesta omaisuudestaan antama ennakkoperintö, joka lain mukaan on vähennettävä saajansa perintöosasta ensin kuolleen puolison jälkeen, vaikuttaa myös osituksen lopputulokseen. Se vähennetään perillisille tulevasta osuudesta. Tämän ohella saattaa puolison antama lahja toteuttaa AL 94 §:ssä säännellyn ns. *hukkaamisvastikkeen* tunnusmerkistön. Tällöin sen johdosta voidaan osituksessa antaa vastiketta loukatulle osituspuolelle, tilanteen mukaan joko leskelle tai ensin kuolleen puolison perillisille.

Seuraavassa kiinnitän huomiota näihin kumpaankin säännökseen. Selvitan lainkohtien merkitystä tilanteessa, jossa ensin kuolleelta P:ltä jäänyt ainoa rintaperillinen on saanut lahjan jommaltakummalta puolisoista. Koska säännösten soveltamisen vaikutukset vaihtelevat jossain määrin sen mukaan, kumman toteuttamasta disponoinnista on kysymys, käsittelen P:n ja leskeksi jääneen L:n antamia lahjoja erikseen.

Ensin kuolleen puolison antamat lahjat osituksessa

Lahjojen vähentäminen AL 94a §:n nojalla

Ensin kuolleen P:n rintaperilliselleen antama lahja saatetaan siis ottaa osituksessa huomioon AL 94a §:n nojalla. Tämä on mahdollista, mikäli lahja täyttää ennakkoperinnön tunnusmerkistön ja se on annettu avio-oikeuden alaisesta omaisuudesta. Tällöin leskellä on oikeus vaatia, että lahja vähennetään ositusta toimitettaessa P:n perillisten avio-osasta.⁶

⁵ Osituksen jäämistöoikeudellisesta merkityksestä ks. myös *Saarenpää*, Välitilojen ongelmia – näkökohtia osituksen ja perimyksen suhteista. Teoksessa Artikla ry:n juhlaulkaisu (1989) s. 213–214. Kuten Saarenpää toteaa, ositusta voidaan luonnehtia ajalliseksi välivaiheeksi perillisen oikeusaseman kehityksessä.

⁶ Huomattakoon, että ennakkoperinnön huomioon ottaminen osituksessa tai perinnönjaossa edellyttää aina osituspuolen tai jako-osakkaan vaatimusta. Pesänjakaja ei siis vähennä ennakkoa omasta aloitteestaan, ”viran puolesta”. Kysymyksestä ks. esim. *Saarenpää*, Tee-sejä ennakkoperinnöstä. Teoksessa Perintö- ja vero-oikeutta (1980) s. 61, *sama* 1994 s. 130–133 sekä *Lohi Tapani*, Ennakkoperinnöstä (1999) s. 55.

AL 94a § on huonosti tunnettu ja hallittu säännös. Tämä johtuu osittain lainkohdan kirjoittamistavasta. Yksin sen sanamuodon pohjalta on vaikea ymmärtää, mitä ennakon vähentäminen reaalisesti tarkoittaa osituksen toimittamisen kannalta. Myös säännöksen sijainti avioliittolaissa on omiaan johtamaan siihen, että sen jäämistöoikeudellinen merkitys unohtuu. Voidaan lisäksi arvioida, että eloonjääneellä puolisoilla tai hänen perillisillään ei ole käytännössä kovin usein intressiä vedota AL 94a §:ään. Ennakkoperinnön vähentämisvaatimus tulee ajankohtaiseksi lähinnä tilanteissa, joissa ositusta ryhdytään toimitamaan jo lesken elinaikana. Useimmissa tapauksissa jäämistön jakaminen lykkääntynee L:n kuoleman jälkeiseen aikaan, eikä erilliselle ositukselle ole enää tällöin normaalisti tarvetta. Mitenkään äärimmäisen harvinaisia eivät säännöksen soveltamistilanteet kuitenkaan liene. Etenkin silloin, kun ensin kuolleelta P:ltä on jäänyt omia, ei-yhteisiä rintaperillisiä, joku heistä saattaa hyvin esittää ositus- ja jakovaatimuksen jo lesken eläessä.

AL 94a §:ään vetoamisen voi tosin myös viimeksi mainitussa tilanteessa tehdä tarpeettomaksi se, että leskellä on aina oikeus kieltäytyä tasingon luovuttamisesta jo AL 103.2 §:n nojalla. Ennakkoperinnön vähentämisvaatimuksesta on siis L:lle hyötyä vain silloin, kun hän voi sen avulla joko kasvattaa tasinkovaadettaan tai päästä tasinkoa saavaksi puoleksi. Ellei tätä mahdollisuutta ole, jää AL 94a § osituksen lopputuloksen kannalta merkityksettömäksi.

Niin vaikeaselkoiselta kuin AL 94a § ensilukemalta tuntuukin, sen pääajatus on selvä. Ennakkoperintö, jonka jompikumpi puolisoista on antanut rintaperilliselle, vähennetään ositusta toimitettaessa perillistahon osuudesta. Vähentäminen toteutetaan PK 6 luvun ennakkoperintösäännöksistä tutulla tavalla. Osituslaskelmaa tehtäessä lahjan arvo ensin *lisätään* antajansa avio-oikeuden alaisiin varoihin ja avio-osat määritetään näin saadusta laskennallisesta säästöstä. Leskelle osoitetaan reaalisesti koko avio-osa, kun taas perillisille annettavaa määrää pienennetään ennakkoperinnön arvolla. Näin menetellen tasataan lesken ja perillisten väliset suhteet. Perilliset saavat kaikkiaan sen, minkä he olisivat saaneet ilman ennakkoa, ja samaan asemaan pääsee leski: L:lle osituksen jälkeen jäävän avio-oikeuden alaisen omaisuuden määrä ei pienene lahjoituksen johdosta.⁷ Kun säännöksellä tähdätään juuri aviovaral-

⁷ Tämä tavoite tuotiin selvästi esille perintökaaren lainvalmistelutöissä. Ks. lähemmin *SOU 1925:43* s. 462–463 sekä *LVK 1935:2* (Ehdotus) s. 113–114.

lisuussuhteiden tasaamiseen, on ymmärrettävää, että se on rajattu koskemaan avio-oikeuden alaisesta omaisuudesta tehtyjä luovutuksia. Vapaaomaisuuden lahjoituksiin ei AL 94a § normaalisti ulotu.⁸

Säännöksen soveltamista voidaan valaista esimerkin avulla. P on antanut ainoalle rintaperilliselleen R:lle 10 000 euron ennakoperinnön. Häneltä jää omaisuutta 50 000 euroa. Leski L:llä on omaisuutta 20 000 euroa. Kaikki omaisuus on avio-oikeuden alaista.

Ositusta toimitettaessa lisätään ennakoperinnön arvo P:n avio-oikeuden alaiseen omaisuuteen, ja osituspuolten avio-osat määritetään näin saadusta avio-oikeuden alaisten omaisuuksien laskennallisesta säästöstä. Avio-osiksi tulee siten 40 000 euroa $[(50\,000 + 10\,000 + 20\,000) \times \frac{1}{2}]$. Tämä määrä tulee lesken saada reaalisesti, joten perilliset joutuvat antamaan hänelle tasinkoa 20 000 euroa. Kun ennakon arvo vähennetään perillistahon osuudesta, he joutuvat tyytymään 30 000 euroon.⁹

Tarkasteltavaa lainkohtaa on oikeuskirjallisuudessa luonnehdittu vastikesäänökseksi.¹⁰ Sellaisena sitä epäilyksittä voidaankin pitää. AL 94a §:n mukainen vähennys toimii osituksessa laskennallisena korjauseränä, jonka avulla pyritään eliminoidaan perillistahon hyväksi tapahtuneen varallisuudensiirron vaikutukset osituspuolten asemaan. Ilman säännöksen olemassaoloa perilliselle annettu ennakoperintö koituisi lesken vahingoksi; hänen avio-osansa muodostuisi pienemmäksi kuin se olisi ollut ilman lahjaa. Tässä mielessä AL 94a § vertautuu hukkaamisvastiketta koskevaan AL 94 §:ään. Lainkohdilla onkin osittain päällekkäinen soveltamisalue, ja niiden soveltaminen myös johtaa monesti samaan lopputulokseen. Tilanteessa, jossa P on antanut omalle lapselleen huomattavan ennakoperinnön, leski L pääsee useim-

⁸ Sääntö ei tosin liene aivan poikkeukseton. Tilanteessa, jossa perittävä on antanut avio-oikeuden alaisesta omaisuudestaan hyvin suuren ennakoperinnön (tai useita huomattavia ennakoperintöjä), osituslaskelmaa tehtäessä saatetaan joutua kiinnittämään huomiota myös vapaaomaisuudesta annettuihin ennakkoihin. Ongelmasta lähemmin ks. *Helin Markku*, Avio-oikeus ja sen suoja. Teoksessa Pöyhönen Juha (toim.), Puolisoiden omaisuuden ositus ja jako (1984) s. 46 ss. sekä *Lohi* 1999 s. 91 ss.

⁹ AL 94a §:ää sovellettaessa saattaa tietysti syntyä tilanteita, joissa osituslaskelman tekeminen on tuntuvasti mutkikkaampaa kuin tässä ”kouluesimerkissä”. Näiden laskennallisten ongelmien osalta viittaa esitykseeni teoksessa Ennakoperinnöstä (ks. erityisesti s. 76 ss).

¹⁰ Näin esimerkiksi *Helin* 1984 s. 39, *Aarnio Aulis – Helin Markku*, Suomen avioliitto-oikeus (3. p. 1992) s. 178 sekä *Aarnio – Kangas I* 1999 s. 499.

miten samaan taloudelliseen asemaan, vetoaapa hän sitten AL 94 §:ään tai 94a §:ään.

Säännösten kesken on kuitenkin myös eroja. Kuten hieman myöhemmin selvitän, AL 94a § ei anna leskelle aivan yhtä vahvaa suojaa kuin mitä hän voisi saada hukkaamisvastiketta (AL 94 §) vaatimalla. Toisaalta AL 94a § ulottuu tietyissä suhteissa laajemmalle kuin hukkaamisvastikenenormi. Ennakkoperinnön huomioon ottaminen AL 94a §:n nojalla ei edellytä lahjoituksen sopimattomuutta. Niinpä lesken esittämä vähentämisvaatimus voi menestyä, vaikka P:n toteuttama lahjoitus olisi pysynyt suuruudeltaan kohtuuden rajoissa ja vaikka oikeustoimeen olisi ollut aviovarallisuusosoikeuden näkökulmasta hyväksyttävä peruste (esimerkiksi taloudellisessa ahdingossa olleen R:n auttaminen). AL 94a §:n soveltamista ei estä myöskään se, että L on antanut lahjoitukseen suostumuksensa.¹¹ Nämä hukkaamisvastikkeen (AL 94 §) kannalta relevantit vastaperusteet ovat nyt merkitystä vailla.

Miten sitten tarkasteltavan säännöksen soveltamiseen mahdollisesti vaikuttaa se, että ennakkoperintö on annettu *ainoalle* rintaperilliselle? AL 94a §:n mukaan ennakkoperintövastikkeeseen oikeuttaa lahja, joka on ”vähennettävä ennakon saajan perinnöstä kuolleen puolison jälkeen”. Säännöksen sanamuodon pohjalta saattaisi helposti ajatella, ettei se voisi tulla sovellettavaksi yhden perillisen jäämistöissä. Kun tällöin ei toimiteta lainkaan perinnönjakoa, mitään perinnöstä vähentämistäkään ei tapahdu – ei ainakaan samassa mielessä kuin PK 6 luvun sääntelemissä tilanteissa. Asia ymmärrettään kuitenkin vakiintuneesti toisin. Jotta AL 94a §:n taustalla oleva lesken suojaamisen tarkoitus voisi toteutua, sitä täytyy soveltaa myös ainoalle perilliselle annettuihin lahjoihin. Näin asiaa arvioitiin säännöksen ruotsalaisissa esitöissä, ja käsitystä on kannatettu myös oikeuskirjallisuudessa.¹² Ennakkoluovuuden huomioon ottaminen osituksessa ei siis esty ainakaan yksin sen vuoksi, että lahjaa ei voida perinnönjaossa vähentää saajansa perintöosasta.

Esteeksi AL 94a §:n soveltamiselle saattaa sen sijaan tulla perittävän antama vähentämiskielto tai se, että lahjan huomioon ottamisen ei katsota vastaavan hänen tahtoaan. Kuten PK 6:1.1:stä käy ilmi, perittävällä on valta

¹¹ Se, että puoliso on antanut toisen puolison tekemään lahjoitukseen suostumuksensa tai ollut osallisena oikeustoimessa esimerkiksi yhteisomistajana, estää yleensä häntä saamasta AL 94 §:n mukaista hukkaamisvastiketta. Kyse ei ole tällöin puolisoa sopimattomasti loukkaavasta oikeustoimesta. Ks. täältä osin esim. *Westring Hjalmar*, *Den nya giftermålsbalken* (2. p. 1933) s. 253 sekä *Rautiala Martti*, *Avioliitto-oikeus*. (5. p. 1975) s. 266.

¹² Ks. *SOU 1925:43* s. 463, *Westring* 1933 s. 262 sekä *Helin* 1984 s. 50.

määrätä, ettei rintaperilliselle annettua lahjaa oteta huomioon ennakkooperintona. Tällaisen määräyksen hän voi antaa esimerkiksi lahjakirjassa tai testamentissa, mutta myös suullisesti; mitään muotovaatimuksia ei sen osalta ole. Mikäli P on näin menettelemällä poistanut luovutukselta ennakkooperinnon luonteen, asia on periaatteessa selvä: lahjan johdosta ei voida tehdä sen paremmin PK 6:1.1:n kuin myöskään AL 94a §:n mukaista vähennystä. – Kuten kirjoituksen loppupuolella tulee esille, kuvatus ennakkooperintömääräyksen noudattaminen ei ole kuitenkaan aina ongelmaton. Saattaa syntyä tilanteita, joissa lahjaan liitetty ”ei ennakkooperintoa” -klausuuli täytyykin jättää huomioon ottamatta, kun perittävän ei ehkä sittenkään katsota tavoitelleen sen osoittamaa lopputulosta.

Jos perittävä ei ole antanut mitään lahjan huomioon ottamista koskevia määräyksiä, joudutaan vielä erikseen pohtimaan, kariutuisiko lesken esittämä vähentämisvaatimus siihen, että vähentämisen ei voitaisi katsoa vastaavan perittävän tahtoa. Arvioitaessa asiaa PK 6 luvun säännösten pohjalta tämä vaara vaikuttaa verraten pieneltä. Kun saajana on nyt rintaperillinen, lahjaa koskee PK 6:1.1:ssä asetettu ns. positiivinen ennakkooperintöoletta- ma. Se katsotaan tarkoitetun ennakkooperinnoksi, ellei perittävän tahdosta ja tarkoitusperistä saada muuta näyttöä. Olettamaa täytyy lain sanamuodon mukaan soveltaa myös ainoan rintaperillisen hyväksi tehtyihin lahjoituksiin – mitään erityissäännöstä ei laissa tämän tilanteen varalta ole.

Perintöverotusta koskevassa oikeuskirjallisuudessa ja KHO:n käytännös- sä on viimeksi mainittua kysymystä arvioitu kuitenkin toisin. Vallitsevana käsityksenä näyttää perintövero-oikeudessa olevan, että tilanteessa, jossa perillisiä on vain yksi, lahjanantajan *ei* voida yleensä katsoa tarkoittaneen luovutustaan ennakkooperinnoksi.¹³ Ainoalle perilliselle annettua lahjaa *ei* siten voitaisi pääsääntöisesti ottaa huomioon myöskään AL 94a §:n nojalla. Tuleeko asiaa arvioida tällä tavoin myös siviilioikeudessa?

Kysymykseen on mielestäni vastattava kieltävästi. AL 94a §:n tarkoitus- perät puhuvat vahvasti normaalin ennakkooperintöolettaman puolesta myös yhden rintaperillisen tapauksissa.¹⁴ Ruotsalaisten lainvalmistelijoiden tavoin

¹³ Ks. lähemmin *Puronen Pertti*, Perintö- ja lahjaverotus (8. p. 2005) s. 248–249 sekä *Andersson Edward*, Johdatus vero-oikeuteen (13. p. 2006) s. 122 viittauksineen oikeuskäytän- töön.

¹⁴ *Puronen* (em. teos s. 249) perustaa edellä mainitun kannanottonsa käsitykseen, jonka mukaan ennakkooperintöinstituution merkitys rajoittuisi perillisten keskinäisiin suhteisiin: ”Ennakkooperintöhän on nimenomaan rinnakkaisperillisten suojaksi synnytetty instituutio. Ellei suojan tarvetta ole, olettamalta putoaa pohja.” – Kuten AL 94a § jo olemassaolollaan

on siis syytä ottaa lähtökohdaksi, että lahjanantaja on halunnut liittää varallisuudensiirtoon tasausvaikutuksen vastaista ositusta ajatellen. Hänen tahtoaan vastaavana lopputuloksena täytyy normaalisti pitää sitä, että leskelle annetaan osituksessa lahjan arvoa vastaava kompensatio.¹⁵ Tästä voidaan poiketa vain, mikäli P:n muusta tarkoituksesta saadaan selvä näyttö.

Lahja AL 94 §:n mukaisena vastikeperusteena

Sen lisäksi, että P:n ainoalle rintaperilliselleen antama lahja saatetaan vähentää osituksessa AL 94a §:n nojalla, tämä luovutus voi oikeuttaa lesken vaatimaan AL 94 §:ssä tarkoitettua *hukkaamisvastiketta*. Jos vaatimus menestyy, osituslaskelmaa korjataan siten, että leski L mahdollisuuksien mukaan saatetaan samaan asemaan kuin missä hän olisi ollut ilman lahjoitusta.

Jotta lahja antaisi leskelle oikeuden hukkaamisvastikkeeseen, kyse täytyy olla perittävän taloudellisiin oloihin soveltumattomasta menettelystä. P:n siis katsotaan tietystä omaisuudesta disponoidessaan käyttäneen väärin vallinta-oikeuttaan. Tässä kirjoituksessa ei voida yksityiskohtaisesti tarkastella AL 94 §:n soveltamisen edellytyksiä. Todettakoon kuitenkin, että säännöksen tunnusmerkistön saattavat täyttää ennen muuta varallisuusarvoltaan huomattavat lahjoitukset, joihin P on ryhtynyt ”omin päin” – siis hankkimatta L:ltä hyväksyntää – ja joiden tekemiseen ei ole muutenkaan hyväksyttävää perustetta.¹⁶ Leskellä on lisäksi täytynyt olla avio-oikeus lahjoitettuun omaisuuteen. Vapaaomaisuutta koskeviin määräämistoimiin ei AL 94 § koskaan ulotu.

Lahjan huomioon ottaminen AL 94 §:n nojalla synnyttää useimmissa tapauksissa samat tai lähes samat oikeusvaikutukset kuin mihin päädyttäisiin ennakkoperintövastiketta koskevan AL 94a §:n nojalla. Sovellettiinpa kumpaa lainkohtaa tahansa, leski pääsee siihen asemaan, jossa hän olisi

osoittaa, Purosen ajattelutapa on yksipuolinen. Ennakkoperinnön huomioon ottamisen merkitys ei rajoitu perilliskumppanien välien tasoittamiseen, vaan sillä on keskeinen funktio myös monien muiden henkilörelaatioiden kannalta.

¹⁵ Ks. lähemmin *SOU 1925:43* s. 462–463, josta tämä säännöksen tausta-ajatus käy selvästi ilmi.

¹⁶ Hyväksyttäväksi lahjoituksen saattaa tehdä esimerkiksi se, että P on luovutuksellaan pyrkinyt päästämään lapsensa taloudellisesta ahdingosta. – Kysymyksestä, milloin puolison antama lahja täyttää AL 94 §:n tunnusmerkistön, ks. esim. *Rautiala* 1975 s. 259–261; *Helin* 1984 s. 51–52; *Aarnio – Helin* 1992 s. 181–183 sekä *Kangas Urpo*, *Lahja* (1993) s. 187–188.

ollut ilman ennakkoperintöä. L:n ei siten normaalisti tarvitse lahjan vaikutuksilta suojaa saadakseen vedota hukkaamisvastikkeen edellytysten (lahjoituksen erityinen sopimattomuus yms.) toteutumiseen, vaan AL 94a §:n mukaisen vähentämisvaatimuksen tekeminen riittää. Aina ei asia ole kuitenkaan tällä tavoin. Asetelma saattaa muodostua myös sellaiseksi, että päästäkseen oikeuksiinsa lesken on syytä vaatia vastiketta nimenomaan AL 94 §:n nojalla.

Täysin hukkaamisvastikkeen varassa leski on tilanteissa, joissa AL 94a §:n soveltamisen edellytykset jäävät täyttymättä. Tähän voidaan päätyä ennen muuta lahjaan liitetyn ns. negatiivisen ennakkoperintömääräyksen johdosta: P on siis rintaperilliselle lahjoittaessaan määrännyt, että luovutusta ei ole pidettävä ennakkoperintönä.¹⁷ Kyseinen tahdonilmaisu pääsääntöisesti estää ottamasta lahjaa huomioon ennakkoperintönä, mutta AL 94 §:n soveltamiseen se ei vaikuta. Jos vain vastiketunnusmerkistö muuten täyttyy, leski voi vähentämispresumtion poissulkemisesta huolimatta vaatia hukkaamisvastiketta.

AL 94 §:ään vetoamisen saattaa tehdä tarpeelliseksi myös se, että kysymys on ollut hyvin suuresta ennakkoperinnöstä. Jos P:n ainoalle rintaperilliselleen antama lahja ylittää perillistahon laskennallisen avio-osan arvon, AL 94a §:n soveltaminen ei riitä kompensoimaan L:lle lahjasta aiheutuvaa menetystä. Leski joutuu nimittäin ennakkoperintövastiketta vaatiessaan tyytymään siihen, mihin P:ltä jäänyt omaisuus riittää: AL 94a § ei oikeuta leskeä saamaan tasinkoa jäämistön ulkopuolisista varoista.¹⁸ Mikäli sovellettavaksi taas tulee hukkaamisvastiketta koskeva AL 94 §, lesken asema paranee. Hänelle avautuu nyt mahdollisuus vaatia suorituksia lahjansaajalta. Perintöosuuttaan suuremman lahjan saanut R saatetaan velvoittaa palauttamaan lahja tai sen arvo siltä osin kuin omaisuutta tarvitaan L:n avio-osan toteuttamiseen.

¹⁷ Ilmaisuihin ”negatiivinen ennakkoperintömääräys” on lähtöisin *Kankaalta* (1993 s. 229). Sen avulla voidaankin lyhyessä muodossa ilmaista määräyksen olennainen sisältö: lahjaa ei ole pidettävä saajansa ennakkoperintönä.

¹⁸ Vielä vajaatehoisemmaksi saattaa AL 94a § jäädä tilanteissa, joissa rintaperillisiä on useita ja ylisuuri ennakkoperintö annettu yhdelle heistä. Ennakkoa ei tällöin voida ottaa osituslaskelmassa huomioon koko arvostaan, vaan siitä huomioidaan vain se osa, joka voidaan vähentää saajansa perintöosasta. Ennakkoperinnön ylisuuruudesta aiheutuva puute jaetaan siis suhteellisesti lesken ja lahjansaajan perilliskumppaneiden kesken. Näin leski ei voi vaatia itselleen koko jäämistön säästöä, vaikka se tarvittaisiinkin hänen avio-osansa täyttämiseen, vaan osa omaisuudesta menee perillisille. Tästä sääntelystä ks. lähemmin *Helin* 1984 s. 39 ss., *Aarnio – Helin* 1992 s. 185 ss. sekä *Lohi* 1999 s. 76 ss.

Palautusvastuun syntyminen edellyttää viimeksi kuvatussa tilanteessa AL 40a §:ssä asetettujen edellytysten täyttymistä. R voi joutua palautusvelvolliseksi, mikäli hän on ollut lahjan saadessaan vilpillisessä mielessä: R on siis tiennyt tai hänen olisi pitänyt tietää, että lahja loukkaa toisen puolison avio-oikeutta. Saadakseen toteutettua palautusvaateensa lesken on osattava toimia aktiivisesti. Hänen on nostettava kanne lahjansaajaa kohtaan vuoden kuluessa osituksen toimittamisesta, kuitenkin viimeistään 10 vuoden kuluessa lahjan täyttämistä.¹⁹

Oma kysymyksensä on, voisiko AL 94 §:ään vetoaminen käydä joskus tarpeelliseksi myös lahjan arvonmääritykseen liittyvistä syistä. Sovellettaessa AL 94a §:n ennakkoperintönormia P:n antama lahja otetaan pääsääntöisesti huomioon antamishetken arvostaan (PK 6:5). Tämä on L:n kannalta usein epäedullista, sillä omaisuuden arvo on saattanut luovutushetken jälkeen nousta. – Kysymys, mitä arvonmääritysajankohtaa käytetään AL 94 §:n mukaista vastiketta annettaessa, on sitä vastoin riitainen. Varteenotettavana vaihtoehtona voidaan pitää *ositushetken* arvoa.²⁰ Oikeustila ei ole kuitenkaan selvä; myös sen käsityksen puolesta, että hukkaamisvastikkeeseen sovelletaan PK 6:5:ssä omaksuttua lahjoitushetken sääntöä, saatetaan esittää hyviä argumentteja.²¹

Ositus ja lesken antamat lahjat

Lahjojen vähentäminen AL 94a §:n nojalla

Lesken ja rintaperillisten välillä toimitettavan osituksen lopputulokseen voivat vaikuttaa myös lesken itsensä antamat lahjat. Ne saattavat ensinnäkin oikeuttaa lesken vaatimaan AL 94a §:ssä tarkoitettua ennakkoperintövastiketta. Kuten lainkohdan sanamuodosta ilmenee, se tulee sovellettavaksi L:n

¹⁹ AL 40a §:ssä tarkoitettusta avio-osan täydennyksestä ks. lähemmin *Aarnio – Helin* 1992 s. 275–278.

²⁰ Tätä käsitystä ovat puoltaneet *Godenhielm Berndt*, Värdering av arvejordsvederlag. JFT 1956 s. 37 ja 69, *Saarenpää* 1980 s. 372–373 ja *Helin* 1984 s. 34–35. Tiettyä tukea ositushetken säännölle saadaan myös ratkaisuista KKO 1960 II 64 ja KKO 1986 II 147.

²¹ Lahjoittamishetken pääsäännön kannalla ovat olleet: *Portin Göran*, Värdering av vederlag vid avvittring. JFT 1955 s. 405–415, *Wirilander Juhani*, Osituksen ongelmia. Teoksessa *Uusinta jäämistöoikeutta* (1978) s. 167–168 ja *Kangas* 1993 s. 208. Ongelmasta ks. myös *Lohi*, Pesänjako, vastike ja lahjansaajan palautusvastuu (2006) s. 90–95, jossa tarkastelen vastaavaa kysymystä PK 3:3.1:n vastikesäännöksen kannalta. Päädyn sen osalta puoltamaan lahjoitushetken sääntöä.

tekemiin vastikkeettomiin disponointeihin samoin edellytyksin kuin jos lahjoittajana olisi ensin kuollut P. Vaaditaan siis, että lahja on annettu avio-oikeuden alaisesta omaisuudesta ja että saajalla on perintöoikeus P:n jälkeen. Myös enakkoperinnön yleisten tunnusmerkkien pitää toteutua: lahjan on siis oltava kyllin suuri (ei ”tavanomainen”) eikä L ole saanut tahdonilmauksellaan sulkea pois enakkoperintöolettamaa.

Jos AL 94a §:n soveltamisen edellytykset täyttyvät, lesken antamaan enakkoperintöön liitetään osituksessa samat vaikutukset kuin ensin kuolleen P:n antamaan vastaavan suuruiseen enakkoon. Lahjan arvo siis vähennetään nytkin perillistahon osuudesta.

Palautettakoon mieliin edellä s. 90 tarkasteltu laskuesimerkki. Jos sitä muutettaisiin niin, että tapauksessa mainitun 10 000 euron enakkoperinnön olisikin antanut leski L, osituksen lopputulos pysyisi täysin samana.

Viimeksi mainittu seikka tuottanee monelle käytännön lakimiehelle yllätyksen. Yleisesti kyllä tiedetään, että lesken antama lahja voidaan ottaa huomioon jo ensin kuolleen omaisuutta jaettaessa. Sääntö käy selvästi ilmi PK 6:1.2:sta, ja asiaa painotettu myös jäämistöoikeuden yleisesityksissä. Epätietoisuutta saattaa sitä vastoin aiheuttaa vähentämisen ”suunta” – se, että lahjan arvo vähennetään *perillistahon* osuudesta. Varsin tavallista lieinee, että lesken antamien enakkoperintöjen vaikutus käsitetään päinvastaisella tavalla: tällaiset ennakot ajatellaan vähennettävän *lesken* omasta avio-osasta. Väärinkäsitys on ymmärrettävä, sillä juuri näin meneteltäisiin, mikäli lahjan johdosta annettaisiin perillisille hukkaamisvastiketta AL 94 §:n nojalla.²² AL 94a §:n tausta-ajatus on kuitenkin toinen. Säännöksessä ei liitetä enakkoluovutuksia tehneen lesken toimiin sanktioita, vaan sen avulla päinvastoin taataan hänelle kompensatio enakkoperinnön johdosta. L, joka omaa omaisuuttaan käyttämällä on toteuttanut osan perillisen jäämistösaannosta jo ennakolta, saa suorituksensa laskennallisesti takaisin osituksessa.

²² Anteeksiannettavaksi erehdyksen tekee sekin, että vastaavanlainen virhe on syntynyt joskus myös oikeuskirjallisuudessa. Ks. esimerkiksi *Aarnio – Kangas*, Suomen jäämistöoikeus I (3. p. 1991) s. 356 sekä *Puronen*, Perintö- ja lahjaverotus. (7. p. 2000) s. 240, joissa käytetyissä laskuesimerkeissä L:n antama ennakko on vähennetty hänen omasta avio-osastaan. – Aarnion ja Kankaan teoksen uusimmassa painoksessa (4. p. 1999 s. 500) tämä virhe on korjattu. Purosen teoksen uusimmassa painoksesta (8. p. 2005) on puolestaan poistettu nyt käsiteltävään ongelmaan liittyvä laskuesimerkki.

Lesken toteuttamiin lahjoituksiin on liitettävä normaalit oikeusvaikutukset myös silloin, kun saajana on P:n ainoa rintaperillinen. Kilpailevien perilliskumppanien puuttumisesta ei siis voida nytkään tehdä sitä johtopäätöstä, että PK 6:1.1:ssä omaksutusta vähentämispresumtiosta poikettaisiin. Ennakkoperintöolettaman kumoutuminen voisikin olla lesken kannalta kohtalokasta: omaisuuttaan perilliselle antanut L jäisi vaille AL 94a §:n mukaista hyvitystä. Vaikuttaa selvältä, ettei tällaiseen lopputulokseen pidä päätyä kevin perustein.

Viimeksi esitetylle näkökohdalle saatetaan antaa yleisempääkin merkitystä. On muistettava, että avioliitossa oleva lahjanantaja ei voi normaalisti edeltä käsin tietää, tuleeko hän olemaan ositusta ajatelleen P:n vai L:n asemassa. Omaisuuttaan lahjoittava puoliso joutuu siis periaatteessa aina varautumaan siihen, että osituksessa suojaa tarvitsevan lesken asemaan joutuu juuri hän itse. Tästä seuraa, että arvioitaessa ennakkoperintöolettaman pois sulkeutumista AL 94a §:ssä tarkoitetuissa tilanteissa on syytä noudattaa eloonjääneelle puolisolle suopeaa tulkintaa. Jotta lahjanantajan voitaisiin katsoa sulkeneen pois ennakkoperintöolettaman, on voitava pitää todennäköisenä, että hän on mielessään hyväksynyt tästä johtuvat haittavaikutukset, paitsi häneltä mahdollisesti jäävän lesken, myös hänen itsensä kannalta.

Lesken antamat lahjat ja hukkaamisvastike (AL 94 §)

Lesken tekemä lahjoitus saattaa loukata P:ltä jääneiden perillisten oikeutta. Ositusta toimitettaessa päädytään ehkä katsomaan, että L on omaisuuttaan pois antamalla syyllistynyt avio-oikeuden alaisen varallisuutensa sopimattomaan vähentämiseen. Tällöin perilliset saavat osituksessa vastiketta AL 94 §:n nojalla. Mikäli kyseinen lahja toteuttaa myös AL 94a §:n soveltamisen kriteerit, syntyy mielenkiintoinen asetelma. Sama lahja, johon vetoamalla perilliset voivat parantaa asemaansa AL 94 §:n nojalla, oikeuttaa L:n saamaan AL 94a §:n mukaista kompensatiota.

Ensin kuolleen P:n perilliselle annettu ennakkoperintö saattaakin epäilyksittä oikeuttaa perillistahon AL 94 §:ssä tarkoitettuun hukkaamisvastikkeeseen, mikäli P:ltä on jäänyt muita perillisiä lahjansaajan lisäksi. Siinä tapauksessa, että lesken antama ennakko on ollut saajansa laskennallista perintöosaa suurempi, perilliskumppaneille syntyy tarve AL 94 §:ään vetoamalla saattaa itsensä ositusta ajatellen samaan asemaan kuin missä he olisi-

vat olleet ilman lahjoitusta.²³ Muutenhan ylisuuri ennakko pienentäisi heidän perintöosiaan. Mutta miten on asia tässä kirjoituksessa tarkasteltavissa tilanteissa, joissa lahjansaaajana ja toisena osituspuolena on ensin kuolleen *ainoa rintaperillinen*? Ensi katsannossa vastaus vaikuttaa selvältä: L:n tekemään lahjoitukseen ei voida koskaan liittää AL 94 §:n mukaista vastikeseuraamusta.

Kieltävää kantaa voidaan perustella jo sillä, että lahjansaaajaperillinen ei ole nyt vastikkeen tarjoaman kompensaation tarpeessa. Kun R:lle on siirtynyt leskeltä omaisuutta, lahja ei ole aiheuttanut hänelle sellaista menetystä, jollaisen varalta AL 94 § perillisiä suojaa. Voidaan myös katsoa, että R on ottamalla lahjan vastaan hyväksynyt oikeustoimen ja täten menettänyt mahdollisuutensa vaatia sen johdosta hyvitystä. Vertailun vuoksi ajateltakoon tilannetta, jossa puolisoltaan lahjan saanut P koettaa avioero-osituksessa vedota omaan lahjaansa vastikeperusteena. P siis vaatii vastiketta sen johdosta, että L on kyseisellä lahjoituksellaan vähentänyt avio-oikeuden alaista omaisuuttaan. Vaikuttaa selvältä, ettei P:n vaatimus menestyisi. Se olisi käsitteäkseni torjuttava myös tilanteessa, jossa lahjoitus on pitkällä tähtäyksellä todella pienentänyt ositettavaa säästöä (P on esimerkiksi saattanut menettää puolisolta saamansa omaisuuden).

Aivan ongelmaton ei vastikeoikeuden epäävä tulkinta kuitenkaan ole. Sitä täytyy kyllä mielestäni noudattaa aina, kun vastike koituisi välittömästi rintaperillisen itsensä hyväksi. Asetelma voi kuitenkin olla myös sellainen, että hukkaamisvastikkeen tuottama hyöty olisi menossa kokonaan muille. Sehän saattaisi määrätilanteissa hyödyttää esimerkiksi P:n velkojia tai P:n määräämää testamentinsaajaa – viimeksi mainittujen asema monesti paranee P:n perillistahon avio-osan kasvun myötä. Tällaisten sivullisten näkökulmasta R:lle annettu lahja on yhtä vahingollinen kuin kenen tahansa ”ulkopuolisen” hyväksi tehty vastikkeeton luovutus. Saatetaan siten väittää, ettei L:ää kohtaan esitettyä vastikevaatimusta tulisi ehdottomasti hylätä yksin sen johdosta, että lahjasaajana on ollut ensin kuolleen P:n ainoa rintaperillinen.

²³ Kysymys, miten AL 94 §:n ja 94a §:n yhtäaikaan soveltaminen toteutetaan osituslaskelmaa tehtäessä, on tulkinnallisesti epäselvä. Oma käsitykseni on, että perillisille annettava hukkaamisvastike kaventaa lesken hyväksi tulevaa kompensaatiota siitä, mihin leski olisi oikeutettu AL 94a §:n nojalla. Osituslaskelmaa siis korjataan niin, että perilliset pääsevät siihen asemaan, jossa he olisivat olleet ilman lesken tekemää lahjoitusta. Ennakkoperinnön ylisuuruudesta aiheutuva taloudellinen rasitus säilytetään näin lesken yksin kannettavaksi. Seuraus on lesken kannalta sanktioluonteinen, sillä ilman AL 94 §:n soveltamista tämä rasitus (”puute”) jaettaisiin suhteellisesti lesken ja perillisten kesken. – Kysymyksestä lähemmin ks. *Lohi* 1999 s. 109–111.

Arvioitaessa viimeksi kuvattua ongelmaa joudutaan ottamaan kantaa jäämistöositusta koskevaan yleiseen kysymykseen: miten on hahmotettava tämän toimituksen henkilösuhteet? Onko siis L:n vastapuoleksi todella katsottava – niin kuin esimerkiksi *Saarenpää* on asian käsittänyt – P:n *perillistaho*, tarkasteltavassa tilanteessa lahjansaaja R?²⁴ Toinen mahdollisuus olisi ymmärtää osituksen tapahtuvan lesken ja P:n *kuolinpesän* kesken. Päädyttäessä kuolinpesän kannalle olisi vahvat perusteet hyväksyä L:ää kohtaan esitetty vastikevaatimus myös tilanteessa, jossa AL 94 §:n tunnusmerkistön täyttävä lahja on annettu P:n ainoalle rintaperilliselle. Lahjansaajan tällainen erityisasema ei siis estäisi esimerkiksi legaatinsaajaa tai P:n velkojaa saamasta hyväkseen sitä kompensaatiota, josta he pääsisivät osalliseksi ”ulko-puolisille” annettujen lahjojen johdosta.

Jäämistöosituksen henkilösuhteiden selvittäminen vaatisi oman tutkimuksensa; tässä kirjoituksessa ei kysymystä voida lähemmin tarkastella. Näin ollen myös viimeksi esiin nostettu vastikeprobleema joudutaan jättämään vastausta vaille.

LAHJANSAAJAN OIKEUDESTA LAKIOSAAN

Ainoalle rintaperilliselle annettu lahja voi osoittautua problemaattiseksi myös PK 7 luvun lakiosasäännösten soveltamisen kannalta. Tämä havaitaan tilanteessa, jossa rintaperillinen lakiosaoikeuteensa vedoten esittää vaatimuksia sivullista, esimerkiksi testamentinsaajaa vastaan. Viimeksi mainittu saattaa nyt puolustukseksaan vedota siihen, että R on hänen hyväkseen tehdyn lahjoituksen myötä saanut lakiosansa tai ainakin osan siitä jo perittävän eläessä. Joudutaankin kysymään, millä edellytyksin tällainen vastaväite menestyy.

Sivullisia, joiden asemaan rintaperillisen vaatimus saattaa vaikuttaa, ovat ennen muuta P:n määräämät testamentinsaajat, toiset lahjansaajat ja henkilöt, jotka ovat saaneet omaisuutta P:n ottaman henkivakuutuksen nojalla. Heidän kaikkien etujen mukaista olisi, että rintaperillisen lakiosasta puuttuva määrä katsottaisiin mahdollisimman pieneksi. Osoittamalla, että R:lle annettu lahja kattaa koko lakiosan, testamentinsaaja voi-

²⁴ Käsityksestä, jonka mukaan jäämistöosituksen toisena osapuolena on nimenomaan perillistaho (eikä siis P:n kuolinpesä), ks. lähemmin *Saarenpää* 1989 s. 216–217.

si ottaa vastaan jälkisäädöksessä hänelle määrätyn omaisuuden, eikä hänen täytyisi varautua PK 7:5:2:ssa tarkoitetun lakiosasuorituksen tekemiseen. Kilpaileva lahjansaaja voisi puolestaan näin menettelemällä varmistaa, ettei hänen tarvitse maksaa rintaperilliselle lakiosan täydennystä. Vastaavanlainen hyöty lahjaan vetoamisesta saattaisi koitua henkivakuutuksessa määrätylle edunsaajalle. Kaikkia näitä tahoja auttaisi tietysti jo se, että lahja kattaisi edes osan R:n lakiosasta, kun tämän lakiosavaade näin pienenisi.

Menestyksekkäs vetoaminen rintaperillisen hyväksi tehtyyn suoritukseen voi osoittautua toivottavaksi myös perittävältä jääneen lesken tai kihlakumppanin kannalta. Viimeksi mainitut saattavat tietyn edellytyksin vaatia jäämistön säästöstä PK 8:2:ssa tarkoitettua avustusta.²⁵ Avustuksen saamisen ja sen suuruuden kannalta ei ole yhdentekevää, kuinka suuri omaisuusmäärää R:lle kuuluu lakiosaoikeuden nojalla. PK 8:2.3:n mukaan avustusta antamalla ei voida ilman painavia syitä puuttua rintaperillisen lakiosaan. Niinpä esimerkiksi arvioitaessa, voidaanko 40 000 euron jäämistöstä antaa leskelle tai kihlakumppanille hänen vaatimansa 30 000 euron avustus, saattaa olla olennainen merkitys sillä, kuinka suureksi rintaperillisen lakiosasta puuttuva määrä muodostuu. Jos R:n lakiosavaade on 20 000 euroa, avustusta ei voida ilman painavia syitä antaa 20 000 euroa enempää. Mikäli taas rintaperillisen katsotaan jo saaneen lakiosansa, täyden avustuksen antamiselle ei ole ainakaan lakiosasta johtuvia esteitä (R voi tietysti vastustaa avustusvaatimusta muilla perusteilla).

Milloin sitten ainoalle rintaperilliselle annettu lahja otetaan huomioon hänen lakiosavaadettaan pienentävänä tai jopa sen kokonaan sammuttavana eränä? Vastaus kysymykseen saadaan PK 7:3.3:sta ja PK 7:7:stä. Lainkohdista selviää, että lakiosan suuruuden kannalta on välitöntä merkitystä sellaisella perittävän antamalla lahjalla, joka täyttää *ennakkoperinnön* tai *testamenttiin rinnastuvan lahjan* tunnusmerkistön. PK 7:3.3:ssa mainitaan vielä kolmaskin laskennallinen erä, *suosiolahja*, mutta se voidaan jättää tässä yhteydessä sivuun. Suosiolahjalle ominaisena piirteenä on, että sen antamalla P on tarkoittanut suosia saajaa lakiosaan oikeutetun perillisen vahingoksi. Tilanteessa, jossa saaja on jo lahjan antamishetkellä ollut ainoa rintaperillinen, tämä edellytys ei voi mitenkään täytyä.

²⁵ Avustuksen antamisen edellytyksistä ks. lähemmin esim. *Aarnio – Kangas* I 1999 s. 593–600.

Tässä yhteydessä on syytä erikseen huomauttaa, että rintaperillisen lakiosan suuruuteen vaikuttavana ennakkoluovutuksena voidaan PK 7:3.3:n mukaan ottaa huomioon vain *perittävän itsensä* antama lahja. PK 6:1.2:ssa oleva säännös lesken antamien ennakkoperintöjen huomioon ottamisesta ei siis koske lakiosaa. Tämä lain sanamuotoa vastaava tulkinta on hyväksytty myös oikeuskäytännössä (KKO 1998:137).²⁶ Niinpä sivullisten on hyödytöntä vedota siihen, että R on saanut omaisuutta eloonjääneeltä puolisolta.

Jotta rintaperillisen saama ennakkoluovutus voitaisiin lukea testamenttiin rinnastuvaksi lahjaksi, on PK 7:3.3:sta ilmenevän testamentinkaltaisuustunnusmerkistön täyttyttävä. Lahja on siis pitänyt antaa verraten lähellä kuolemantapausta, ja perittävän on lisäksi täytynyt mieltää oman kuolemansa läheisyys. Näiden kriteereiden toteutumista arvioidaan normaalien sääntöjen mukaan myös tilanteissa, joissa lahjan saajana on ainoa rintaperillinen. Kysymykseen ei liity kirjoituksen aihepiirin kannalta kiinnostavia ongelmia, joten sen tarkastelusta voidaan tässä yhteydessä luopua.²⁷

Jos rintaperilliselle tehty luovutus ei täytä testamenttiin rinnastuvan lahjan tunnusmerkistöä, R:n vastapuoleksi joutuvan täytyy koettaa vedota siihen, että kysymys on ollut ennakkoperinnöstä. Väitteen menestymiseen onkin periaatteessa hyvät mahdollisuudet, saattaahan kilpailija vedota PK 6:1.1:stä ilmenevään presumtioon: rintaperilliselle annettu lahja oletetaan ennakkoperinnöksi, ellei P:n näytetä muuta määränneen tai tarkoittaneen. Tätä vähentämispresumptiota täytyy nähdäkseni noudattaa nytkin normaaliin tapaan. Yksin se seikka, että lahjansaajana on ainoa perillinen, ei siis käy perusteeksi poiketa siitä. Asia on oikeastaan jopa päinvastoin. Käänteisen oletaman omaksuminen johtaisi tarkasteltavissa tapauksissa helposti perittävän tarkoitusten vastaisiin tuloksiin. Tämä on helppo havaita, kun ajatellaan tilannetta, jossa P on R:lle antamansa lahjan lisäksi tehnyt omaisuudestaan huomattavan testamenttimääräyksen tai lahjoituksen ”ulkopuolisen” hyväksi. Positiivisen ennakkoperintöoletaman kumoutuminen merkitsisi selvää uhkaa viimeksi mainittujen saantojen tehokkuudelle. Tällaisen lop-

²⁶ Kysymystä on tarkasteltu myös oikeuskirjallisuudessa. Ks. lähemmin *Saarenpää* 1994 s. 153–154 sekä *Lohi* 1999 s. 248–253.

²⁷ Testamenttiin rinnastuvan lahjan tunnusmerkistö on ollut laajasti esillä oikeuskirjallisuudessa. Tältä osin voidaan viitata esimerkiksi seuraaviin lähteisiin (kirjallisuus- ja oikeustapausviitteinen): *Saarenpää* 1980 s. 307–326, *Kangas* 1993 s. 248–262, *Aarnio – Kangas* I 1999 s. 536–542 ja *Walin Gösta*, Kommentar till ärvdabalken I (5. p. 2000) s. 184–192.

putuloksen voitaisiin tuskin katsoa vastaavan perittävän tahtoa. Varmaan hän on todennäköisemmin tähdännyt siihen, että kaikki hänen tekemänsä oikeustoimet toteutuvat tai pysyvät voimassa.

On kuitenkin mahdollista, että perittävä on rintaperilliselle lahjoittaessaan päätynt kumoamaan ennakkoperintöolettaman. Olosuhteet ovat vielä ehkä sellaiset, että lahjaa ei toteuttamisolosuhteittensa vuoksi voida missään tapauksessa pitää testamenttiin rinnastuvana. Tällöin syntyy kysymys, joudutaanko lahja kerta kaikkiaan jättämään merkitystä vaille, kun arvioidaan rintaperillisen lakiosa-oikeutta. Pitääkö R:lle toisin sanoen taata joko jäämistön varoista tai muusta omaisuudesta hänen täyttää lakiosaansa vastaava arvomäärä?

Kysymystä arvioitaessa törmätään samaan ongelmaan, johon viittasin jo AL 94a §:n tarkastelun yhteydessä. On aiheellista pohtia, täytyykö ennakkoperintöolettaman poissulkeva määräys ottaa nyt todesta. Katsotaanko siis perittävän todella tarkoittaneen, että rintaperillinen voi vaatia lakiosaansa ”puhtaalta” pöydältä? Kuten hieman myöhemmin esittämästäni (luvussa Negatiivisen ennakkoperintömääräyksen sivuuttamisesta) selviää, vastaus on usein kieltävä. Tällöin asia vaikuttaa selvältä: negatiivinen ennakkoperintömääräys on yksinkertaisesti sivuutettava ja lahja otettava huomioon R:n saamana ennakkoperintönä.

Keskitytään kuitenkin ensin tilanteisiin, joissa P:n antama ennakkoperintömääräys on *vakavaksi tarkoitettu* ja saa näin aikaan sisältönsä mukaiset oikeusvaikutukset. Ainoalle rintaperilliselle annettua lahjaa ei siis todellakaan lueta ennakkoperinnöksi. Lähtökohdaksi on tällöin otettava, ettei kyseinen lahja vaikuta R:n lakiosaan millään tavoin. Näin asia järjestyykin poikkeuksetta, mikäli rintaperillisen vastapuoleksi tulee P:n määräämä testamentinsaaja. Siltä osin kuin testamentti koskee enempää kuin puolta jäämistöomaisuudesta, se on rintaperillistä kohtaan tehoton. Testamentinsaaja voi tosin käyttää hyväkseen PK 7:5.2:n hänelle takaamaa rahansuoritusoi-keutta ja näin saattaa jälkisaädöksen tehokkaaksi. Hänen on kuitenkin täl-löin maksettava rintaperilliselle tämän lakiosaa vastaava rahasumma tai siitä puuttuva määrä. Suoritus on tehtävä täysimääräisenä; mihinkään vähennyk-siin ei R:n saama lahja siis johda.

Vastaavanlainen menetyksen uhka koskee kilpailevaa lahjansaajaa. Ole-tetaan, että P on rintaperilliselleen tekemänsä lahjoituksen lisäksi luovut-tanut Y:lle omaisuutta sellaisissa olosuhteissa, että järjestely rinnastuu tar-koitusperiltään testamenttiin. Y joutuu nyt varautumaan lakiosasta puut-tumaan jäävän määrän suorittamiseen, eikä hänen maksuvelvollisuuttaan

lievennä lähtökohtaisesti lainkaan se, että myös R on saanut perittävältä lahjan. Esimerkiksi tilanteessa, jossa Y:lle lahjoitetun omaisuuden arvo on 10 000 euroa ja P:ltä jää omaisuutta 2 000 euroa, täydennysvastuuksi muodostuu 4 000 euroa [lakiosahan on $\frac{1}{2} \times (2\,000 + 10\,000) = 6\,000$ euroa].

Täysin merkityksettömäksi ei rintaperilliselle annettu lahja kuitenkaan viimeksi kuvatussa tilanteessa jää. Lahjansaaajan suojaksi voi nimittäin tulla PK 7.3.3:een otettu vastasyysääntö. Lainkohdassa säädetään, että testamenttiin rinnastuvan lahjan tunnusmerkitön sinänsä täyttävä ennakkoluovutus saatetaan jättää PK 7 luvun säännösten kannalta merkityksettömäksi, *jos on olemassa erityisiä vastasyitä*. Vaikka siis P olisi luovuttanut omaisuuttaan kuolinvuoteellaan tajuten järjestelynsä testamentinkaltaiseksi, disponointia ei välttämättä oteta huomioon lakiosaa määrättäessä. Pitäisinkin mainitun poikkeussäännöksen soveltamista esimerkkitilanteessa mahdollisena. Se, että lakiosaansa vaativa rintaperillinen on itsekin saanut P:ltä huomattavan lahjan, voidaan nähdäkseni ymmärtää PK 7:3.3:ssa tarkoitetuksi vastasyiksi. Tämän suuntainen näkemys tuotiin esille lakiosasäännösten valmistelutöissä, ja sen hyväksymistä saatetaan puoltaa myös asiallisin perustein.²⁸ Perittävältä omaisuutta saanut R ei ole yhtä vahvan lakiosasuojan tarpeessa kuin lahjoituksista täysin osattomaksi jäänyt jälkeläinen.

Vastaavanlainen puolustautumismahdollisuus saattaa tarkasteltavassa tilanteessa tarjoutua perittävältä jääneelle leskelle tai kihlakumppanille. Edellä totesin, että PK 8:2:ssa tarkoitettua avustusta on *painavista syistä* mahdollista antaa myös rintaperillisen lakiosaoikeuden sivuuttavin vaikutuksin. Arvioitaessa painavien syiden olemassaoloa ei rintaperillisen saamaa merkittävää ennakkoluovutusta voida nähdäkseni jättää ainakaan täysin merkitystä vaille. Se, että R on saanut perittävältä omaisuutta jo tämän eläessä, vähentää hänen oikeutustaan nauttia suojaa avustuksen tarpeessa olevaa les-

²⁸ Perintökaaren esitöissä (HE 37/1948 s. 6) valaistaan vastasyysäännön käyttämistä seuraavalla esimerkillä: ”– perittävä on aikaisemmin antanut jollekulle lapsistaan lahjan, jota ei ole vähennettävä tämän perinnöstä, ja hän tämän vuoksi, hänen taloudellisen asemansa huononnettua, kuolinvuoteellaan lahjoittaa jäljellä olevan omaisuutensa muille lapsilleen”. – Lakia säädettyä näyttää siis pidetyn silmällä ennen muuta tilanteita, joissa viimeisinä elinvuosina annetulla lahjalla on tasoitettu *perillisten välisiä* suhteita (näin myös Aarnio – Kangas I 1999 s. 537). Käsittääkseni vastasyysäännöstä saatetaan tästä huolimatta soveltaa myös perillisiin ulkopuolisen lahjansaaajan hyväksi. Näin menetellen voidaan turvata perittävän tahdon toteutuminen ja estetään ylimitoitetun lakiosasuojan antaminen omaisuutta jo saaneelle rintaperilliselle.

keä tai kihlakumppania kohtaan. Kynnys hyväksyä lakiosaoikeuden sivuuttaminen voinee ainakin alentua.²⁹

NEGATIIVISEN ENNAKKOPERINTÖMÄÄRÄYKSEN SIVUUTTAMISESTA

Perittävän tarkoituksia vastaamattomat enakkoperintömääräykset

Edellä toin esille seurauksia, joita lahjaan liitettyllä enakkoperintöolettan poissulkevalla määräyksellä saattaa olla eri etutahojen asemaan. Erityinen merkitys määräyksellä on tilanteessa, jossa myöskään testamenttiin rinnastuvan lahjan tunnusmerkistö ei täyty. Pääsääntönä on, että rintaperillinen voi nyt toteuttaa oikeutensa jäämistöön ikään kuin ei olisi lahjaa saanutkaan. Menestyksekkäs vetoaminen enakkoperintöolettan kumoamiseen parantaa siis rintaperillisen asemaa, paitsi ositusta, myös testamentinsaajaa ja lahjansaaja vastaan käytävää lakiosariitaa ajatellen.

Rintaperillisen vastapuoleksi tuleva jäämistöntresentti saattaa kuitenkin riitauttaa negatiivisen enakkoperintömääräyksen. Hän ehkä väittää, että lahjanantaja ei ole todellisuudessa tavoitellut sitä oikeusvaikutusta, joka määräyksestä sen sanamuodon mukaan näyttäisi seuraavan. Enakkoperintöklauusuuli on hänen mielestään liitetty oikeustoimeen muista syistä. Selityksenä saattaa olla esimerkiksi valmiin asiakirjamallin käyttö. Melko uskottavastikin saattaa R:n vastapuoli myös väittää, että luovutuksen enakkoperintöluonnetta koskeva lausuma on otettu lahjakirjaan yksinomaan verotusta silmällä pitäen. Perittävä on ehkä ajatellut, että on verotuksellisesti edullisempaa antaa omaisuutta tavallisena lahjana kuin enakkoperintönä (näin-

²⁹ Lain esitöiden perusteella vaikuttaa tosin siltä, että lakiosaoikeuden sivuuttaminen tulisi kysymykseen lähinnä lesken erityisten tarpeiden perusteella: siis kun ”– leski on varaton ja avustusta tarvitaan hänen perustoimeentuloonsa ja että lakiosavaatimuksen toteuttaminen vaarantaa lesken mahdollisuuden huolehtia itse toimeentulostaan.” (HE 225/1982 s. 13.) Samansuuntaisesti *Aarnio – Kangas* 1999 s. 597–598. Mitään estettä tulkinnalle, jonka mukaan merkitystä saatetaan antaa myös rintaperillisen saamille taloudellisille etuuksille, ei mielestäni kuitenkaan ole. Näin voitaneen tehdä etenkin rajatapauksissa (siis kun on tulkinnanvaraista, vaatiiko lesken perustoimeentulon suojaaminen rintaperillisten lakiosaan puuttumista).

hän asia tavallaan olisikin, jos perillisiä olisi useita).³⁰ Mitään siviilioikeudellisia vaikutuksia ei perinnönjättäjä ole lausumallaan tavoitellut. Se täytyy näin ollen jättää huomioon ottamatta osituksessa, eikä sille pidä myöskään antaa merkitystä rintaperillisen lakiosaoikeutta toteutettaessa.

Tällainen ennakkoperintöolettaman palauttamisvaatimus saattaa tietyin edellytyksin menestyä. Pelkkä lahjakirjassa oleva ”ei ennakkoperintöä”-klau-suuli tai suullisesti annettu samansisältöinen lausuma ei vielä yksin lyö luk-koon lahjan ennakkoperintöluonnetta, vaan ratkaisevaksi muodostuu viime kädessä perittävällä ollut tarkoitus.³¹ Jotta mainitulle määräykselle voitai-siin antaa merkitystä, perittävän on todella täytynyt tähdätä saajan ainakin jonkinasteiseen suojaamiseen tai suosimiseen: siihen, että R saa lahjastaan huolimatta esittää jäämistöoikeudellisia vaatimuksia puhtaalta pöydältä. Jos mitään tämän kaltaisia tarkoituseriä ei ole ollut, määräyksessä on kysymys tyhjiä sanoista, joille ei pidä antaa juridista relevanssia.

Syntyikin kysymys, millaiset mahdollisuudet ennakkoperintömääräyk-sen riittävällä puolisolla tai testamentinsaajalla on onnistua pyrkimyksis-sään. Kuinka uskottavana saatetaan pitää väitettä, jonka mukaan perinnön-jättäjä ei ole – vaikka hän esimerkiksi onkin liittänyt lahjakirjaan maininnan ”ei ennakkoperintöä” – tosiasiaa tarkoittanut parantaa R:n asemaa muihin jäämistöintresseihin nähden?

Ongelmaa arvioitaessa on syytä selvittää, minkä tyyppisiin siviilioikeu-dellisiin vaikutuksiin ennakkoperintöolettaman poissuljennalla tyypillisim-min tähdätään. Perittävä tarkoittaa tällaisella määräyksellä yleensä paran-taa lahjasaajan asemaa *perilliskumppaneihin nähden*. Esimerkiksi P, jolla on kolme lasta (R, S ja T), haluaa taata sen, että R saisi hänelle tehdystä ennakkoluovutuksesta huolimatta reaalisesta jäämistöstä saman murto-osan kuin S ja T. Mahdollisesti perittävä tahtoo mennä vieläkin pidemmälle: hän haluaa ehkä jättää lahjansaajan perilliskumppaneille niin vähän kuin mah-dollista. Oletetaan, että esimerkin P on lahjan lisäksi suosinut R:ää testa-mentilla. Negatiivisen ennakkoperintömääräyksen avulla hän tähtää nyt

³⁰ Taitavasti valittujen negatiivisten ennakkoperintömääräysten avulla on mahdollista ke-ventää sukupolvenvaihdokseen liittyvää verorasitusta. Tästä materiaalsen perintöoikeuden kannalta mielestäni ongelmallisesta sääntelystä ks. *Lohi* 1999 s. 279–286.

³¹ Ennakkoperintösäännösten tahdonvaltaisuutta on korostanut *Kangas* 1993 s. 228 ss. Pe-rittävän tahdon kunnioittaminen edellyttääkin, että liitettäessä oikeusvaikutuksia lahjaa kos-keviin perittävän lausumiin ja määräyksiin noudatetaan *subjektiivista* tulkintaa. Se, miltä asia on näyttänyt ulospäin – esimerkiksi lahjansaajan silmissä – täytyy sitä vastoin jättää merkitystä vaille.

yleensä siihen, että S:n ja T:n lakiosat laskettaisiin reaalisen jäämistön säästöstä.

Kun sitten ajatellaan tämän kirjoituksen tyyppitilannetta, jossa rintaperillisiä on vain yksi, asetelma muuttuu. Tarvetta suosia tai suojata lahjansaaajaa suhteessa toisiin rintaperillisiin ei P:llä nyt ole. Joudutaankin kysymään, mitä rationaalisia tarkoituksia negatiiviselle enakkoperintömääräykselle tällöin jää. Voiko sen antamiseen olla yleensäkin järjestellisiä motiiveja ja jos voi, onko näitä kuitenkin pidettävä uskottavina, kun otetaan huomioon määräyksen muut oikeusvaikutukset?

Myös nyt tarkasteltavissa tilanteissa on periaatteessa mahdollista, että lahjanantaja on enakkoperintöolettamaa kumotessaan varautunut kilpailevien rintaperillisten ilmaantumiseen. Heitähän saattaa olla perittävän tietämättä (aviottomat lapset) taikka myöhemmin syntyä (tai tulla P:lle adoption perusteella). Tällainen varautumistarkoitus lienee kuitenkin käytännössä varsin harvinainen enakkoperintömääräyksen antamisen motiivi. Seuraavassa en kiinnitäkään siihen huomiota, vaan lähdän siitä, että P on todella pitänyt saajaa ainoana rintaperillisenään. Hänellä ei siis ole ollut tarvetta parantaa R:n asemaa suhteessa toisiin perillisiin.

Tarkastellaan ensin enakkoperintöolettaman poissuljennan *ositusvaikutuksia*. Negatiivinen enakkoperintömääräys saa aikaan sen, että eloonjääneen puolison asema huononee. Lesken avio-osa pienenee siitä, mikä se muuten olisi ollut AL 94a §:n nojalla, joten hän voi menettää ainakin osan tasingostaan. AL 103.2 § takaa sentään sen, ettei leski voi koskaan joutua tasinkoa maksavaksi puoleksi.

Kuinka todennäköistä on, että tällainen lopputulos vastaisi lahjanantajan tarkoituksia? Epäilemättä syntyy joskus tilanteita, joissa perittävä pyrkii suosimaan rintaperillistään eloonjääneen puolison kustannuksella. P saattaa siis negatiivisella enakkoperintömääräyksellään tähdätä siihen, että rintaperillinen saisi P:n kuoltua toimitettavassa jäämistöosituksessa enemmän kuin mihin hänellä muuten olisi oikeus. Kovin tavallinen ei tällainen tarkoitus kuitenkaan liene. Olosuhteet ovat todennäköisesti useammin sellaiset, että lesken on helppo saada suosimistarkoitusta koskeva väite näyttämään epäuskottavalta.

Erityisen aiheen epäilykselle antaa se, että ”ei enakkoperintöä”-ehto voi helposti tulla sovellettavaksi lahjanantajaa itseään vastaan. Antaja saattaa elää puolisoaan pidempään – siis jäädä itse leskeksi – jolloin hän määräyksen johdosta menettää AL 94a §:n mukaisen suojan. Voidaankin kysyä, kuinka

realistista on arvioida, että lahjoittaja olisi mielissään hyväksynyt tällaisen lopputuloksen.³² Mahdotonta se ei tietysti ole. Puolisot ovat saattaneet yhteisymmärryksessä toimien pyrkiä takaamaan sen, että kuoleepa heistä ensin kumpi tahansa, rintaperilliselle osituksessa tuleva avio-osa muodostuu mahdollisimman suureksi. Mitenkään tyypillisenä ei tällaista tarkoituserää voitane kuitenkaan pitää; presumtioksi se ei ainakaan kelpaa.

Etsittäessä järkeviä motiiveja ”ei ennakkoperintöä”-klausuulille on syytä kiinnittää huomiota myös *lakiosasäännöksiin*. Kuten edellä totesin, ennakkoperintöolettaman poissuljennan tekee usein mielekkääksi se, että lahjan-saaja R onnistutaan näin suojaamaan kilpailevien rintaperillisten lakiosavaatimuksilta. Tässä kirjoituksessa tarkasteltavissa tilanteissa määräyksen vaikutus on kuitenkin koko lailla toinen: kumoamalla ennakkoperintöolettaman P kaventaa todellista disponointivaltaansa.³³ Määräyksen noudattamisen seurauksenahan on, että ”ulkopuolisen” testamentinsaajan asema huononee siitä, millainen se olisi muuten ollut. Kun R:n lakiosasta ei nyt tehdä PK 7:7:ssä tarkoitettua vähennystä, hänen lakiosavaateensa kasvaa ehkä tun-tuvastikin. Tämän johdosta testamentti, joka olisi voitu muuten ongelmitta täyttää, käy vaikeammin toteutettavaksi. Saaja joutuu nyt tekemään rintape-rilliselle lakiosasuorituksen tai hänen maksuvelvollisuutensa kasvaa.

Viimeksi kuvattu lopputulos vastanee harvoin lahjanantajan tahtoa. Omaisuudestaan testamentilla määrävä haluaa yleensä jälkisaädöksen to-teutuvan mahdollisimman tehokkaasti. Niinpä etenkin tilanteessa, joissa tes-tamentti ulkopuolisen hyväksi on tehty ennen lahjoitusta tai suunnilleen sa-maan aikaan lahjoituksen kanssa, on liki mahdotonta kuvitella, että P olisi negatiivista ennakkoperintömääräystä antaessaan todella tahtonut vahvistaa rintaperillisansä lakiosasuojaa. Tällainen tarkoitus ei vaikuta todennäköisel-tä edes silloin, kun jälkisaädös on tehty vasta myöhemmin. Kuinka moni P:n asemassa oleva haluaisi tietien tahtoen rajoittaa omaa testamenttausval-taansa?

Vastaavanlaisia kavennuksia saattaa negatiivinen ennakkoperintömääräys aiheuttaa perittävän todellisen *lahjoittamisvapauden* kannalta. Rationaali-

³² Tästä negatiivisen ennakkoperintömääräyksen sivuvaikutuksesta huomautettiin myös ruot-salaisissa esitöissä (*SOU 1925:43* s. 268). Lainvalmistelijat totesivat, että asiaan on kiinni-tettävä huomiota arvioitaessa lahjanantajan tarkoituseriä. Sellaiseen tulkintaan, että lahja-nantajan olisi katsottava tarkoittaneen sulkea pois ennakkoperintöolettaman, ei saa päätyä kevein perustein.

³³ Myös tähän ennakkoperintöolettaman kumoamisen sivuvaikutukseen kiinnitettiin huo-miota ruotsalaisissa esitöissä; ks. *SOU 1925:43* s. 268.

sesti toimiva iäkäs P joutuu aina varautumaan siihen, että ulkopuoliselle taholle – esimerkiksi aatteelliselle yhdistykselle – annettu lahja täyttää testamenttiin rinnastuvan lahjan tunnusmerkistön. P:n tarkoituksiperien toteutumisen kannalta olisikin eduksi, että rintaperillisen lakiosavaade jäisi mahdollisimman pieneksi. Järjestely, jossa perinnönjättäjä rintaperilliselle lahjoittaessaan sulkee pois ennakkoperintöolettaman, ei tunnu tässä suhteessa lainkaan järkevältä. Paljon paremmin P:n tahtoa voisi olettaa vastaavan sen, että rintaperillisen saama lahja luetaan ennakkoperinnöksi; tällöinhän omaisuuden arvo PK 7:7:n nojalla vähennetään R:n lakiosasta.

Edellä totesin, että ”ulkopuolisella” lahjansaajalla (Y) on testamentinsaajaa paremmat mahdollisuudet suojautua rintaperillisen lakiosavaatimuksilta. Y saattaa turvata saantonsa PK 7:3.3:ssa tarkoitettuihin erityisiin vastasyihin vetoamalla. Mitenkään vaaraton ei R:n saamaan lahjaan liitetty negatiivinen ennakkoperintömääräys Y:n kannalta kuitenkaan ole. Erityisiin vastasyihin vetoaminen ei ilman muuta menesty; kysehän on poikkeussäänöksestä. Vaikuttaakin selvältä, että perittävä, joka yhtään ajattelee ulkopuolisen lahjansaajan parasta, varoo tällaisin määräyksin lisäämästä täydennysvastuun uhkaa.

Ristiriitaiset tarkoituksiperät

Viimeksi esiin tuomani näkökohdat puhuvat vahvasti samaan suuntaan: ennakkoperintöolettaman poissulkevan määräyksen noudattamista vastaan. Käsitykseni onkin, että tilanteessa, jossa tällainen ehto on liitetty ainoalle rintaperilliselle annettuun lahjaan, lahjanantajalta jääneellä leskellä on hyvät mahdollisuudet viedä perusta sen noudattamiselta. Samaan saattavat pysyä muut R:n vastapuolet, esimerkiksi testamentinsaaaja, ”ulkopuolinen” lahjansaaja ja vieläpä lahjan antanut L itsekin. He kaikki onnistuvat ehkä teemmään uskottavaksi, ettei lahjanantaja ole tavoitellut määräyksellään sen sisällön mukaisia oikeusvaikutuksia. Jos siis lahjanantajalle olisi selvitetty ”ei ennakkoperintöä” -klausuulin siviilioikeudelliset vaikutukset, hän ei olisi hyväksynyt niistä ainuttakaan eikä liittänyt klausuulia lahjaan. Näissä oloissa onkin ongelmattonta jättää lausuma vaikutuksettomaksi.

Asetelma ei ole kuitenkin aina näin yksinkertainen. Lahjanantajan motiiveista tehty selvitys saattaa johtaa myös ristiriitaisiin tuloksiin. Osa negatiivisen ennakkoperintömääräyksen tyypillisistä oikeusvaikutuksista sotii ehkä lahjanantajan tarkoituksiperiä vastaan mutta osa näyttää täysin vastaavan niitä.

Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa puoliset P ja L ovat yhdessä lahjoittaneet ainoalle lapselleen R:lle huoneiston hallintaan oikeuttavat osakkeet ja lahjakirjassa määränneet, että kysymys ei ole ennakkoperinnöstä. Olosuhteista on ehkä pääteltävissä, että puoliset ovat todella tarkoittaneet turvata R:n aseman vastaista ositusta silmällä pitäen. Puolisoiden varallisuustila on esimerkiksi ollut niin hyvä, että rahapulasta kärsivälle R:lle on haluttu taata mahdollisimman suuri ositusanto. P ja L ovat kenties jopa tarkoittaneet, että kumpikaan heistä ei osituksessa vetoa AL 103.2 §:ään vaan että R:n tulee saada vähintään puolet koko pesän säästöstä. Tällaiseen jäämistösuunnitteluun sopisi hyvin, että lahjaa *ei* oteta osituksessa huomioon ennakkoperintönä. Samaan aikaan puoliset ovat ehkä kuitenkin pitäneet tärkeänä, että heidän eräälle yhdistykselle tekemänsä testamentti voitaisiin toteuttaa R:n lakiosavaatimusten estämättä. Sitä, että R voisi lakiosansa vetoamalla estää testamentin täytäntöönpanon tai vaatia testamentinsaajalta rahasuoritusta, he eivät ole missään tapauksessa tavoitelleet. Jotta viimeksi mainittu uhka vältettäisiin, lahja *olisi voitava* katsoa lakiosasäännösten kanalta ennakkoperinnöksi. – Miten kuvatus kaltainen ristiriita pitäisi ratkaista?

Lahjan ennakkoperintöluonteen monivaikutteisuus muodostaa jäämistöoikeudessa yleisemmän ongelman, johon voidaan törmätä myös silloin, kun perillisiä on useita. Saatetaan esimerkiksi joutua pohtimaan, olisiko lahja, jolla vanhempi on epäilyksittä pyrkinyt suosimaan yhtä lapsistaan toisten kustannuksella, kuitenkin otettava AL 94a §:n nojalla huomioon omaisuuden osituksessa. Ongelman syvälinen arviointi edellyttäisi lahjanantajan tahdon ja tarkoitusten tulkintaa ja hänen määräämisvaltaansa koskevien kysymysten laajahkoa tarkasteltua. Siihen ei voida tässä yhteydessä ryhtyä. Työdynkin seuraavassa muutamien suuntaviivojen hahmotteluun.

Tilanteeseen, jossa negatiivisen ennakkoperintömääräyksen noudattaminen näyttäisi tietyiltä osin lahjanantajan tahdon mukaiselta mutta toisissa suhteissa hänen tahtonsa vastaiselta, voidaan ajatella ainakin neljää ratkaisua:

1. *Ennakkoperintömääräyksen noudattaminen.* Lähdetään siitä, että jos negatiivisen ennakkoperintömääräyksen oikeusvaikutukset edes joiltakin osin vastaavat lahjanantajan tarkoitusperiä, sitä noudatetaan kaikissa suhteissa. Luovutusta ei siis pidetä ennakkoperintönä. Lahjanantaja joutuu tällöin sietämään myös määräyksestä mahdollisesti johtuvat ei-toivottavat seuraukset.

2. *Ennakkoperintömääräyksen sivuuttaminen.* Tämä vaihtoehto on edellisen vastakohta. Tilanteessa, jossa negatiivisen ennakkoperintömääräyksen noudattaminen johtaisi edes joiltain osin lahjanantajan tarkoitusten vastaisiin tuloksiin, se sivuutetaan kokonaan. Määräykseen ei liitetä edes niitä vaikutuksia, joiden toteutumista lahjanantaja on pitänyt tärkeänä. Sen sijaan pitäydytään lain osoittamassa pääsäännössä ja otetaan lahja huomioon ennakkoperintönä.
3. *Kokonaisharkintaan perustuva joko–tai-ratkaisu.* Noudatetaanko negatiivista ennakkoperintömääräystä vai ei, päätetään sen oikeusvaikutusten kokonaisarvion perusteella. Ratkaisevaksi muodostuu, kumpi todennäköisesti vastaisi paremmin lahjanantajan tahtoa, määräyksen noudattaminen vai sen totaalinen sivuuttaminen. Ovatko siis ennakkoperintöolettaman kumoamisella tavoitellut oikeusvaikutukset lahjanantajan näkökulmasta niin tärkeitä, että määräyksen ei-toivottuja sivuvaikutuksia voidaan pitää hänen näkökulmastaan pienempänä pahana – vai järjestykö asia päinvastoin? Kysymyksen annetun vastauksen mukaan ratkaistaan, noudatetaanko negatiivista ennakkoperintömääräystä vai ei.
4. *Ennakkoperintömääräyksen osittainen noudattaminen.* Annetaan ennakkoperintömääräykselle ne vaikutukset, joiden oletetaan vastaavan lahjanantajan tahtoa, mutta ei muita vaikutuksia. Hyväksytään toisin sanoen se, että lahjalla voi olla useita ennakkoperintöluonteita: luovutusta arvioidaan tietyissä henkilösuhteissa ja konflikteissa ennakkoperintönä, mutta toisissa ei. Lahja esimerkiksi otetaan huomioon osituksessa mutta ei lakiosaa määrättäessä.

Parhaimmilta näistä vaihtoehdoista vaikuttavat 3 ja 4. Ensimmäiset kaksi saattavat johtaa lahjanantajan tarkoituseriä niin selvästi loukkaaviin lopputuloksiin, että ne on mielestäni syytä hylätä. Tehtäessä valintaa jäljelle jääneiden ehdokkaiden kesken joudutaan päättämään: joko – tai vai sekä – että? Täytyykö siis lahjan ennakkoperintöluonnetta koskevaan kysymykseen aina vastata kyllä tai ei, vai voiko lahjalla olla useita ennakkoperintöluonteita?

Pantaessa painoa jäämistöoikeuden järjestelmän selkeydelle ja hallittavuudelle päädytään helposti vaihtoehdon 3 kannalle: lahja joko on ennakkoperintöä kaikissa suhteissa tai ei sitä miltyään osin. Tällaiselle tulkinnalle saadaan tukea myös kirjoitetusta laista. Esimerkiksi AL 94a §:n voi katsoa sanamuotonsa mukaan soveltuvan vain lahjoituksiin, jotka ovat ennakkoperintöä myös PK 6:1:n kannalta. Ruotsalaiset lainvalmistelijat näyttävät niin ikään

lähteneen siitä, että tietyllä luovutuksella on aina vain yksi ennakkoperintöluonne.³⁴ Mitenkään vastaansanomattomia nämä argumentit eivät kuitenkaan ole. Mikäli halutaan antaa enemmän arvoa lahjanantajan määräämisvallan kunnioittamiselle ja hänen tahtonsa toteutumiselle, on syytä valita vaihtoehto 4. Lahjaan toisin sanoen liitetään juuri ne tasausvaikutukset, jotka antaja on olosuhteista päätelleen halunnut siihen liitettävän – ei muita.

Ei ole helppo sanoa, kumpi näistä kahdesta vaihtoehdosta tulisi omaksua. Kun tarkastelin ongelmaa teoksessani Ennakkoperinnöstä (1999), tyydyin jättämään kysymyksen avoimeksi.³⁵ Tätä kirjoittaessani olisin taipuvainen kallistumaan tilanteittain vaihtelevien ennakkoperintömääräysten hyväksymisen kannalle, siis vaihtoehtoon 4. Pidän lahjanantajan tahdon ja tarkoituksien toteutumista siinä määrin suurena arvona, että niitä kunnioittavaan ratkaisuun tulee voida päätyä, vaikka järjestelmän selkeys tästä ehkä jonkin verran kärsiikin. Jos P nimenomaisesti määräisi, että hänen R:lle antamansa lahja on otettava tietyissä suhteissa huomioon ennakkoperintönä mutta toisissa ei, hänen tahtoaan olisi mielestäni pääsääntöisesti noudatettava. Mitään *yleistä* estettä tilanteittain vaihtelevan ennakkoperintöluonteen hyväksymiselle ei ainakaan voitane esittää. Samaan lopputulokseen on mielestäni voitava päätyä lahjoittajan tahtoa tulkitsemalla – siis antamalla lahjalle ne oikeusvaikutukset, jotka vastaavat parhaiten hänen tarkoituksensa.

Viimeksi esitetty ei merkitse sitä, että lahjanantajan tahtoa voidaan ilman muuta noudattaa *kaikissa* ajateltavissa tilanteissa. Ennakkoperintömääräysten erilaisten oikeusvaikutusten kartoitus saattaisi tuoda esiin sellaisia vaikutuskombinaatioita, joita ei kerta kaikkiaan voida hyväksyä. On toisin sanoen mahdollista, että tahtoessaan liittää lahjaan oikeusvaikutuksen O1 lahjanantaja joutuu alistumaan myös vaikutukseen O2. Tai vastaavasti: torjuessaan vaikutuksen O2 perittävä joutuu tyytymään siihen, ettei myöskään vaikutusta O1

³⁴ Tällaiseen ajattelutapaan viittaa seuraava ruotsalaisissa esitöissä (*SOU 1925:43* s. 268) ÄB 6:1.2:n tarkastelun yhteydessä esitetty näkökohta: Se, katsotaanko tietty luovutus ennakkoperinnöksi vai ei, vaikuttaa perillisten keskinäisten suhteiden lisäksi myös eloonjääneen puolison asemaan; saattaapa asialla olla vaikutusta myös lakiosaongelmien kannalta. Harvittaessa laista ilmenevästä vähentämispresumtiosta poikkeamista ei pidä siten kiinnittää huomiota vain siihen, mikä lopputulos näyttäisi parhaalta perillisten välistä perinnönjakoa ajatellen. Huomioon on lisäksi otettava lahjan ennakkoperintöluonteen muut oikeusvaikutukset. – Ruotsalaiset lainvalmistelijat näyttävät siis oletaneen, että yksittäinen luovutus joko on ennakkoperintöä kaikissa suhteissa tai ei missään henkilörelaatiossa. Ajattelutapa, jossa luovutuksen ennakkoperintöluonne saattaa vaihdella esimerkiksi sen mukaan, ollaanko toimittamassa ositusta vai perinnönjakoa, näyttää sitä vastoin olleen heille kokonaan vieras.

³⁵ Ks. *Lohi* 1999 s. 71–72 sekä s. 290–291.

saada aikaan.³⁶ Lahjanantajan disponointivallan rajojen selvittäminen edellyttäisikin ennakoperintömääräyksiin liittyvien eri oikeusvaikutusten kattavaa ja systemaattista analyysiä. Se on kuitenkin jätettävä toiseen yhteyteen.

LOPPUHUOMAUTUS

Ainoalle rintaperilliselle annettu lahja voi siis synnyttää yllättävänkin vaikeita jäämistöoikeudellisia ongelmia. Lahjansaajan ja hänen kanssaan konfliktiin joutuvan jäämistöintresentin oikeuksien kannalta saattaa olla ollenainen merkitys sillä, millaisia laskennallisia vaikutuksia luovutukseen liitetään. Keskeiseksi kysymykseksi muodostuu usein se, katsotaanko lahja ennakoperinnöksi vai ei.

Lopuksi on syytä palata s. 92 mainitsemaani vero-oikeudessa omaksutun käsitykseen, jonka mukaan ainoalle rintaperilliselle annettua lahjaa ei voitaisi yleensä ottaa huomioon ennakoperintönä. Väite osuu siviilioikeutakin ajatellen tiettyssä mielessä oikeaan. Mikäli perillisiä on vain yksi, lahjan ennakoperinnöksi lukemiseen ei ole normaalisti tarvetta. Ei yksinkertaisesti synny sellaista riitaa, jota ratkaistaessa kävisi tarpeelliseksi pohtia luovutuksen ennakoperintöluonnetta.

Lainopin näkökulmasta selvästi mielenkiintoisempia ovat kuitenkin tilanteet, joissa kyseinen lahja *synnyttää* jäämistöoikeudellisen konfliktin. Jos lahjan saaneen rintaperillisen edut joutuvat ristiriitaan esimerkiksi lesken, kilpailevan lahjansaajan tai testamentinsaajan oikeuksien kanssa, joudutaan ottamaan kantaa siihen, noudatetaanko laissa omaksuttua positiivista ennakoperintöolettaa vai ei. Tällöin ei ole syytä seurata vero-oikeudessa puolettua ajattelutapaa. Päinvastoin: kun lahjansaajana on ainoa rintaperillinen, PK 6:1.1:n mukaisesta vähentämispresumtiosta on normaaliakin perustelumpaa pitää kiinni. Väite, jonka mukaan lahjanantaja olisi todella tarkoittanut sulkea pois luovutuksensa ennakoperintöluonteen, voidaan hyväksyä vain vahvoin perustein. Se saatetaan torjua jopa tilanteessa, jossa lahjakirjaan on otettu ennakoperintöolettan kumoava määräys.

³⁶ Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa puoliso haluaa negatiivisella ennakoperintömääräyksellään taata sen, ettei tiettyä lahjaa oteta huomioon ennakoperintönä häneltä ehkä jäävän lesken ja perillistahon välillä toimitettavassa osituksessa. Voisiko puoliso nyt liittää lahjakirjaan ehdon, jonka mukaan luovutus olisi kuitenkin ennakoperintöä, mikäli leskeksi sattuisi jäämään juuri hän itse? Tällaiseen puoliset keskenään eri asemiin asettavaan määräykseen saatetaan nähdäkseni suhtautua epäillen.

Heikki E. S. Mattila

De Latinitate recentiorum doctrinarum ad iura hereditaria pertinentium

VERBA SALUTATORIA

quae Heikki E. S. Mattila praeses Investigationis comparativae sermonis iuridicialis pridie Idus Decembres anno 2001 in monte Levi fecit

Illustrissimi Collegae ex omnibus orbis terrarum partibus oriundi!

Ultima Thule iam dudum studia doctorum excitat. Tacitus, rerum scriptor Romanus, de Fennis, gente septentrionali mirae feritatis, narrat (hi Lappones fuisse hodie existimantur). Posterioribus saeculis multi homines eruditi in Lapponiam itinera fecerunt, ut phaenomena naturae huius regionis propria observarent aut floram et faunam eius exoticam admirarentur. Neque defuerunt viatores, quorum animus amore incolarum Lapponiae peculiarium accensus esset. Praecipua mentione dignus est Pierre Louis Moreau de Maupertois, vir celeberrimus Francogallus, qui formas globi terrestris investigaturus anno 1736 expeditioni in Lapponiam susceptae praefuit. Anno 1799 duo peregrini doctissimi cum comitibus orbem nostrum arctoum separatim peragraverunt, scilicet Giuseppe Acerbi, iuris consultus et deinde consul Italianus, atque Edward Daniel Clarke, qui postea munere professoris mineralogiae in Universitate Cantabrigiensi fungebatur. Tractatus eorum, in quibus cum aliae res tum gentes Hyperboreae et mores earum peculiare describebantur, primum Anglice, deinde etiam Finnice divulgati sunt. Sed nunc primum factum esse dixerim, ut homines docti, qui sermoni iuridiciali speciatim investigando dediti sunt, in Lapponiam convenirent. Inter nos sunt nonnulli linguae Latinae peritissimi, ut professor Wolfgang Mincke. Insuper perraro evenisse arbitror, ut eruditi tam frequentes e diversis nationibus in hoc solum congregarentur, sub Stella polari de rebus reconditis disputaturi et inspirationem in alto silentio silvarum ingentium sibi quaesituri.

SALUTATION

du directeur du projet de linguistique juridique comparée présentée par Heikki E. S. Mattila le 12 décembre 2001 au Mont Levi

Distinguished Colleagues from all the parts of the world!

Men of science have long been interested in Ultima Thule, the far north. The Roman historian, Tacitus, tells about the Fenni, a savage Northern tribe which, today, is thought to mean the Lapps. In later times many learned men travelled to Lapland since certain natural phenomena can only be observed in this region, or the reason for their travels were the exotic flora and fauna of the country, in some cases also its fascinating inhabitants. One such scientist was the famous Frenchman, Pierre Louis Moreau de Maupertois, who led an expedition to Lapland in 1736 to investigate the forms of the globe. And in the year 1799 even two learned foreigners travelled separately around our arctic regions with their companions: Giuseppe Acerbi, lawyer and later Italian consul, and Edward Daniel Clarke, future professor of minerology at the University of Cambridge. Their narrative accounts of such matters as the Hyperborean tribes and their peculiar customs have been published in English and subsequently in Finnish. But I dare say that it is the first time that scholars particularly devoted to the language of lawyers have assembled in Lapland – amongst us several individuals versed in Latin, such as Professor Wolfgang Mincke. It is also undoubtedly very rare that a group of learned personages so numerous, consisting of participants from various nations, has come together on this soil, to take part in far-reaching discussions under the North Star, in order to seek inspiration from the great silence of the immense forests.

In parvis civitatibus magni conventus nonnisi consociatis multorum operibus fieri possunt. Nobis igitur, qui in proposito nostro peragendo occupati sumus, feliciter contigit, ut conventus facientes compluribus institutis et sedibus prospere cooperaremur. Haec sunt Sedes sermoni iuridicali investigando (Universitas Laponica), Centrum ab institutione linguarum (Universitas Laponica), Institutum a iure oeconomico internationali (Universitas Helsinkiensis) et Societas Finniae sermoni iuridicali investigando. Anno 1999 symposium nationale communiter peractum est, et hoc biennio duo doctorum conventus internationales facti sunt. Anno 2000 in Universitate Laponica symposium de progressu sermonis iuridicalis habitum est, cuius acta Anglice scripta iam colligimus, quae in forma libri divulgentur. Nunc ipsum autem, cum conventum 'Lex et lingua' nuncupatum celebramus, haec cooperatio summum capit fastigium.

Iam animadvertimus curatores imprimis id egisse, ut programma scientificum huius conventus quam optimum esset ac rerum copia abundaret. Quae cum ita sint, gratias quam maximas ago professori *Tarja Salmi Tolonen* nec non investigatoribus gregis nostri scientifici *Richard Foley* et *Iris Tukiainen*. Summa laude digna est etiam *Marja Leena Porsanger*, secretaria societatis 'Lapland Congresses', quae conventus in Lapponia instituendos curat. Plurimum autem ad prosperum successum nostri conventus participes ipsi conferent. Quam ob rem magnopere gaudemus, quod dominae et domini tantae eruditionis longo itinere suscepto huc advenierunt.

Conditio, sine qua nulli conventus scientifici fieri possunt, est pecunia satis ampla. Pecuniam autem ad omnem eam operam necessariam, quam Investigationi sermonis iuridicalis navavimus, Academia Finnica, fautrix principalis huius conventus, benigne praestitit. Huc accedunt Opus fundatum 'Kordelinin säätiö', Societas aeronautica 'Finnair' et Universitas Laponica, quae auxilio nummario subministrato curatoribus potestatem fecerunt participes satis hospitaliter excipiendi. Pro hoc subsidio eis gratias quam plurimas agimus.

Hic conventus in monte agitur, qui Finnice 'Levi' appellatur. Nomen est omen, nam Latine dicere possumus nos 'in Monte Levi' esse, tamquam mons, in quo sumus, 'levis' sit. Utinam animus nobis in hunc locum congregatis aequalevis sit atque avis septentrionalis, quae in solitudine silvarum alis se mandat! Dixi.

(Textum Latine reddidit *Reijo Pitkäranta*)

Dans les petits pays, l'organisation d'événements importants exige la mise en commun des efforts. C'est une grande joie de constater, à ce sujet, que notre projet a bien réussi à établir une coopération fructueuse avec la Chaire de linguistique juridique (Université de Laponie), le Centre d'enseignement de langues (Université de Laponie), l'Institut de droit économique international (Université de Helsinki) et l'Association finlandaise de linguistique juridique. À forces réunies, nous avons organisé un colloque national en 1999 et au cours de ces deux dernières années, deux symposiums avec des participants étrangers. Un livre en anglais, incluant les actes du symposium sur le développement du langage juridique, organisé en 2000 à l'Université de Laponie, est actuellement en préparation. Et, maintenant, cette coopération atteint son apogée dans la réalisation du présent congrès 'Droit et Langue – Perspectives d'avenir et examen rétrospectif'.

We have already seen the magnificent efforts of the organizing committee of this congress to guarantee the high quality and richness of the scientific programme. For this reason I present my cordial thanks to Professor Tarja Salmi-Tolonen as well as to the researchers involved in our project, Richard Foley and Iris Tukiainen, not to forget the indispensable role played by Marja-Leena Porsanger representing the Lapland Congresses. But, in the first place, the success of this congress will be crowned by the contribution of all the participants. We are therefore very glad that such learned ladies and gentlemen have made the long journey here.

Es ist eine notwendige Bedingung aller wissenschaftlicher Zusammenkünfte, daß man über genügend finanzielle Mittel verfügt. Die Akademie von Finnland hat freigiebig sämtliche Aktivitäten des Projekts 'Vergleichende Rechtslinguistik' finanziert, und sie ist auch der Hauptsponsor dieses Kongresses. Die von der Kordelin Stiftung und der Fluggesellschaft Finnair sowie von der Universität Lapland bewilligten Beihilfen haben es ermöglicht, daß die Veranstalter Gastfreundlichkeit gegenüber den Teilnehmern vorsehen konnten. Wir sind sehr dankbar für diese Unterstützung.

We are assembled at a mountain which, in Finnish, is called "Levi". The name itself offers encouragement: when we say "in Monte Levi", this may also signify, in Latin, 'at a mountain which is light'. So let our spirit in this place be as light as a Northern bird taking wing in the wild!

LAKIMIESLATINA ENNEN JA NYT

Kuten edellä lainatusta tervehdyksestä ilmenee,¹ Lapissa järjestettiin joulukuussa 2001 oikeuskieltä koskeva kansainvälinen kongressi. Professori *Ahti Saarenpään* suosituksesta kongressipaikaksi valittiin Levitunturi, ja Saarenpää oli myös kongressissa läsnä Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan dekaanina. Tervehdys osoittaa, miten suuri symbolinen merkitys latinan kielellä on ollut ja on edelleen länsimaisten juristien keskuudessa. Latina on roomalaisen oikeuden äidinkieli, ja sen kautta nykyajan oikeustiede ja lainkäyttö voidaan vertauskuvallisesti sitoa Euroopan yhteiseen oikeusperinteeseen. Tämä perinne oli kokonaan tai osin latinankielistä aina 1800-luvulle asti.² Yleinen latinankielisen oikeusperinne selittää myös latinan käytön jäämistöoikeudessa.

Yleiskuva

Roomalainen oikeus ei kuollut Rooman valtakunnan luhistumisen myötä. Se kehittyi edelleen, aluksi Bysantissa ja myöhemmin keskiajan yliopistoissa *ius commune* -oikeutena. Roomalaisen oikeuden kieli oli latina. Keskiajan kulttuuri oli yleisesti, ja oikeustiede sitä suuremmalla syyllä, latinankielistä. Vielä senkin jälkeen, kun Länsi-Euroopan uudet kansalliskielet olivat syntyneet, latinan arvovalta oli niihin nähden pitkään ylivertainen. Erityisen huomionarvoista on se, että latinankielinen oikeuskulttuuri kukoisti myös Englannissa. Latina oli useissa suhteissa *common law* -oikeuden kieli, vaikka tämä oikeus oli suureksi osaksi omaleimaista.

Muutos latinasta kansalliskieliin oli oikeuden alalla poikkeuksellisen hidas. Nimenomaan Keski-Euroopassa, mutta myös muualla, ennen muuta Italiassa, latinan asema oli vielä uudellakin ajalla vahva humanismin, roomalaisen oikeuden resipioimisen ja akateemisen oikeustieteen vaikutuksesta. Kaikkein selvimmin tämä näkyi akateemisessa maailmassa. Kautta länsi-

¹ Tekijä esittää parhaat kiitoksensa tervehdyksen latinaksi kääntäneelle dos. *Reijo Pitkärannalle*, joka on myös muotoillut artikkelin otsikon ja tarkastanut tekstissä esiintyvien latinalaisten ilmausten kieliasun. Tervehdyksen käännöksen englannin-, ranskan- ja saksankieliset osiot ovat tarkastaneet leht. *John Calton*, tri *Alain Grenier* ja dos. *Hagen Henry*. Tekijä haluaa kiittää lämpimästi myös heitä.

² Ks. lähemmin *Mattila*, Vertaileva oikeuslingvistiikka (Helsinki: Kauppakaari 2002), s. 212–220.

maiden oikeustiede toimi pääosin latinaksi aina 1800-luvulle asti. Kansainvälisissä oikeussuhteissa latina oli neuvotteluiden ja valtiosopimusten kieli 1600-luvulle asti, jolloin ranska alkoi syrjäyttää sitä. Vastaavasti eri maissa tuomioistuinten, viranomaisten ja notaarien pöytäkirjat tehtiin keskiajalla ja osin myös uudella ajalla joko kokonaan tai osin latinaksi, ja sama koski lain-säädäntöä.

Maakohtaiset vaihtelut olivat tosin suuria sekä sen suhteen, missä määrin latinan ohella käytettiin nykykieliä, että sen suhteen, kuinka kauan latinalainen vaihe kesti. Pisimpään – jos kirkon kanoninen oikeus jätetään sivuun – latinaan turvauduttiin käytännön oikeuselämässä Itävallan keisarikunnan eiksaksankielisillä alueilla, Unkarissa ja Etelä-Puolassa (Galitsiassa). Tämä johtui siitä, että se oli suojakeino saksan kielen levittäytymistä vastaan. Latina oli saksalais-roomalaisen keisarikunnan vanha virallinen kieli, ja kun Itävallan keisari yritti saattaa käyttöön saksan, unkarilaiset pitäytyivät tiukasti latinassa. Se olikin Unkarin ja Galitsian virkakieli vuoteen 1844. Ironista on se, että Unkarin kruunun alaisessa Kroatiassa latinaa käytettiin vastaavalla tavalla unkarin kielen torjumiseen.

Kehitys Suomessa

Latina saapui Ruotsi-Suomeen katolisen kirkon mukana. Keskiajalla opillinen sivistys ja siten myös latinan kieli oli harvalukuisen eliitin hallussa. Siitä huolimatta latinaa käytettiin erilaisissa juridisissa yhteyksissä. 1300-luvun lopulla latinan käyttö oikeuselämässä väheni, ja uskonpuhdistus voimisti tätä suuntausta entisestään. Latina vahvisti kuitenkin uudelleen asemaansa juridisena kielenä uuden ajan alussa, erityisesti 1600-luvulla, ja tällä kertaa akateemisen oikeustieteen vaikutuksesta. Ilmiö liittyi osaltaan humanismin ja latinankielisen kulttuurin yleiseen vahvistumiseen, jota Ruotsi-Suomessa tukivat koulu- ja yliopistolaitoksen perinpohjainen uudistaminen, roomalaisen oikeuden vahvistunut asema ja eräät käytännölliset ja reaalioliittiset syyt.

1600-luvulla kaikki oikeustieteelliset väitöskirjat (dissertaatiot) julkaistiin Ruotsissa ja Suomessa latinan kielellä, vaikka osa muusta oikeuskirjallisuudesta kirjoitettiinkin ruotsiksi. Latinalainen oikeustieteellinen kulttuuri vaikutti voimakkaasti tuomioistuinten kielenkäyttöön. 1600-luvun hovioikeustuomareiden äänestyslausemat olivat sekakieltä, jossa latina ja ruotsi sekoittuivat, välistä niin että kieli oli valtaosin latinaa. Hovioikeuk-

sien kielenkäyttö säteili puolestaan alaspäin, maaseudun ja kaupunkien alioikeuksiin: myös näiden tuomioissa esiintyy latinalaisia termejä ja lauseparsia. Vielä enemmän niissä on latinasta muodostettuja vierassanoja.

Tuomioistuinlaitoksessa tilanne muuttui jo 1700-luvulla: latinankielisistä ilmauksista luovuttiin vähitellen. Sitä vastoin oikeustieteessä tilanne jatkui vielä 1700-luvulla pitkälti samanlaisena kuin 1600-luvulla, vaikka latinan käyttö asteittain väheni. Vasta 1800-luvun kuluessa latinasta luovuttiin lopullisesti sekä Ruotsin että Suomen oikeustieteessä. Viimeinen merkittävä latinankielisen juridiikan edustaja Suomessa, *Matthias Calonius*, vaikutti 1700- ja 1800-lukujen vaihteessa. 1800-luvun puolenvälin jälkeen lakimieslatinaa on Suomessa (ja Ruotsissa) esiintynyt ainoastaan ilmauksen modernissa merkityksessä: lainopilliseen tekstiin siroteltuina latinankielisinä termeinä ja lauseparsina.

Nykytilanne

Tietyillä oikeudenaloilla Suomessakin viljellään edelleen latinankielisiä termejä ja lauseparsia. Tästä syystä tärkeimpien latinalaisten termien ja lauseparsien tuntemus kuuluu juristin perusvalmiuksiin myös meillä. Sen kartoittamiseksi, missä määrin latinaa yhä käytetään suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa, kirjoittajan tutkimusryhmä teki 1990-luvun lopulla selvityksen, jossa 1950- ja 1990-lukujen oikeuskirjallisuudesta poimittiin latinalaiset ilmaukset ja lauseparret.³

Selvityksestä kävi ilmi, että 1950-luvun aineisto sisälsi yhteensä noin 900 lakimieslatinan termiä ja fraasia. 1990-luvun aineistossa vastaava luku on noin 600; näistä vähintään kaksi kertaa aineistossa esiintyi noin 270 termiä ja fraasia, vähintään kolme kertaa noin 170 ja vähintään viisi kertaa noin 80. Jos lähtökohdaksi otetaan vähintään kolme esiintymää ja oletetaan, että aineistojen laajentaminen ei enää tuottaisi olennaisesti enempää termejä ja fraaseja, voidaan todeta, että suomalaisen lakimieslatinan keskeiseen sanastoon kuuluu nykyisin vajaan 200 termiä ja fraasia.

Lakimieslatinan käyttö oppikirjoissa painottuu selvästi tietyille oikeudenaloille. Siviilioikeus on selvästi muita korostetummassa asemassa sekä 1950- että 1990-luvuilla. Tämän lisäksi rikos-, prosessi- ja kansainvälinen yksityis-

³ Tulokset on esitelty artikkelissa *Mattila*, *Latinet i den finländska juridiska litteraturen*, JFT 2000, s. 288–294.

oikeus ovat etualalla molemmissa luetteloissa. Kysymys on oikeudenaloista, joilla klassisten yleisten oppien vaikutus on huomattava, joiden peruskäsitteistö on muutoin vanhaa tai jotka ovat luonteeltaan kansainvälisiä.

LATINA JÄÄMISTÖOIKEUDESSA

Suomalainen oikeuskulttuuri

Siviilioikeudessa latinankielisellä oikeuskirjallisuudella on erityisen pitkät ja vahvat perinteet. Se muodosti jo klassisena aikana roomalaisen oikeuden ydinalueen, ja myös keskiajan *ius commune* painottui suureksi osaksi juuri siviilioikeuteen. Jäämistöoikeus puolestaan on siviilioikeuden keskeisimpiä lohkoja. Siksi on mielenkiintoista kysyä, missä määrin ja millaista latinaa jäämistöoikeudessa on käytetty ja käytetään edelleen. Kansainvälistyvänä nykyaikana erityisen tärkeä näkökohta on tämän latinankäytön yhtenäisyys: missä määrin samat ilmaukset esiintyvät sekä meillä että muualla? Asian selvittämiseksi kirjoittaja on käynyt lävitse jäämistöoikeuden keskeisten yleisesitysten asiahakemistot (osin myös teosten tekstin) Suomessa ja kolmessa vertailumaassa (Englanti, Ranska ja Saksa).⁴ Ennen tulosten selostamista on syytä lyhyesti käsitellä jäämistölatinan perinnettä Suomessa.

Latinankielisen oikeustieteen viimeinen suuri edustaja Suomessa oli *Matthias Caloni*us. Hänen latinaksi kirjoittamisensa siviilioikeuden luennoissa jäämistöoikeudella on tärkeä sija: tätä oikeudenalaa koskeva esitys kattaa noin sata sivua. Caloni^{us} selittää kotimaista oikeutta mutta tuntee hyvin myös yleiseurooppalaisen *ius commune* -oikeuden ja kytkee esitykseensä

⁴ Teokset ovat: *Aulis Aarnio – Urpo Kangas*, Perhevarallisuus-oikeus (Helsinki: Kauppa-kaari 2002) ja *Aulis Aarnio – Urpo Kangas*, Suomen jäämistöoikeus I ja II (Helsinki: Kauppa-kaari 1999 ja 2000), *Heinrich Lange – Kurt Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts (München: Beck 1989, n. 1100 sivua), *(Anthony) Mellows*, The Law of Succession (5th ed. by *Clive Margrave-Jones*. London etc.: Butterworths 1993, n. 700 sivua) ja *François Terré – Yves Lequette*, Droit civil. Les successions. Les libéralités. 3^e éd. Paris: Dalloz 1997, n. 900 sivua). Alun perin tarkoituksena oli hakemiston lisäksi käydä kursorisesti lävitse kaikkien teosten tekstit ja poimia niistä kursivoidut latinalaiset ilmaukset. Tämä oli kuitenkin mahdollista vain suomalaisen ja ranskalaisen teoksen kohdalla. Saksalaisessa ja englantilaisessa teoksessa latinalaiset sitaattit on painettu tavallisella kirjasimella, ja niiden poiminen olisi vaatinut teosten huolellista lukemista rivi riviltä. Siksi eri teoksista poimitut latinalaisten ilmausten luettelot ovat osin yhteismitattomia: saksalaisesta ja englantilaisesta teoksesta löydetty latinalaiset ilmaukset ovat peräisin pelkästään niiden asiahakemistoista.

usein oikeusvertailevia näkökohtia. Onkin luonnollista, että Caloniuksen jäämistölatina perustuu yleiseurooppalaiseen traditioon. Luennoissa esiintyvät *hereditas ab intestato* ('lakimääräinen perimys'), *testamentifactio passiva* ('testamentinsaantikelpoisuus'), *surrogatum* ('surrogaatti', 'sijaan tuleva omaisuus') jne. Välistä, kun latinankielisellä termillä viitataan nimenomaan ruotsalaiseen oikeusinstituutioon, Calonius lisää mukaan selittävän ruotsinkielisen termin. Niinpä perunkirjoitusta koskevan jakson alussa hän toteaa: *Inventarium est debita et legitima adnotatio seu designatio bonorum omnium jurium, et obligationum defuncti : nobis uptekning, bouptekning, IX, 1 ÄB*.⁵ Sekakielisyyttä esiintyy teoksessa laajemminkin. Varsinkin säädösten ja viranomaisten kirjelmien otsikot on usein jätetty kääntämättä, jotta ne olisivat helpommin tunnistettavia.⁶ Toisaalta Calonius käyttää mm. kotimaisista kaupungeista niiden vakiintuneita latinankielisiä nimiä: *Holmia* ('Tukholma'), *Junecopia* ('Jönköping') jne. Hyvä esimerkki teoksen sekakielisyydestä on seuraava kappale (ruotsinkielisten kohtien kursivointi tässä):

9:o. Deducenda erit ex bonis residuis et quae inter heredes dividenda sunt (*af behållne summan*) quarta pars pro centum secundum *K. Br. d. 21 julii 1752* ex omnium illorum patrimonio, qui ad rusticam gentem non pertinent, *Adel, Präster och Borgare*, cfr. *Götha Hof-R. univ. d. 18 octob. 1753*. Hoc tributum sibi imponi sinebant ordines regni a. 1752 ut ex pecunia inde conflata sustineri possent assessores extraordinarii, quibus augenda tum erant dicasteria regia Holmense et Junecopense. Deinde quae hinc in Fennia colligi poterat stipes assignabatur dicasterio Aboensi vid. *K. Br. till Åbo Hof-R. d. 27 martii et 30 april[is] 1770*. Et licet diminuto a. 1777 assessorum in singulis dicasteriis numero, auctisque eorum salariis, non amplius necessarium esset ut haec pecunia in illorum usus erogaretur : non tamen cessavit hoc tributum sed subsistit adhuc. Unde et hic census in aerariis publicis deponendus est, et attestatum depositionis una cum inventario ipso copialiter judici competenti insinuandum, vid. *K. Cammar-Coll. och Stats-Contoir, Brest till LandsH. och Hof-R. d. 13 julii 1778 et Åbo Hof-R. univ. d. 11 sept. 1778*.⁷

⁵ *Matthiae Calonii Praelectiones in Jurisprudentiam civilem* (ediderunt Wilhelm Chydenius et Väinö Nordström. Helsingforsiae: Societas heredum J. Simelii typographica 1908), s. 572. Käännös: 'Perukirja on asianmukainen ja laillinen luettelo vainajan omaisuudesta sekä kaikista hänen oikeuksistaan ja velvoituksistaan, PK 9:1' (*Matthias Caloni*us, Siviilioikeuden luennot, suom. Edwin Linkomies. Helsinki: WSOY 1946, s. 484).

⁶ Tämä ei näy luentojen suomennoksesta, jossa myös ruotsinkieliset kohdat on käännetty.

⁷ *Ibid.*, s. 579–580 (alkuperäisteos) ja s. 489–490 (käännös).

Matthias Caloniuksen jälkeen Suomessa ei ole julkaistu latinankielisiä jäämistöoikeutta koskevia yleisesityksiä. Muutamia latinankielisiä väitöskirjoja laadittiin vielä 1800-luvun puoleenväliin asti,⁸ mutta mikään niistä ei *Bibliographia Iuridica Fennican* mukaan sijoitu jäämistöoikeuden alalle. Latinaa esiintyy Caloniuksen jälkeen suomalaisessa jäämistöoikeudessa ainoastaan yksittäisinä sitaatteina ruotsin- ja suomenkielisen tekstin lomassa. Esimerkiksi *Matti Ylöstalon* Testamentin moitteesta -teoksen (1953) hakemistoon sisältyy 25 latinalaista ilmausta. Tämä traditio jatkuu nykypäivään asti. 2000-luvun juridiikkaa edustavien Aarnion ja Kankaan teosten hakemistoista ja korpuustekstistä löytyvät seuraavat latinalaiset ilmaukset:

Aarnio & Kangas

ad hoc	forum domicilii
ad pias causas	forum hereditatis
adoptio filii loco	forum rei sitae
adoptio minus plena	ignorantia iuris nocet
adoptio plena	in abstracto
ambiguitas contra stipulatorem est	in concreto
animus revocandi	in dubio contra preferentem
animus testandi	in dubio contra stipulatorem
benigna interpretatio	inter vivos
calatis comitiis	ipso iure
cautela Socini	ius accrescendi
clausula rebus sic stantibus	ius representationis
computatio canonica	lex Falcidia
computatio civilis	lex specialis derogat legi generali
conditio si testator sine liberis de-	lis pendens
cesserit	lucida intervalla
contra bonos mores	mater semper certa est
Corpus iuris civilis	mater semper certa est etiamsi vulgo
dementia	conceperit
dementia senilis	modus qualificatus
desuetudo	mortis causa
donatio post obitum	mutatis mutandis
ex analogia	non scriptum
exhereditatio	numerus clausus
falsa demonstratio non nocet	occupatio
favor testamenti	omne testamentum morte consum-
forum	matum est

⁸ Ks. lähemmin *Mattila* (alav. 2), s. 280–281.

pacta sunt servanda
 pater est
 pater vero is est quem nuptiae de-
 monstrant
 portio legitima
 portio portioni accrescit
 psychosis delusionalis
 res nullius
 retorsio
 successio ab intestato
 successio ascendentium
 successio descendentium
 successio graduum
 successio in capita

successio in stirpes
 successio ordinum
 testamenta plene ad voluntatem
 testantium interpretatur
 testamentum correspectivum
 testamentum mysticum
 testamentum reciprocum
 testamentum simultaneum
 testamentum tempore pestis conditum
 traditio
 ultima voluntas
 una caro
 voluntas ambulatoria est usque ad
 mortem

Sanaluettelossa eräät latinalaiset ilmaukset viittaavat eurooppalaiseen oikeus-
 historiaan (*ad pias causas*, *calatis comitiis*, *lex Falcidia* jne.) tai kuvaavat
 perintöoikeudellisen ajattelun periaatevaihtoehtoja (*computatio civilis*,
successio in capita, *testamentum mysticum* jne). Osin kyse on nykysuoma-
 laisessa perintöoikeudessa esiintyvien käsitteiden ja periaatteiden ilmaise-
 misesta: *animus testandi* ('testamenttaustarkoitus'), *exhereditatio* ('perinnöt-
 tömäksi tekeminen'), *favor testamenti* ('testamentin suosinta [tulkinta-
 periaatteena]'), *ius representationis* (perintöoik.: 'sijaantulo-oikeus') jne.
 Muutamat termit sijoittuvat perintöoikeuden lähialoille tai muille oikeuden-
 aloille (*adoptio minus plena* ['heikko adoptio'], *forum hereditatis* ['jäämistö-
 asian oikeuspaikka'], *res nullius* ['isännätön esine'], *traditio* [esineoik.:
 'luovutus'] jne.), tai kyse on juridiikasta ylipäättään (*contra bonos mores*
 ['vastoin hyviä tapoja'], *desuetudo* ['oikeusnormin kumoutuminen sillä ta-
 voin, että sitä ei enää käytännössä sovelleta'], *ipso iure* ['suoraan lain nojal-
 la']). Toisaalta mukana on peräti kahdeksan juridista maksiimia. Nämä eivät
 ole luonteeltaan varsinaisesti perintöoikeudellisia. Kaksi niistä on tosin perhe-
 oikeudellisia: *mater semper certa est* ja *pater est*. Edellisestä esiintyy teok-
 sissa myös pidempi muoto (*mater semper certa est etiamsi vulgo conceperit*,
 ['äiti on aina varma, vaikka isä olisi tuntematon']) ja jälkimmäinen on alku-
 osa ilmauksesta *pater vero is est quem nuptiae demonstrant*. ('isä on sitä
 vastoin se, jonka avioliitto osoittaa'). Muut maksiimit ovat sopimus-
 oikeudellisia tai yleisjuridisia (*ambiguitas contra stipulatorem est* ['epäsel-
 vyys sopimuksessa tulkitaan velkojan / sopimuksen laatijan vahingoksi'],
falsa demonstratio non nocet ['väärä nimitys ei vahingoita'], *pacta sunt*
servanda ['sopimukset on pidettävä'] jne.). Muutamassa tapauksessa kyse

on lääketieteellisistä termeistä (*dementia senilis, lucida intervalla, psychosis delusionalis*). Lisäksi teoksessa on yleistä kulttuurilatinää (*ex analogia* [’vastaavasti’, ’analogisesti’, ’yhdenmukaisesti’], *in abstracto* [’yleisellä tasolla’, ’periaatteellisesti’, ’teoreettisesti’], *mutatis mutandis* [’muutettavat muutettuina’, ’tarvittavin muutoksin’]).

Eurooppalaiset oikeuskulttuurit

Kuten edellä on mainittu, vertailukohdiksi on otettu kolme ulkomaista teosta, jotka edustavat Euroopan keskeisiä oikeuskulttuureja. Aluksi tarkastellaan saksalaista jäämistöoikeuden yleisesitystä:

Lange & Kuchinke

actio ad supplendam legitimam	dies cedens
actio communi dividundo	dies veniens
actio ex testamento	donatio mortis causa
actio familiae erciscundae	ercto non cito
adrogatio	exceptio doli
ambulatoria est voluntas defuncti usque	exceptio ne praeiudicium fiat
ad vitae supremum exitum	hereditati
beneficium abstinendi	exceptio plurium
beneficium inventarii	exheredatio bona mente
benigna interpretatio	facultas abstinendi
bona defuncti	falsa demonstratio non nocet
bona vacantia	familiae emptor
bonorum possessio	favor testamenti
capitis diminutio maxima	hereditas iacens
causa Curiana	hereditatis petitio
cautela Socini	heres suus et necessarius
Codex Maximilianeus Bavaricus	interdictum quorum bonorum
collatio	ipso iure
condicionis implendae causa	iure crediti
coniunctio	legatum partitionis
coniunctio re	legatum per damnationem
coniunctio verbis tantum	legatum per praeceptionem
Constitutio Joachimica	legatum per vindicationem
cum viribus	lex Falcidia
curator personae	lex fori
curator rei	lex Iulia de maritandis ordinibus
devastavit	lex Onassis

lex rei sitae	Senatus consultum Iuventianum
mancipatio nummo uno	Senatus consultum Libonianum
manus mortua	Senatus consultum Pegasianum
missio in possessionem ventris nomine	Senatus consultum Trebellianum
modus	separatio bonorum
mortis causa capio	substitutio reciproca
nasciturus	surrogatum sapit naturam eius rei in cuius locum surrogatur
pactum de mutuo dando	testamentum apud acta conditum
pactum successionis acquirendae	testamentum comitiis calatis
pactum successionis amittendae	testamentum correspectivum
patria potestas	testamentum in procinctu
portio debita	testamentum mere simultaneum
possessor pro herede	testamentum parentum inter liberos
possessor pro possessore	testamentum principi oblatum
pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretii	testamentum reciprocum
pro herede gestio	testamentum ruri conditum
pro salute animae	testamentum tempore pestis conditum
pro viribus	testamentum tripartitum
querela inofficiosi testamenti	verba
regula Catoniana	voluntas
semel heres semper heres	votum paupertatis

Jos ilmausten lukumääräinen ero jätetään sivuun, Saksaa koskeva kuva on pitkälti samanlainen kuin Suomen kohdalla. Leimallista luettelolle on historiallisten termien lukuisuus. Jo päältä historiallisiksi voi nähdä *Senatus consultum* ('senaatin päätös') -alkuiset ilmaukset. Niin ikään valtaosa *testamentum*-alkuisista sanoista kytkeytyy oikeushistoriaan. Tämä ei kuitenkaan koske niitä kaikkia (*testamentum correspectivum* ['vastavuoroinen testamentti, jossa allekirjoittajien määräykset ovat riippuvuussuhteessa toisiinsa'], *testamentum mere simultaneum* ['pelkkä samanaikainen, ulkonaisesti yhteinen testamentti'], *testamentum reciprocum* ['vastavuoroinen testamentti']), ja monet muutkin ilmaukset ovat varsinaisia jäämistöoikeudellisia termejä (*bona defuncti* ['jäämistöomaisuus'], *donatio mortis causa* ['kuolemanvaraislahja'], *favor testamenti* [ks. edellä], *legatum partitionis* ['legaatti, joka koskee osaa jäämistöstä'], *modus* ['tarkoitamääräys'], *nasciturus* ['syntymätön lapsi', 'sikiö']), tai ne sijoittuvat jäämistöoikeuteen läheisesti liittyvän perheoikeuden alalle (*patria potestas* ['isänvalta'], *separatio bonorum* ['omaisuuden erottelu']). Niin ikään joukossa on lukuisia yleisjuridisia tai muiden oikeusalojen termejä: *exceptio doli* ('väite vilpillisyydestä'), *ipso iure* (ks. edellä), *lex rei sitae* ('esineen sijaintipaikan laki'), *pactum de mutuo*

dando ('sopimus lainan myöntämisestä') jne. Yhdessä tapauksessa ilmausta käytetään englannin oikeuden esittelyssä (*devastavit*, ks. jälj). Luetteloon sisältyy myös neljä maksiimia, joista kaksi on leimallisesti juridisia: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* ('perittävä [sananmuk.'vainaja'] voi muuttaa tahtoaan kuolinhetkeensä asti') ja *semel heres semper heres* ('kerran perillinen, aina perillinen'). Yleistä kulttuuri-latinaa ei Saksan luetteloon sisälly, mutta tähän on selkeä syy: kulttuuri-latinan ilmauksia ei oteta juridisten teosten asiahakemistoon.

*Terré & Lequette*⁹

a contrario	gens
a fortiori	habilis ad nuptias
a matre	habilis ad nuptias, habilis ad pacta
a non domino	nuptialia
a pari	habilis ad nuptias (...)
a patre	in favorem
ab irato	in fine
ad nutum	incertus ex certis personis
ad probationem	infans conceptus (...)
ad solemnitatem	infans conceptus pro nato habetur
ad validitatem	quoties de commodis eius agitur
animus donandi	infra
ante mortem	instrumentum
brevitatis causa	intra vires
contra	intra vires hereditatis
cum onere	intuitu personae
cum viribus	intuitus personae
de cuius	ira
de lege ferenda	is de cuius successione agitur
de plano	litteris
de residuo	ne varietur
dimidium paternis, dimidium maternis	negotium
ex causa antiqua	nemo liberalis nisi liberatus
ex causa nova	nemo plus iuris (...)
exceptio non adimpleti contractus	pars bonorum
exequatur	pars hereditatis
fructus augent hereditatem	pater familias

⁹ Ranskalaisessa – samoin kuin esimerkiksi englantilaisessa – lakimieslatinassa käytetään uuslatinalaista j-kirjainta vokaalien edellä (esim. *jus*). Nämä on seuraavassa korvattu i-kirjaimella, jotta yhdistettyä luetteloa olisi helpompi vertailla.

paterna paternis, materna maternis	resoluto iure dantis, resolvitur ius
pendente conditione	accipientis
per saltum et omissio medio	sine onere
post mortem	solvens
post mortem testatoris	stricto sensu
prior tempore potior iure	sui generis
pro herede	supra
propter nuptias	ubi lex (...)
ratio legis	ultra vires
re	ultra vires hereditatis
re et verbis	ultra vires successionis
res perit debitori	verbis
res perit domino	verbis tantum
resoluto iure dantis (...)	votum mortis

Ranskalaiseen perintöoikeuteen sisältyy eräitä latinankielisiä ilmauksia, jotka esiintyvät tekstissä tuhkatieheään. Erityisesti on mainittava, että *perittävä* ilmaistaan lähes aina latinankielisellä lyhenteellä *de cuius* (ransk. uuslatinalaisessa muodossa *de cujus*).¹⁰ Kyse on kahdesta ensimmäisestä (tai toisesta ja kolmannelta) sanasta ilmauksessa (*is*) *de cuius successionem* (tai: *hereditatem*) *agitur* ('se, jonka perinnöstä on kysymys'). Kielenhuoltajat ovat Ranskassa (ja esimerkiksi Italiassa) suosittaneet tästä ilmauksesta luopumista ja sen korvaamista sanalla *défunt* ('vainaja') mutta tuloksetta. Myös Terré ja Lequette puolustautuvat kielenhuoltajia vastaan: he viittaavat siihen, että *de cuius* voi tarkoittaa vielä elossa olevaa henkilöä esimerkiksi testamentin tekemisen yhteydessä, jolloin vainajaa merkitsevää sanaa ei voida käyttää.¹¹

Tekijät turvautuvat latinaan monin eri tavoin. Muutamat ilmaukset viittaavat juridisiin käsitteisiin: *animus donandi* ('lahjoitustarkoitus'), *pars hereditatis* ('perintöosa'), *ultra vires hereditatis* (tai: *successionis*) ('yli pesän varojen').¹² Lisäksi teoksessa on ilmauksia, jotka ilmentävät lähialoille kuuluvia tai yleisjuridisia käsitteitä: *exequatur* ('täytäntöönpanomääräys',

¹⁰ Sama koskee muita romaanisia maita.

¹¹ Terré – Lequette (alav. 4), s. 2, av. 2.

¹² Hieman epäloogisesti ranskalaisessa oikeuskirjallisuudessa ilmaus *ab intestat* ('testamentin puuttuessa') kursivoidaan säännönmukaisesti latinalaisten termien tavoin. Ilmaus ei ole oikeaa latinaa, vaikka se sitä muistuttaakin. Latinaksi korrekti ilmaus on *ab intestato*. Kyseessä on tyypillisesti latinalaisperäinen sivistyssana (*mot savant*), joka muistuttaa alkupeleistä latinalaista ilmausta niin läheisesti (vain viimeinen kirjain puuttuu), että sitä ei koeta ranskankieliseksi ilmaukseksi, vaikka se myös lausutaan ranskalaiseen tapaan nasalisoidulla tavu *in-* ja jättämällä viimeinen kirjain (*t*) ääntämättä.

sananmukaisesti: 'pankoon täytäntöön'), *instrumentum* ('asiakirja'), *negotium* ('oikeustoimi'), *solvens* ('maksaja', 'maksun suorittaja') jne. Erikseen huomattakoon *a non domino* (sananmuk. 'ei-omistajalta'), jota käytetään vaihdantatoimien yhteydessä, koska ilmaus 'muu kuin omistaja' on ranskaksikin hieman kankea. Leimallista on myös latinankielisten maksii-
mien käyttö juridisten periaatteiden tai oikeussääntöjen ilmaisemiseen. Näitä on teoksessa lukuja: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* ('[joka on] kelpoinen solmimaan avioliiton, [on myös] kelpoinen solmimaan avioehtosopimuksen'), *nemo liberalis nisi liberatus* (vapaasti suomennettuna: 'kukaan ei voi antaa lahjaa, jos ei kykene suoriutumaan veloistaan'),¹³ *paterna paternis, materna maternis* ('isänpuoleinen [omaisuus] isänpuoleisille sukulaisille, äidinpuoleinen äidinpuoleisille'), *resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis* ('[vasta kun] antajan oikeus on ratkaistu, ratkaistaan saajan oikeus').¹⁴ Useat näistä esiintyvät tekstissä lyhennettyinä: *habilis ad nuptias* (...), *resolutio iure dantis* (...).

Terrén ja Lequetten teoksessa on myös paljon yleistä kulttuurilatinaa.¹⁵ Monet näistä ovat suomalaisessakin juridiikassa varsin tuttuja (*a fortiori* ['suuremmalla syyllä'], *contra* ['vastaan'], *in fine* ['lopussa'], *infra* ['alla', 'jäljempänä'], *stricto sensu* ['suppeassa merkityksessä'], *sui generis* ['omaa lajiaan'], *supra* ['yllä', 'edellä'] jne.), toiset taas harvinaisia tai ne eivät lainkaan esiinny meillä: *a pari* ('yhtäläisyyden perusteella', 'analogisesti', joka siis on ilmauksen *a* ['e'] *contrario* vastinpari), *brevitatis causa* ('lyhyiden vuoksi'). Erityisen huomion ansaitsee yleisen kulttuurilatinan ja juridisen latinan välimaastoon sijoittuva *a contrario* ('vastakohtaispäätelmän nojalla'). Tämä tarkoittaa täsmälleen samaa kuin meillä tuttu *e contrario*. Edellinen on käytössä Ranskan lisäksi myös muissa romaanisissa maissa, anglosaksisissa maissa ja Puolassa, *e contrario* taas esiintyy erityisesti saksankielisissä maissa ja Pohjoismaissa. Eron selityksenä on se, että ilmaukset edustavat eri aikakausien latinaa. Muoto *e contrario* perustuu klassiseen kieleen, *a contrario* taas on skolastista latinaa: keskiajalla *ab-* ja *ex-*prepositioiden käyttöalat lähentyivät toisiaan.¹⁶

¹³ Latinalaisessa oikeusperinteessä *lahjoittamisella* voidaan viitata myös legaatteihin.

¹⁴ Samaa ajatusta ilmentää maksiiimi *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* ('Kukaan ei voi siirtää toiselle parempaa oikeutta kuin hänellä itsellään on').

¹⁵ Kulttuurilatinaa sisältyy varmasti myös englantilaiseen ja saksalaiseen teokseen. Kuten edellä on todettu, niiden tekstiä ei ole käyty lävitse, koska latinalaisia ilmauksia ei näissä teoksissa ole millään tavoin merkitty ja niiden poimiminen olisi ollut erittäin hankalaa.

¹⁶ Ks. lähemmin Mattila, Latin juridique et traduction. In: Proceedings of the XVII World Congress. International Federation of Translators – Actes du XVII^e Congrès mondial. Fédération Internationale des Traducteurs (ed. by – éd. par Leena Salmi – Kaisa Koskinen). Paris 2005, s. 23.

Mellows

ad colligenda bona	durante absentia
ad litem	durante minore aetate
affidavit	eiusdem generis
animo testandi	falsa demonstratio
animus testandi	inter vivos
caeterorum	interim
caveat	legitima portio
cessate	minor
commorientes	pendente lite
de bonis non (administratis)	plene administravit
devastavit	quantum
donatio mortis causa	quantum meruit

Ensinnäkin on aihetta todeta, että Mellowsin teoksen hakemistoon sisältyy eräitä termejä, jotka ovat yhtä hyvin englantia kuin latinaa.¹⁷ Tällaisia ovat *administrator*, *creditor*, *executor*¹⁸, *minor*¹⁹ ja *testator*. Näitä ei ole otettu huomioon luettelossa. Varsinaisista latinankielisistä ilmauksista muutammat ovat luonteeltaan selvästi yleiseurooppalaista jäämistölatinaa: *animus testandi* (‘testamenttaustarkoitus’), *donatio mortis causa* (‘kuolemanvaraislahja’). Toisaalta lukijan silmään pistävät jäämistön hallinnointiin liittyvät *common law* -latinan ilmaukset. Tällaisia sisältyy termeihin, jotka koskevat tuomioistuimen antamia määräyksiä ja lupia: (*grant*) *ad colligenda bona* (‘[lupa] omaisuuden haltuunottoon’), (*grant*) *caeterorum* (sananmuk. ‘muiden [omaisuusobjektien] [lupa]’, ‘loppuosan [lupa]’; ‘[lupa] muun [jäämistön hallinnoimiseen]’), (*grant*) *de bonis non administratis* (‘[määräys] hallintoa vaille jääneestä omaisuudesta’). Toisaalta myös *common law* -latinan tyypillinen piirre on pitkien latinalaisten ilmausten lyhentäminen. Hyvä esimerkki on *falsa demonstratio*. Sitä käytetään välistä täydellisessä muodossa, joka on pidempi kuin Suomessa käytetty: *falsa demonstratio non nocet cum de corpore constat* (‘virheellinen nimitys ei vahingoita, kun sisältö on ilmeinen’).²⁰ Alkujaan kyse on Ulpianuksen maksiimista: *Nihil facit*

¹⁷ Sama tulkintaongelma esiintyy myös muissa kielissä: *retorsio* tai *traditio* voi olla yhtä hyvin suomalainen vierassana kuin latinankielinen sitaattilaina.

¹⁸ Klassisessa latinassa sana esiintyy muodossa *exsecutor*, mutta keski- ja uudenajan lakimieslatinassa muoto *executor* on yleinen. Samaa ilmentää täytäntöönpanomääräystä koskevan termin vallitseva muoto: *exequatur*, ei yleensä *exsequatur*.

¹⁹ Sanan taustalla on ilmaus *minor aetas* (‘alaikäisyys’).

²⁰ *Mellows* (alav. 4), s. 140.

error nominis, cum de corpore constat ('Virheellisellä nimityksellä [tai: nimellä] ei ole merkitystä, kun sisältö [tai: henkilö] on ilmeinen'). Kuten edellä on mainittu, lyhenne on myös *caeterorum* (klassisen ortografian mukaan: *ceterorum*).

Erityisen leimallista englantilaiselle oikeuskielelle on se, että latinalaisia verbimuotoja käytetään usein substantiiveina, joiden taakse kätkeytyy jokin juridinen instituutio tai oikeussääntö. Tarkasteltavassa teoksessa tällaisia ovat *affidavit*, *caveat*, *devastavit* ja *plene administravit*. *Affidavit* merkitsee sananmukaisesti 'hän on vakuuttanut', ja sillä tarkoitetaan valaechoista vakuutusta. *Caveat* on sananmukaisesti 'kavahtakoon', 'varokoon', 'olkoon varuillaan'. Kyseessä on tuomioistuimelle tehtävä ilmoitus, jotta se ei antaisi suostumustaan johonkin toimenpiteeseen (esim. pesän varojen haltuun ottamiseen). *Devastavit* puolestaan tarkoittaa 'hän on hukannut', ja sillä viitataan varojen tuottamukselliseen tai tahalliseen hävittämiseen. *Plene administravit* tarkoittaa sananmukaisesti 'hän on suorittanut kaikki hallintotoimet'. Kyseessä on pesän asianmukaiseen hallinnointiin perustuva väite, jonka osakas voi esittää velkojaa vastaan, kun pesässä ei ole tarpeeksi varoja.

Oikeuskulttuurien vertailu

Eri teosten sisältämiä latinalaisia ilmauksia voidaan parhaiten vertailla muodostamalla niistä yhdistetty luettelo:

Yhdistetty luettelo

a contrario [F]	ad nutum [F]
a fortiori [F]	ad pias causas [SF]
a matre [F]	ad probationem [F]
a non domino [F]	ad solemnitatem [F]
a pari [F]	ad validitatem [F]
a patre [F]	adoptio filii loco [SF]
ab irato [F]	adoptio minus plena [SF]
actio ad supplendam legitimam [D]	adoptio plena [SF]
actio communi dividundo [D]	adrogatio [D]
actio ex testamento [D]	affidavit [GB]
actio familiae erciscundae [D]	ambiguitas contra stipulatorem est [SF]
ad colligenda bona [GB]	ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum [D]
ad hoc [SF]	
ad litem [GB]	

animo testandi [GB]	dementia senilis [SF]
animus donandi [F]	desuetudo [SF]
animus revocandi [SF]	devastavit [GB], [D]
animus testandi [GB], [SF]	dies cedens [D]
ante mortem [F]	dies veniens [D]
beneficium abstinendi [D]	dimidium paternis, dimidium mater-
beneficium inventarii [D]	nis [F]
benigna interpretatio [D], [SF]	donatio mortis causa [D], [GB]
bona defuncti [D]	donatio post obitum [SF]
bona vacantia [D]	durante absentia [GB]
bonorum possessio [D]	durante minore aetate [GB]
brevitatis causa [F]	eiusdem generis [GB]
caeterotum [GB]	ercto non cito [D]
calatis comitiis [SF]	ex analogia [SF]
capitis diminutio maxima [D]	ex causa antiqua [F]
causa Curiana [D]	ex causa nova [F]
cautela Socini [D], [SF]	exceptio doli [D]
caveat [GB]	exceptio ne praeiudicium fiat heredi-
cessate [GB]	tati [D]
clausula rebus sic stantibus [SF]	exceptio non adimpleti contractus [F]
Codex Maximilianeus Bavaricus [D]	exceptio plurium [D]
collatio [D]	exequatur [F]
commorientes [GB]	exhereditatio [SF]
computatio canonica [SF]	exhereditatio bona mente [D]
computatio civilis [SF]	facultas abstinendi [D]
condicionis implendae causa [D]	falsa demonstratio [GB]
conditio si testator sine liberis de-	falsa demonstratio non nocet [D], [SF]
cesserit [SF]	familiae emptor [D]
coniunctio [D]	favor testamenti [D], [SF]
coniunctio re [D]	forum [SF]
coniunctio verbis tantum [D]	forum domicilii [SF]
Constitutio Joachimica [D]	forum hereditatis [SF]
contra [F]	forum rei sitae [SF]
contra bonos mores [SF]	fructus augment hereditatem [F]
Corpus iuris civilis [SF]	gens [F]
cum onere [F]	habilis ad nuptias [F]
cum viribus [D], [F]	habilis ad nuptias, habilis ad pacta
curator personae [D]	nuptialia [F]
curator rei [D]	hereditas iacens [D]
de bonis non [GB]	hereditatis petitio [D]
de cuius [F]	heres suus et necessarius [D]
de lege ferenda [F]	ignorantia iuris nocet [SF]
de plano [F]	in abstracto [SF]
de residuo [F]	in concreto [SF]
dementia [SF]	in dubio contra preferentem [SF]

in dubio contra stipulatorem [SF]
 in favorem [F]
 in fine [F]
 incertus ex certis personis [F]
 infans conceptus ... [F]
 infans conceptus pro nato habetur
 quoties de commodis eius agitur [F]
 infra [F]
 instrumentum [F]
 interdictum quorum bonorum [D]
 interim [GB]
 inter vivos [GB], [SF]
 intra vires [F]
 intra vires hereditatis [F]
 intuitu personae [F]
 intuitus personae [F]
 ipso iure [D], [SF]
 ira [F]
 is de cuius successione agitur [F]
 iure crediti [D]
 ius accrescendi [SF]
 ius representationis [SF]
 legatum partitionis [D]
 legatum per damnationem [D]
 legatum per praeceptionem [D]
 legatum per vindicationem [D]
 legitima portio [GB]
 lex Falcidia [D], [SF]
 lex fori [D]
 lex Iulia de maritandis ordinibus [D]
 lex Onassis [D]
 lex rei sitae [D]
 lex specialis derogat legi generali [SF]
 lis pendens [SF]
 litteris [F]
 lucida intervalla [SF]
 mancipatio nummo uno [D]
 manus mortua [D]
 mater semper certa est [SF]
 mater semper certa est etiamsi vulgo
 conceperit [SF]
 missio in possessionem ventris nomine
 [D]
 modus [D]
 modus qualificatus [SF]

mortis causa [SF]
 mortis causa capio [D]
 mutatis mutandis [SF]
 nasciturus [D]
 ne varietur [F]
 negotium [F]
 nemo liberalis nisi liberatus [F]
 nemo plus iuris ... [F]
 non scriptum [SF]
 numerus clausus [SF]
 occupatio [SF]
 omne testamentum morte consum-
 matum est [SF]
 pacta sunt servanda [SF]
 pactum de mutuo dando [D]
 pactum successionis acquirendae [D]
 pactum successionis amittendae [D]
 pars bonorum [F]
 pars hereditatis [F]
 pater est [SF]
 pater familias [F]
 pater vero is est quem nuptiae de-
 monstrant [SF]
 paterna paternis, materna maternis [F]
 patria potestas [D]
 pendente conditione [F]
 pendente lite [GB]
 per saltum et omisso medio [F]
 plene administravit [GB]
 portio debita [D]
 portio legitima [SF]
 portio portioni accrescit [SF]
 possessor pro herede [D]
 possessor pro possessore [D]
 post mortem [F]
 post mortem testatoris [F]
 pretium succedit in locum rei, res
 succedit in locum pretii [D]
 prior tempore potior iure [F]
 pro herede [F]
 pro herede gestio [D]
 pro salute animae [D]
 pro viribus [D]
 propter nuptias [F]
 psychosis delusionalis [SF]

quantum [GB]	surrogatum sapit naturam eius rei in
quantum meruit [GB]	cuius locum surrogatur [D]
querela inofficiosi testamenti [D]	testamenta plene ad voluntatem
ratio legis [F]	testantium interpretatur [SF]
re [F]	testamentum apud acta conditum [D]
re et verbis [F]	testamentum comitiis calatis [D]
regula Catoniana [D]	testamentum correspectivum [D], [SF]
res nullius [SF]	testamentum in procinctu [D]
res perit debitori [F]	testamentum mere simultaneum [D]
res perit domino [F]	testamentum mysticum [SF]
resoluto iure dantis [F]	testamentum parentum inter liberos [D]
resoluto iure dantis, resolvitur ius	testamentum principi oblatum [D]
accipientis [F]	testamentum reciprocum [D], [SF]
retorsio [SF]	testamentum ruri conditum [D]
semel heres semper heres [D]	testamentum simultaneum [SF]
Senatus consultum Iuventianum [D]	testamentum tempore pestis conditum
Senatus consultum Libonianum [D]	[D], [SF]
Senatus consultum Pegasianum [D]	testamentum triperitum [D]
Senatus consultum Trebellianum [D]	traditio [SF]
separatio bonorum [D]	ubi lex [F]
sine onere [F]	ultima voluntas [SF]
solvens [F]	ultra vires [F]
stricto sensu [F]	ultra vires hereditatis [F]
substitutio reciproca [D]	ultra vires successionis [F]
successio ab intestato [SF]	una caro [SF]
successio ascendentium [SF]	verba [D]
successio descendendum [SF]	verbis [F]
successio graduum [SF]	verbis tantum [F]
successio in capita [SF]	voluntas [D]
successio in stirpes [SF]	voluntas ambulatoria est usque ad
successio ordinum [SF]	mortem [SF]
sui generis [F]	votum mortis [F]
supra [F]	votum paupertatis [D]

Edelle painetut luettelot osoittavat, että latinaa käytetään edelleenkin jäämistöoikeudellisissa teoksissa niin Suomessa kuin ulkomailla. Suomea koskevassa luettelossa latinalaisia ilmauksia on vajaat 80, Saksaa koskevassa noin 100, Ranskaa koskevassa noin 80 ja Englantia koskevassa noin 25. On kuitenkin huomattava, että näistä lukumäärästä voidaan tehdä vain varovaisia johtopäätöksiä, koska tarkastelu rajoittuu vain yhteen johtavaan teokseen kustakin oikeuskulttuurista. Lisäksi on muistettava, että vain ranskalaisen teoksen ja suomalaisten teosten teksti on käyty kokonaisuudessaan lävitse; englantilaisen ja saksalaisen teoksen kohdalla tarkastelu rajoittuu asiahakemistoon.

Englannin kohdalla pistää silmään latinalaisten ilmausten vähäisyys. Selityksenä lieenee vertailuteoksen asiahakemiston laatimistapa. On oletettavaa, että teoksen tekstistä löytyisi lisää latinalaisia ilmauksia: *common law* -oikeudessa latinaa käytetään perinnäisesti paljon. Suomalaiset teokset ja ranskalainen teos luettiin tutkimuksessa kokonaan. Siksi voitaneen päätellä, että suomalaisessa jäämistöoikeudessa latinaa käytetään jokseenkin samassa mittakaavassa kuin ranskalaisessa jäämistöoikeudessa. Yllättävästi Euroopan periferiassa alan latinalainen perinne näyttää olevan yhtä vahva kuin maanosan sydänmailla. Syynä lieenee se, että Saksa on perinnäisesti suomalaisten oikeustieteilijöiden esikuvamaa, jossa latinan käyttö on erityisen laajaa: jo saksalaisen teoksen asiahakemistossa on enemmän latinaa kuin ranskalaisen teoksen ja suomalaisten teosten koko tekstissä. Tälle on luonteva selitys: roomalainen oikeus resipioitiin Saksassa perinpohjaisemmin kuin missään muualla Euroopassa, ja maan siviilioikeus rakentuu edelleen roomalaisen oikeuden varaan. Roomalaispohjaiseen järjestelmään liittyy luontevasti latinankielisten sitaattien käyttö.

Yhdistetyn sanaluettelon pohjalta eri maiden perintöoikeudellisissa teoksissa esiintyy varsin vähän samoja latinankielisiä ilmauksia.²¹ Tarkasteltavia teoksia on neljä, mutta yksikään ilmaus ei esiinny neljässä eikä edes kolmessa teoksessa. Kahdessa teoksessa esiintyviä ilmauksia on hieman toista kymmentä (yhteensä 14, ks. seur. luettelo). Näistäkin eräät ovat luonteeltaan puhtaasti historiallisia tai viittaavat ulkomaiseen oikeuteen (saksalaisissa esityksissä englannin oikeuteen). Kun eri ilmauksia on yhdistetyssä luettelossa yhteensä runsaat 250, ei tämä ole kovin paljon (runsaat 5 %).

animus testandi [GB], [SF]

benigna interpretatio [D], [SF]

cautela Socini [D], [SF]

cum viribus [D], [F]

devastavit [GB], [D]

donatio mortis causa [D], [GB]

falsa demonstratio non nocet [D], [SF]

favor testamenti [D], [SF]

inter vivos [GB], [SF]

ipso iure [D], [SF]

lex Falcidia [D], [SF]

testamentum correspectivum

[D], [SF]

testamentum reciprocum [D], [SF]

testamentum tempore pestis conditum

[D], [SF]

²¹ Kansainvälisessä yksityisoikeudessa tilanne on toinen. Kirjoittaja on tehnyt myös tältä oikeudenalalta empiirisen tutkimuksen, joka kohdistui alan laajoihin yleisesityksiin. *Lex fori* esiintyi kaikissa tutkituissa kv. yksityisoikeuden teoksissa (viidestä eri maasta kustakin yksi) yhteensä lähes tuhat kertaa ja *lex loci* noin 500 kertaa. Ks. Mattila, Jurilinguistique et latin juridique. Teoks. Jurilinguistique: entre langues et droits – Jurilinguistics: Between Law and Language (sous la direction de Jean-Claude G  mar – Nicilas Kasirer. Bruxelles & Montr  al : Bruylant & Les   ditions Th  mis 2005), s. 83–88.

Tuloksia tulkittaessa on otettava huomioon satunnaisuuden merkitys ja se, että englantilaisen ja saksalaisen teoksen koko tekstiä ei ole käyty lävitse. Yleiskuva lieenee silti suuntaa-antava: näyttää siltä, että vakiintuneesti käytettyjä yhteisiä jäämistölatinan ilmauksia on eri oikeuskulttuureissa varsin rajoitetusti. Huomiota kiinnittää esimerkiksi se, ettei edes *favor testamenti*-ilmaus, joka on suomalaisessa perintöoikeudellisessa keskustelussa yleinen,²² sisälly ranskalaisen teoksen tekstiin (eikä englantilaisen teoksen asiahakemistoon). Joissain tapauksissa termi tai maksimi on sinänsä kansainvälisessä käytössä, mutta se esiintyy eri maissa erilaisessa ulkonaisessa muodossa.²³ Vaikeuden muodostaa myös se, että latinan sanat taipuvat: englantilaisen teoksen tekstissä esiintyy ablatiivimuoto *animo testandi* ('testamenttaustarkoituksella'), jonka perusmuoto on *animus testandi*. Erityisen hankalaa on, että latinalaisiin ilmauksiin, varsinkin maksimeihin, viitataan jäämistöoikeudessa usein lyhennetyssä muodossa: maksimin kahdella tai kolmella ensimmäisellä sanalla. Suomalainen esimerkki on *pater est* -periaate. Ranskalaisen teoksen tekstissä tällaisia lyhenteitä on useita.²⁴

Vastapainoksi on todettava, että eräät tekijät puolestaan lisäävät lakimieslatinan kansainvälistä kommunikaatioarvoa. Täysin identtisten ilmausten ohessa suomalainen juristilukija tunnistaa osan muihinkin ilmauksiin sisäl-

²² Lakimies-lehden uusinta hakemistoa (1986–2004) tehtäessä artikkeleiden teksteistä poimittiin myös latinalaiset sitaatit vuosilta 1986–1999. Näistä varsinaisia perintöoikeudellisia termejä olivat *favor testamenti*, *inter vivos*, *mortis causa* ja *post mortem*. Niistä *favor testamenti* oli yleisin.

²³ Sanajärjestys on erilainen ilmauksissa *portio legitima* [SF] ja *legitima portio* [GB], joka molemmat tarkoittavat 'lakiosa'. Hyvä esimerkki maksimien erilaisesta muotoilusta on *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* [D], joka esiintyy luettelossa myös muodossa *voluntas ambulatoria est usque ad mortem* [SF]. Sanajärjestys on erilainen, edellisestä muotoilusta sana "vainaja" puuttuu, ja kuolema on toisessa muotoilussa ilmaistu sanalla *mors*, toisessa ilmauksella *vitae supremus exitus* (sananmuk. 'hengen viimeinen lähtö'). Kuten edellä on jo mainittu, Ranskassa (ja monessa muussakin maassa) on käytössä ilmaus *a contrario*, joka on skolastista latinaa. Maksimissa *in dubio contra preferentem*, sana "tarjoaja" on keskiaikaisessa kirjoitusasussa *preferens*; klassinen muoto olisi *praeferens*. Näiden synonyymina esiintyy laajasti muoto, jossa käytetään eri etuliitettä: *proferens*. Sama koskee ilmausta *ius representationis* [SF], jonka jälkimmäinen sana olisi klassisessa muodossa *repraesentationis*.

²⁴ Useimmissa tapauksissa teksti sisältää aluksi maksimin täydellisen muodon, mutta ei aina. Teoksessa viitataan *nemo plus juris* ('Ei kukaan enemmän oikeutta') -periaatteeseen esittämättä täydellistä maksimia, joka siis oletetaan lukijalle tutuksi. Kyseessä on maksimi *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet / haberet* ('Kukaan ei voi siirtää toiselle enemmän / laajempaa oikeutta kuin hänellä itsellään on'), jota suomalainen keskivertolukija tuskin tuntee.

tyivistä sanoista joko perintöoikeudellisista tai muista yhteyksistä. Suomalaiselle lakimiehelle tuttuja latinalaisia sanoja ovat mm. *curator* (mm. 'uskottu mies'), *surrogatum* (ks. edellä) jne. Eräiden ilmausten kaikki sanat esiintyvät myös suomalaisessa luettelossa mutta erilaisena yhdistelmänä tai yksittäisinä sanoina. Tällaisia ovat esimerkiksi *successio* ('perimys'), *donatio* ('lahjoitus'), *mortis causa* ('kuoleman varalta') ja *testamentum* ('testamentti'). Osa juridisista termeistä on suomalaiselle lukijalle ilmeisen selviä muiden oikeudenalojen esityksistä: *de lege ferenda* ('laadittavan lain kannalta'), *exequatur* (ks. edellä), *lex fori* ('tuomioistuimen [sijaintipaikan] laki'), *lex rei sitae* (ks. edellä), *negotium* ('oikeustoimi'), *pactum* ('sopimus'), *pater familias* ('perheenisä'), *patria potestas* (ks. edellä), *ratio legis* ('lain tarkoitus'). Niin ikään muutamia ulkomaisissa vertailuteoksissa esiintyviä, yleisen kulttuurilatinan alaan kuuluvia ilmauksia käytetään yleisesti Suomessa (ks. edellä): *a fortiori*, *contra*, *in fine*, *infra*, *stricto sensu*, *sui generis*, *supra*.

Tunnistettavuutta lisää edelleen se, että eräät ulkomaisissa esityksissä alkuperäisessä latinalaisessa muodossa esiintyvät ilmaukset ovat meillä käytössä kieleen mukautettuina vierassanoina.²⁵ Aarnion ja Kankaan teosten asiahakemistot sisältävät mm. seuraavat perintöoikeudelliset termit, jotka ovat joko kokonaan tai osin vierassanoja:

absoluuttinen testamenttauskompetensi
 agnaattinen polveutumismalli
 aktiivinen perinnöstä luopuminen
 bilateraalinen sukulaisuus
 fideikommissaarinen testamentti
 graduaaliperiaate
 holografinen testamentti
 indispositiivinen testamenttioikeus
 ineksistenssikanne
 kognaattinen polveutumismalli
 kollateraaliset sukulaiset
 kollektiivitiedoksianto

negatiivinen ennakoperintöolettama
 negatiivinen perintösopimus
 parenteeliperiaate
 passiivinen perinnöstä luopuminen
 positiivinen ennakoperintöolettama
 positiivinen perintösopimus
 presumtiivinen perillinen
 presumtiivinen perintöosuus
 presumtiivinen sijaisperillinen
 primaariperillinen
 primogenituurajärjestelmä
 renumeratorinen lahja
 renuntiaatiivinen perintösopimus

²⁵ Tämä koskee myös esimerkiksi Saksaa: *Akkreszenz*, *Akquisition*, *Aszendenten*, *Delation*, *Deszendent*, *Gläubigerkonvokation*, *Indignität*, *Inkapazität*, *Intestaterbfolge*, *Kaduzität*, *kassatorische Klausel*, *Kodizillarklausel*, *Legatar*, *Parentelsystem*, *Primogenitur*, *Repräsentationsrecht*, *Singularsukzession*, *Substitutionskurator*, *testieren*, *Universalsukzession*. Ks. esim. Dieter Meyer, *Juristische Fremdwörter, Fachausdrücke und Abkürzungen* (10. Aufl. Neuwied etc.: Luchterhand 1993).

suksessiivilegaatti
 suksessiivilegataari
 suksessiivinen lahja
 surrogaatti
 surrogaattiperiaate
 testaattori
 testamenttauskompetenssi

testamenttausmonopoli
 testamentti
 testamenttiperimys
 testamenttirekisteri
 ultimogenituurajärjestelmä
 unilineaarinen sukulaisuus

LOPUKSI

Yllä oleva tarkastelu osoittaa, että lakimieslatinalla on jäämistöoikeudenkin alalla kansainvälistä kommunikaatioarvoa, joka kuitenkin on rajallinen. Mikään latinalainen ilmaus ei esiinny täsmälleen sellaisenaan kaikissa teoksissa eikä edes useimmissa. Kahdessa teoksissa esiintyviä samoja latinalaisia ilmauksia on vain hieman toistakymmentä, ja niistäkin osa viittaa oikeushistoriaan. Eräät ilmaukset tosin ovat suomalaiselle lukijalle ilmeisen tuttuja muista yhteyksistä tai tunnistamista helpottavina vierassanoina. Kansainvälistä kommunikaatiota vaikeuttaa myös se, että ilmausten ulkonainen muoto ei aina ole sama ja että niitä käytetään välistä lyhennetyssä muodossa.

Nykyjuristit eivät yleensä ole latinantaitoisia, eikä kielitaidostakaan välttämättä ole apua: monet lakimieslatinan ilmaukset ovat luonteeltaan koodinomaisia, tai ne ilmaisevat erityisiä käsitteitä, jotka eivät näy päällepäin. Tämä merkitsee, että suomalainen lukija törmää ulkomaisissa jäämistöoikeuden esityksissä latinalaisiin sitaatteihin, joita hän ei tunnista. Aina niitä ei ole teoksessa selitetty, vaan ne oletetaan tunnetuiksi. Tämä korostaa tietolähteiden tuntemuksen asemaa. Eri oikeuskulttuureissa on julkaistu lakimieslatinan sanakirjoja, joissa alan latinankieliset ilmaukset on avattu. On tärkeää tietää, että lukijan on käytettävä – jos se suinkin on mahdollista – kunkin kulttuurin omassa piirissä laadittuja sanakirjoja.²⁶ Kuten edellä esitellystä tutkimuksesta epäsuorasti ilmenee, lakimieslatinan käyttö on suureksi osaksi oikeuskulttuurikohtaista, eivätkä sen ilmaukset useinkaan löydy ulkomaisista tietolähteistä. Lisäksi ilmausten merkitys saattaa vaihdella: ulkomaisen sanakirja on tällöin harhaanjohtava.²⁷

²⁶ Tärkeimpien oikeuskulttuurien lakimieslatinan sanakirjat on esitelty teoksessa *Mattila* (alav. 2), s. 264–266.

²⁷ Tällainen on esim. termi *exitus*. Ks. *ibid.*, s. 259.

Pikemmin kun kommunikaatioarvo,²⁸ jäämistöoikeudessa etualalle näyttää kohoavan latinan retorinen käyttö (erityisesti yleisen kulttuurilatinan ilmauksissa) ja representaatiofunktio, symbolinen merkitys. Latinalaisilla ilmauksilla nykyoikeus sidotaan Euroopan yhteiseen, roomalaisperäiseen oikeusperinteeseen. Kaikkein selvimmin tämä ilmenee jäämistöoikeuden alaan kuuluvissa latinalaisissa maksimeissa. Kuten edellä on nähty, näitä esiintyy myös vertailuteoksissa. Kirjoittajilla on ollut mistä valita. Jäämistöoikeudellisten maksimien kokonaismäärä on huomattava.²⁹ Euroopassa on julkaistu kaksi teosta, joissa latinalaiset maksimit on ryhmitelty oikeudenaloittain.³⁰ Toisessa niistä (Pieńkos) on yli 70 ja toisessa (Bellina) peräti 110 jäämistöoikeudellista maksimia. Esimerkiksi edellä mainittua maksimia *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum / Voluntas ambulatoria est usque ad mortem* täydentävät maksimit *Posteriore testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur* (vapaasti käännettynä: 'laillisesti tehty myöhempi testamentti rikkoo aikaisemman'), *Novissima voluntas servatur* ('Viimeistä [sananmuk. 'uusinta'] tahtoa noudatetaan') ja *Suprema voluntas potior habetur* ('Viimeisellä tahdolla on etusija').

²⁸ Eräillä oikeudenaloilla lakimieslatinan kommunikaatioarvo on selvästi suurempi. Tämä koskee mm. kansainvälistä yksityisoikeutta. Ks. edellä alav. 21.

²⁹ Selityksenä on keskiajan juridinen didaktiikka. Oikeusperiaatteet ja -säännöt pyrittiin iskostamaan lainopin ylioppilaiden mieleen kehittämällä rytmikkäitä latinankielisiä lauseparsia. Ks. lähemmin *Detlef Liebs*, *Rhythmische Rechtssätze*. *Juristenzeitung* 1981, s. 160–164.

³⁰ *Italo Bellina*, *Salvis iuribus. Il latino degli avvocati* (Torino: UTET 2002) ja *Jerzy Pieńkos*, *Praecepta iuris. Łacina dla prawników. Terminy, paremie, wyrażenia w porządku systematycznym* (Warszawa: Muza 1999).

Kansainvälisen sääntelyn tehtävistä parisuhde- ja jäämistöoikeudessa

PERHESUHTEIDEN KANSAINVÄLISTYMISESTÄ – TAUSTAA

Rakkaus ei tunne rajoja. Kansainvälisyys on kuitenkin uhka avioliitolle, koska eri kansallisuutta olevien parien liitot päättyvät tutkimusten mukaan avioeroon selvästi useammin kuin suomalaisten keskenään solmimat avioliitot. Eronneisuus kansainvälisissä avioliitoissa voi olla jopa melkein kymmenkertaista – kansallisuudesta riippuen – verrattuna kahden suomalaisen keskenään solmimiin avioliittoihin.

Riskeistä huolimatta kansainvälisten avioliittojen määrä on Suomessa jatkuvasti kasvanut. Vuonna 2004 noin 1500 miestä ja 1400 naista meni naimisiin toista kansallisuutta olevan kanssa. Vuosina 1994–2003 yhteensä noin 30 000 suomalaista solmi kansainvälisen avioliiton.

Kansainvälisten avioliittojen kasvua selittää osaltaan se, että 1990-luvulla Suomeen saapui yhä enemmän maahanmuuttajia ja ulkomaalaisen väestön määrä kasvoi vauhdilla. Viitisentoista vuotta sitten täällä asui noin 26 000 ulkomaan kansalaista ja vuosituhannen vaihteessa luku oli jo lähes nelinkertainen. 2000-luvulla Suomessa asuvien ulkomaalaisten määrä on ollut edelleen kasvussa. Uusimmat tilastot kertovat Suomessa asuvien ulkomaalaisten määräksi jo reippaasti yli sata tuhatta. Suurimmat ulkomaalaisten ryhmät ovat Venäjän (24 600 henkeä), Viron (14 000 henkeä), Ruotsin (8 200 henkeä) ja Somalian (4 700 henkeä) kansalaiset.

Muuttoliike on vilkastumaan päin. Tilastokeskuksen mukaan ulkomailta Suomeen muutti esimerkiksi vuoden 2004 aikana 20 300 henkeä. Suomeen muuttaneiden määrä on 2 500 suurempi kuin edellisvuonna ja samalla suurin itsenäisyytemme aikana. Suomesta ulkomaille muutti 13 700 henkeä, 1 600 edellisvuotta enemmän.¹

¹ Tilastoista tarkemmin ks. <http://www.tilastokeskus.fi> (väestö rakenne ja muuttoliike).

Kansainvälisyys luo haasteita sille, joka harkitsee parisuhdetta ulkomaa-laisen kanssa ja sille, joka harkitsee ulkomailla sijaitsevaan omaisuuteen si-joitamista. Erityiset haasteet kohtaavat sääntelyn monitasoistumisen vuoksi juristeja. Tämä kehitys olisi myös oikeustieteellisessä opetuksessa huomioi-tava. Opettajani *Ahti Saarenpää* on ollutkin aikaansa edellä, kun hän 1990-luvun alusta lähtien on painottanut voimakkaasti oikeuden kansainvälistä ulottuvuutta. Kyky oikeudellisen informaation etsimiseen vieraista oikeus-järjestelmistä kuuluu hänen mukaansa juristin perustyökaluihin. Prosessi, jossa löydetty informaatio karsiutuu ja sen relevantti osa jalostuu tiedoksi, on oikeusvertailua käsitteen aidossa merkityksessä. Parisuhde- ja jäämistö-oikeudessa tämä on korostetun vaikea prosessi.

Kansainvälistymisen kautta oikeussuhteisiin ja omistukseen tulee liitty-miä useisiin oikeusjärjestelmiin, ja lainsoveltajan tulee kansainvälisen yksi-tyisoikeuden säännösten kautta löytää oikeudelliselle ongelmalle ”kotipe-sä”. On vastattava kolmeen kysymykseen. Ensinnäkin siihen, mikä on lain-valintasäännösten perusteella oikeussuhteen läheisin oikeusjärjestys, jota tulee soveltaa siinä syntyvien ongelmien ratkaisemiseksi. On myös ratkais-tava, mihin maahan oikeussuhde liittyy kansainvälisen toimivallan synnyttä-vällä tavalla. Kolmanneksi on pohdittava ulkomailla annetun ratkaisun oi-keudellista merkitystä Suomessa.

Avioliittolaissa, rekisteröityjä parisuhteita koskevassa laissa ja perintö-kaaressa on nykyisin omat kansainvälis-yksityisoikeudelliset säännöksensä. Niiden mukaan määräytyvät muun muassa toimivaltakysymykset ja sovel-lettava laki. Perheoikeuden puolella on viime vuosina tullut voimaan myös yhteisöoikeutta, joka sääntelee avioliiton purkamista ja vanhempainvastuuta koskevaa kansainvälistä prosessioikeutta.² Yhteisöoikeus syrjäyttää vastaa-vat kansalliset säännökset. Kansainvälisen parisuhde- ja jäämistöoikeuden monopolisuus korostuu edelleen siksi, että pohjoismaiden välillä olevat avio-liitto- ja perintökonventiot sekä kahdenväliset sopimukset Puolan ja Venäjän kanssa ohittavat erityissäännöksinä autonomisen sääntelyn. Kansainvälisen sääntelyn monopolisuus monimutkaistaa käytännössä sovellettavien sään-nösten hallitsemista. Lainsäännösten lisäksi olisi tunnettava myös kansain-välisen yksityisoikeuden yleiset opit.

² Neuvoston asetus (EY) N:o 2201/2003 tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevissa asioissa ja asetuksen (EY) N:o 1347/2000 kumoamisesta.

Vaikka kansainvälinen yksityisoikeus on kansallista oikeutta, kytkeytyy se luonteensa ja historiansa kautta osaksi kansainvälistä traditiota. Jos kansallisen lainvalintasäännöksen tulkinnasta on epäselvyyttä, kansainvälistä trendiä myötäilevä tulkinta voidaan useimmiten katsoa paremmaksi kuin puhtaasti kotimainen tulkinta. Tästä pääsäännöstä poikkeamiseksi on oltava painavia syitä. Kansainvälisen yksityisoikeuden kansainvälisyys tarkoittaa käytännössä sitä, että siihen liittyy aina sisäänrakennettuna elementtinä oikeusvertailu – lähtien kansallisten säännösten tulkinnasta, jossa oikeusvertailu on apuväline oikean näkökulman löytämiseksi. Jos lainsoveltajan pitää etsiä tietoa toisissa valtioissa voimassa olevista lainvalintasäännöksistä, on se oikeusvertailua aidoimmillaan ja puutteellisen säännöspohjan vuoksi usein myös vaikeimmillaan. Jos lainvalintasääntöjen kautta joudutaan soveltamaan vieraan valtion oikeutta, on oikeusvertaileva metodi ainoa mahdollinen väylä tiedon lähteille. Oikeusvertailu on siten kytköksissä kansainväliseen yksityisoikeuteen – ilman toista ei toisessakaan ole paljoa järkeä.

KANSAINVÄLISEN YKSITYISOIKEUDEN JA OIKEUSVERTAILUN UUDISTUNEET TEHTÄVÄT

Erilaisuuden kunnioittaminen

Suomeen muuttavat ihmiset tuovat mukanaan oman kulttuurinsa, omat tapansa ja välillä myös omat lakinsa. Aina ei käy niin, että maahanmuuttaja anoo ja saa Suomen kansalaisuuden, ja tämän jälkeen perustaa täällä asuvan suomalaisen kanssa perheen, jolloin Suomen oikeuden soveltaminen olisi itsestään selvää. Saattaa ollakin niin, että maahanmuuttaja oli jo tänne tullessaan naimisissa, hänellä on kotivaltiossaan (ulkomailla) lapsi tai hänellä on omaisuutta ulkomailla. Tällaiset rajat ylittävät oikeussuhteet ja oikeudelliset elementit voivat liittymiensä kautta osoittaa sovellettavaksi vieraan valtion lain, joka parisuhde-, perintö- ja varallisuus oikeudeltaan saattaa erota huomattavasti niistä ratkaisuista, joihin suomalainen lainsäätäjä on päättänyt.

Esimerkiksi perhe on instituutio, jonka muodot saattavat erota suurestikin toisistaan eri valtioissa. Kuvaavaa onkin se, että termi perheenjäsen tulee

tulkita sovellettavan oikeusjärjestyksen kontekstissa. Suomen oikeudessa perheenjäsen voi viitata eri henkilöihin kuin jossakin toisessa valtiossa. Eroista puhuttaessa voinee myös mainita siitä, että yhteisöoikeudessa on erilainen – kapeampi – perheen käsite kuin miten Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on sen määrittänyt EIS 8 artiklan soveltamisen yhteydessä.

Kansainvälisen yksityisoikeuden julkisanomaton sääntö sen tarkoituksesta on ollut muuttumassa. Kun oikeudenalan alkuperäisenä tehtävänä oli suojata omaa oikeusjärjestelmää ja omia kansalaisia muiden valtioiden ja vieraiden hallitsijoiden tuomiovallalta, nyt suhtautuminen on muuttumassa. Muihin oikeusjärjestelmiin pyritään suhtautumaan kunnioittaen, eikä torjuva suhtautuminen vierasta oikeutta kohtaan ole ainakaan yhtä vahva kuin vielä muutama vuosikymmen sitten.³ Kun kansainvälinen yksityisoikeus aiemmin piirsi vahvalla tussilla valtion rajat maailmankarttaan, nyt se piirtää viivoja valtioiden välille merkeiksi siltakohdista. Kansainvälisen yksityisoikeuden merkitys on nykyisin siinä, että se tekee globaalin kanssakäymisen mahdolliseksi. Rajojen suhteellistuttua mielikin avartuu, eikä juridiikan maailma ole enää niin sisäsiittoinen kuin aiemmin.

Erilaisuuden kunnioittamisen tulee olla kansainvälisen yksityisoikeuden soveltajan lähtökohtana. Ulkomailla asianmukaisesti solmittu tai luotu oikeudellinen instituutio tai järjestely saa oikeudelliset vaikutukset myös, jos se jollain tavalla tulee kosketuksiin Suomen oikeuden kanssa. Tämä on ehdoton pääsääntö, josta poikkeaminen esimerkiksi *ordre public* -periaatteen vedoten vaatii perusteluja. Se, että vieraan valtion oikeus on erilainen kuin Suomen oikeus, ei ole riittävä peruste sen torjumiselle.

Uusissa kansainvälisissä avioliitto- ja jäämistöoikeudellisissa säännöksissä erilaisuutta kunnioitetaan. Se näkyy esimerkiksi ulkomailla solmitun avioliiton tunnustamista koskevissa säännöksissä. Pääsääntö (AL 115 §) on saanut favor matrimonii -periaatteen mukaisen sisällön: vieraan valtion säännösten mukaisesti solmittu avioliitto on pätevä, jos se on pätevä siinä valtiossa, jossa vihkiminen tapahtui tai siinä valtiossa, jossa jommallakummalla puolisolla oli vihkimisen hetkellä asuinpaikka tai jonka kansalainen hän oli.

³ Torjuvaa suhtautumista kuvastaa esimerkiksi angloamerikkalaisessa oikeuskirjallisuudessa 1800-luvulla esillä ollut ajatus siitä, että jos ulkomailla oli saavutettu oikeusasema asianmukaisesti, tuli sitä suojata. Sen sijaan ulkomaista oikeutta ei sinällään pidetty mahdollisena soveltaa maan oikeusistuimissa. Muun muassa englantilaisen *Diceyn* ajatukset perustuivat idealle, että ulkomaiset subjektiiviset oikeudet oli helpommin hyväksyttävissä kuin ulkomaisen oikeuden soveltaminen sinänsä.

Säännöksen tavoite on saada mahdollisimman moni ulkomainen avioliittotunnustettua, jotta niin sanotut ontuvat avioliitot eivät yleistyisi.⁴ Avioliittolaki ei kuitenkaan ole laittanut tässä suhteessa sidettä silmilleen vaan tunnustamiselle on tietyt rajaehdot. Ensinnäkin avioliitto kvalifioidaan meillä miehen ja naisen suhteeksi, joten kahden samaa sukupuolta olevan henkilön parisuhdetta ei missään olosuhteissa tunnusteta avioliittolain säännösten nojalla.⁵ Toisekseen avioliittomuotojen erilaisuus voi olla valtava, ja avioliittoille on haluttu antaa väljä määritelmä niiden tunnustamisen suhteen. Ahdas luonnehtiminen nakertaisikin kansainvälisen yksityisoikeuden vakuuttavuutta ja ongelmanratkaisuvoimaa. Niiden avioliittomuotojen osalta, jotka ovat näkökulmastamme erikoisimmat ja joiden suhteen on suurin riski sopimusavioliittojen siunaamisesta, on tunnustamisen edellytykseksi asetettu erityiset syyt. AL 116 §:n mukaan tällaiset tunnustamista koskevat erityisedellytykset on asetettu (ulkomailla tehokkaalle, AL 115 §:n edellytys pätevyydestä tutkittava ensin) valtakirja-avioliitolle (solmittu ilman, että kumpikin kihlakumppani on ollut läsnä), postuumille avioliitolle (solmittu kihlakumppanin kuoltua) ja common law -avioliitolle (syntynyt ilman vihkimistä, olosuhteiden perusteella).

Koska polygaaminen avioliitto puuttuu tästä AL 116 §:n avioliittolistasta, on sen tehokkuus ja oikeusvaikutukset Suomessa ratkaistava toista kautta. Jyrkkää kantaa ei niidenkään suhteen tule ottaa, vaan *Heikki Jokelan* sanoin, on tutkittava kuinka pitkälti oikeusjärjestyksemme sietää moniavioisuutta. Niiden osalta on näet huomioitava kaikkien asianosaisten – myös vaimojen ja lasten – oikeudet. Sietäminen ei kuitenkaan tarkoita, että täällä sallittaisiin se, että miehellä olisi monta vaimoa samanaikaisesti vaan suhtautumistapa onkin nähtävä keinona tiettyjen juridisten oikeuksien kanavoimiseen oikeus-suhteen heikoimmille osapuolille. Myös kulttuurien erilaisuus saa tätä kautta ansaitsemansa kunnioituksen.⁶

⁴ Ontuvalla avioliitolla tarkoitetaan viitata siihen, että avioliitolla on oikeudellista vaikutusta yhdessä valtiossa, mutta ei toisessa.

⁵ Kahden samaa sukupuolta olevan henkilön välinen avioliitto voidaan meillä kuitenkin tunnustaa rekisteröityjä parisuhteita koskevan lain nojalla, ks. *Mikkola, Tuulikki*, Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus. Helsinki 2004, s. 78 ss. ja *Helin, Markku*, Ulkomaisen avioliiton ja parisuhteen tunnustamisesta. LM 2002, s. 535–554.

⁶ Ks. *Jokela, Heikki*, Kansainvälinen avioliitto-oikeus. Helsinki 1965, s. 11 sekä *Mikkola*, Kansainvälinen avioliitto- ja jäämistöoikeus s. 84 ss.

Ongelmien ennakointi (tahdonautonomia)

Puolisolla oleva vieraan valtion kansalaisuus tai se, että puoliset asuvat avioliiton aikana ulkomailla, luovat riskin vieraan valtion lakien soveltamisesta. Käytännössä se tarkoittaa ennakoitavuuden vähenemistä, jos aviopuolisot päätyvät eroamaan. Avioeroon ja aviovarallisuussuhteisiin sovellettavat lait voivat riippua monista tekijöistä, ja jokainen valtio soveltaa tässä suhteessa kansallista oikeuttaan.

Koska muuttoliike suuntautuu myös Suomesta ulkomaille, voi käydä niin, että suomalaisten puolisoitten kotipaikka oli ulkomailla eron vireille tullessa. Tällöin sekä avioeroon sovellettava laki että aviovarallisuussuhteisiin sovellettava laki voivat olla puolisoitten kannalta vieraita. Tätä suomalaiset ulkomaille muuttavat puoliset eivät välttämättä tule ajatelleeksi. Useimmista länsimaisista valtioista asuin- ja kotipaikalla on merkitystä sovellettavan lain valinnassa, vaikka tässä suhteessa on poikkeuksiaikin; toisin sanoen, on myös valtioita, joissa lainvalinnan kannalta kansalaisuus on edelleen parisuhde- ja jäämistöoikeudessa keskeisessä asemassa.

Sovellettavan lain kannalta puoliset eivät ole kuin lastut lainailla – jos eivät itse halua ajelehtia virran mukana. Jos he haluavat, he voivat monissa tapauksissa ottaa härkää sarvista ja kääntää sen haluamaansa ajosuuntaan. Avioeroon sovellettavasta laista puoliset eivät voi sopia, mutta kansainvälinen avioliitto-oikeus antaa puolisoille kuitenkin mahdollisuuden vaikuttaa aviovarallisuussuhteiden purkamiseen sovellettavan lain valintaan ja tätä kautta avioeron taloudelliseen lopputulokseen. Kansainvälisessä yksityisoikeudessa onkin useilla aloilla siirrytty pois mekaanisesti tulkittavista liittymistä ja annettu tilaa joustavuudelle ja tahdonautonomialle. Velvoiteoikeudessa tahdonautonomia on lainvalinnan(kin) osalta ollut jo pitkään vahvassa asemassa.⁷ Nyt myös AL 130 §:ssä on kansainvälinen sääntely tehty yhteismitalliseksi kansallisen, sopimuslähtöisen parisuhdesääntelymme kanssa. Lainvalinta ei ole kuitenkaan yhtä rajoittamattomasti mahdollista kuin velvoiteoikeudessa. Oikeudenalojen erot ja taustalla vaikuttavat periaatteet – sekä kolmansien oikeusaseman turvaaminen – perustelevat, miksi avioliitto-oikeudessa on asetettu rajoituksia aviovarallisuussuhteisiin sovellettavasta laista disponomiselle.

⁷ Ks. *Plender; Richard*, The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts (2001). Myös Euroopan parlamentin päätöslauselma aiheesta ”Euroopan sopimusoikeus ja yhteisön säännösten tarkistaminen: jatkotoimet” (2005/2022 (IN)), <http://www.europarl.europa.eu>

Kohtuuden varmistaminen

Kansainvälisen yksityisoikeuden kautta on mahdollista tuoda kohtuutta sellaisiin tapauksiin, joissa oikeudellinen sääntely perustuu vieraalle oikeudelle. Kohtuus perustuu kansainvälisessä avioliitto- ja jäämistöoikeudessa oleville nimenomaisille säännöksille, joita kutsutaan välittömästi tai suoraan sovellettaviksi säännöksiksi. Kohtuuden toteuttaminen niitä soveltamalla edellyttää kuitenkin tiettyjen oikeusvertailulla selvittävien edellytysten olemassaoloa, koska kohtuus luo poikkeaman lainvalintasäännöillä valikoituvan oikeuden soveltamiseen ja sitä kautta vieraan kunnioittamiseen.

Vieraan oikeuden soveltaminen voi johtaa tilanteisiin, joita ei suomalaisesta näkökulmasta voi pitää kohtuullisina. Jos kyse on siitä, että vieras oikeus rikkoisi oikeusjärjestyksemme perusperiaatteita, tulee sovellettavaksi ehdottomuusperiaate (*ordre public*). Tämä periaate on voimassa koko kansainvälisen yksityisoikeuden alueella, ja sen soveltamistilanteet määräytyvät tapauskohtaisella harkinnalla. Suoraan sovellettavien säännösten rooli on erilainen. Niillä ei vierasta oikeutta torjuta, vaan sen mukaista ratkaisua muokataan meidän näkökulmastamme hyväksyttävämpään suuntaan tilanteissa, joissa aineellisen oikeuden mekaaninen soveltaminen ei johtaisi lopputulokseen, jota olisi pidettävä oikeudenmukaisena. Kokonaisuus tulee lainvalintasääntöjen kautta valikoituvasta oikeudesta. Suoraan sovellettavat säännökset ovat yksityiskohdittaisia poikkeamia siihen ja ne toimivat sovellettavaksi tulevan lain rinnalla, muokaten asian saamaa loppuratkaisua. Avioliittolaissa ja perintökaassa suoraan sovellettavat säännökset on mainittu nimenomaisesti, eikä lainsoveltajalla ole harkintavaltaa – sopimusoikeuden tapaan – sen suhteen, mitä säännöstä on pidettävä suoraan sovellettavana.

Otetaanpa tästä esimerkki. Avioliitto oli solmittu Suomessa, mutta aviopari oli asunut jo kolmekymmentä vuotta Ranskassa. Mies omisti huomattavan varallisuuden, johon kuului muun muassa Helsingissä sijaitseva kiinteistö. Aviopari oli tehnyt avio-oikeuden täysin poissulkevan avioehdon ja välirikon jälkeen aviovarallisuussuhteiden purkamiseen ryhdyttiin Ranskassa, Ranskan oikeuden mukaisesti. Menettely jätti kuitenkin Suomessa sijaitsevan kiinteistön toimituksen ulkopuolelle, koska Ranskan oikeus ei ole sitoutunut ns. universaaliperiaatteeseen. Toisin sanoen, sikäläinen ositusta tai erottelua vastaava toimitus kattaa vain Ranskan alueella sijaitsevan omaisuuden. Ulkomailla olevaa omaisuutta ei siten tässä esimerkkitapauksessa

aviovarallisuussuhteiden purkamismenettelyssä huomioitu vaan jätettiin sen ulkopuolelle.

Rouva, joka Ranskassa tehdyn toimituksen jäljiltä jäi puille paljaille, otti yhteyttä helsinkiläiseen asianajajaan ja kysyi, mikä on hänen oikeusasemansa Suomessa sijaitsevan kiinteistön osalta. Saisiko Suomen lain sovellettavaksi ja avautuisiko sitä kautta mahdollisuus osituksen/erottelun sovitteluun AL 103b §:n nojalla?

Edellä mainittu tilanne on huomioitu kansainvälisessä avioliitto-oikeudessa siten, että pesänjakajaa on siinä mahdollista hakea saattamaan loppuun aviovarallisuussuhteiden purkaminen. AL 127.4 §:n perusteella esimerkkitapauksessamme nimettiin pesänjakaja. Koska myös Suomen oikeus lähtee siitä, että aviovarallisuussuhteiden purkamiseen sovellettava laki määräytyy lähtökohtaisesti asuin- ja kotipaikan kautta, tuli pesänjakajan soveltaa Ranskan lakia. Sen valossa näytti vakavasti siltä, että rouvalla ei olisi ollut oikeutta saada osaakaan miehen omaisuudesta. Pelastukseksi koitui suoraan sovellettavista säännöksistä AL 134.1 §, jonka mukaan ositusta voidaan 103b.1 §:n nojalla sovittaa, vaikka ositukseen muutoin olisi sovellettava vieraan valtion lakia.

Sovittelun edellytykset määräytyvät niiden mittapuiden valossa, jotka AL 103b § antaa. Sovittelukeinoista ja sen määrällisistä rajoituksista laissa ei kuitenkaan ole säännöksiä. Tulkinnalliseksi ongelmaksi AL 134.1 §:n soveltamisen osalta nouseekin se, onko pesänjakajan päätöstään tehdessään huomioitava Ranskassa toimitetun osituksen lopputulos vai harkitseeko hän mahdollisen sovittelun rajat vain sen omaisuuden osalta, johon hänen toimivaltansa ulottuu (eli helsinkiläisen kiinteistön osalta). Kummankin vaihtoehdon tueksi löytyy hyviä perusteita. Itse kallistuisin aviovarallisuussuhteiden purkamisen kokonaistuloksen huomioimiseen ja ottaisin suoraan sovellettavan säännöksen osalta huomioon Ranskassa toimitetun menettelyn lopputuloksen.

Välttämätön epätäydellisyys

Vaikka avioliittolain, rekisteröidyistä parisuhteista annetun lain ja perintökaaren kansainväliset säännökset ovat kattavat, paljon jää silti uupumaan. Kansainvälinen sääntely-ympäristö on välttämättä epätäydellinen, koska jokainen valtio on isäntä omalla maallaan ja jokaisella valtiolla on intressi sen alueella sijaitsevaan omaisuuteen, erityisesti jos tuo omaisuus on laadultaan

kiinteää.⁸ Kun on kyse aviovarallisuussuhteista tai perimyksestä, on niitä mahdoton ratkaista ilman varallisuus oikeudellisia säännöksiä. Liityntä esineoikeuteen käy välttämättömäksi heti, kun oikeussuhteeseen kuuluu osana ulkomainen omistus ja omaisuus.⁹

Ongelmia syntyy tietyistä perussyistä. Ongelmia aiheuttaa yhtäältä se, että valtiot paikantavat omaisuuden eri tavoin. Tällöin kysytään, missä valtiossa tietty esine sijaitsee (esimerkiksi tekijänoikeus)? Vastaus ei ole aivan yksiselitteinen. Toisaalta ulkomaisen omaisuuden osalta eri valtioilla on erityisintressi kiinteänä pidettävää omaisuutta kohtaan. Ongelmia aiheutuu muun muassa eroista, joita eri valtioiden välillä on sen suhteen, missä kulkee raja irtaimiston ja kiinteistön välillä – toisin sanoen, mitä omaisuutta pidetään laadultaan kiinteänä, mitä irtaimena ja mitä tämä tarkoittaa esineoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta. Lainvalinnan ja kansainvälisen toimivallan kanalta erottelulla on tärkeä merkitys.

Ongelmia syntyy myös silloin, kun jossakin valtiossa on annettu osittain jakoratkaisu, jolla on vaikutusta toisessa valtiossa sijaitsevan omaisuuden kannalta. Tällöin kysytään, mitkä ovat ulkomaisen osituksen tai perinnönjaon vaikutukset toisessa valtiossa?¹⁰ Ulkomailla annettujen perhe- ja jäämistöoikeudellisten ratkaisujen tunnustamisesta ja täytäntöönpanemisesta ei ole yhtenäistettyjä säännöksiä (pois lukien pohjoismainen sääntely ja Bryssel II -asetuksen alaan kuuluvat asiat) ja meiltä puuttuvat tätä koskevat säännökset myös avioliittolain ja perintökaaren autonomisista säännöksistä. Ei olekaan varmaa, että esimerkiksi Suomessa pesänjakajan tekemä ositus saisi oikeusvaikutukset ulkomailla ja ulkomaiseen omaisuuteen nähden.

Edellä mainituista täytäntöönpanoa koskevista ongelmista huolimatta lain-säädännöllisenä lähtökohtana on meillä yhtenäisstatuuttiperiaate. Kun ositusta tai perintöä koskeva toimivalta kansallisten säännösten nojalla paikantuu Suomeen, tulee osituksessa, pesänselvityksessä ja perinnönjaossa käsitellä jäämistöä kokonaisuutena universaaliperiaatteen mukaisesti. Tämä tarkoittaa, että kaikki puolisoiden tai perittävän omaisuus – sen sijainnista riippumatta – kuuluu toimituksen piiriin sen sijainnista riippumatta.

⁸ Ks. *Pataut, E.*, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*. Paris 1999, s. 251.

⁹ Ks. *Koulu, Risto*, Kansainvälinen esineoikeus – uusi oikeudenala vaiko vain uusia kysymyksiä? BLF 2005, s. 43–61.

¹⁰ *Koulu*, Kansainvälinen esineoikeus – uusi oikeudenala vaiko vain uusia kysymyksiä? s. 57. Kirjoittaja peräänkuuluttaa tehokasta tutkimusta rajat ylittävistä esineoikeudellisista kysymyksistä.

Sääntely on siten valtioiden välillä epätäydellistä. Avioliittolaissa tämä epätäydellisyys on pyritty huomioimaan sellaisella menettelyä koskevalla säännöksellä, jolla pesänjakaja voi toimituksen aikana varautua ulkomaisen omistuksen aiheuttamiin ongelmiin. AL 137.2 § näet säättää, että määrättäessä, mitä omaisuutta puolisolle osituksessa tulee, voidaan poiketa avioliiton varallisuussuhteisiin sovellettavan lain säännöksistä, jos tämä on tarpeen, jotta puoliso saisi lain mukaisen osuuden omaisuudesta. Tämä valtakirja on kuitenkin jälleen sellainen, joka tulee ottaa esiin vain tiukan paikan tullen ja tilanteissa, joissa se on tarkoitettu sovellettavaksi. Se ei ole yleissäännös, jonka nojalla pesänjakaja voi väistää kaikki aineellisen oikeuden soveltamisesta johtuvat ongelmat.

Oikeustila on sama lakimääräisessä perimyksessä. Se omaisuus, mitä kullekin osakkaalle jaossa tulee, määräytyy perimykseen sovellettavan lain mukaan. Lain säännöksistä voidaan PK 26:17:n mukaan kuitenkin poiketa, jos se on tarpeen, jotta perillinen saisi sen osuuden, joka hänelle kuuluu. Tähän mahdollisuuteen turvautuminen saattaa olla aiheellista tapauksissa, joissa omaisuuden saajan on täytettävä omaisuuden sijaintivaltiossa sovellettavan lain mukaan joitakin erityisiä edellytyksiä voidakseen pitää omaisuuden. Jotta jaon lopputulos voitaisiin myös käytännössä toteuttaa, on tarkoituksenmukaista luovuttaa puheena oleva omaisuus sellaiselle osakkaalle, joka täyttää omaisuuden sijaintivaltiossa voimassa olevat määräykset. Siltä osin kuin kysymys on kiinteästä omaisuudesta, PK 26:8 turvaa yleensä tavoitteen toteutuminen. Perimykseen sovellettavan lain jakosäännöksistä poikkeaminen tämän pykälän nojalla voi siten tulla lähinnä kyseeseen silloin, kun perimyskelpoisuuden rajoitukset koskevat muuta kuin kiinteää omaisuutta.

Tahdonautonomian merkitys epätäydellisyiden poistajana

Tahdonautonomia ulkomaisen omistuksen suhteen voi tulla ratkaisevaan asemaan. Tahdonvapauden rajoittamattomuudesta on kuitenkin käytännössä ilmennyt ristiriitaisia oletamia.

Kun perittävällä on ollut omaisuutta kahdessa valtiossa, on ilmennyt tapauksia, joissa on tehty kaksi eri testamenttia – toinen Suomen lakien mukaisesti ja toinen Espanjan lakien mukaisesti (espanjankielisenä) – joista kummankin on tarkoitettu sääntelevän vain yhdessä valtiossa sijaitsevan omaisuuden kuolemanvaraista siirtymistä perillisille. Testamentteihin on sisälly-

tetty lakiviittaukset, jolla on tarkoitettu saada aikaan tilanne, jolla perinnönjakoon tulisi soveltaa kahta materiaalista normistoa yhtäaikaaisesti.

Lähtökohtaisesti kahden materiaallisen normiston soveltuminen perinnönjakoon on poikkeuksellista. Tosin se on perintökaaren kansainvälisissä säännöksissä mahdollistettu tietyissä, kiinteää omaisuutta koskevissa tilanteissa, mutta tällöin on kyse PK 26:8:ssä nimenomaisesti mainitusta omaisuudesta. Kahden aineellisen normiston yhtäaikainen soveltaminen on mahdollista myös silloin, kun sovellettavaksi tulevat suoraan sovellettavat säännökset.

Muissa tapauksissa Suomessa toimitettavaksi tulevilla perinnönjaoissa on sääntelyllisenä lähtökohtana yhtenäisstatuuttiperiaate. Menettely kattaa kaiken perittävän omaisuuden sen sijainnista riippumatta. Kun toimivalta menettelyssä paikantuu Suomeen, tulee siinä sitoutua yhtenäisstatuuttiperiaatteeseen myös aineellisen oikeuden suhteen.

Perittävän tekemä määräys perintöönsä sovellettavasta laista on mahdollista tehdä tietyin maantieteellisin rajoituksin, mutta muodoltaan lakiviittaukset on sidottu testamentin muotoon. Pätevä lakiviittaus ei kuitenkaan edellytä nimenomaista mainintaa testamentissa sovellettavasta laista, jos testamentista käy riittävällä tavalla ilmi, että perittävä on tarkoittanut tietyn lain soveltumista jäämistöönsä. Tämä vastaa yleistä kansainvälis-yksityisoikeudellista tulkintalinjaa, joka on omaksuttu myös velvoite- ja aviovarallisuus-oikeudessa.

Pesää selvittäessä voi löytyä kaksi testamenttia, joista toinen koskee Suomessa sijaitsevaa omaisuutta ja toinen esimerkiksi Espanjassa sijaitsevaa omaisuutta ja niistä kummassakin on lakiviittaus: toisen osoittaessa Suomen lakiin ja toisen Espanjan lakiin. Tahdonautonomia ei ole tässä suhteessa rajoittamaton, vaikka Espanjan oikeuteen tehty viittaus pysyttäytyisikin perintökaaren asettamissa maantieteellisissä rajoissa. Lakiviittaus ei voi näet kohdistua vain osaan jäämistöä, esimerkiksi vain tiettyyn esineeseen.¹¹ Osittainen lakiviittaus voidaan kuitenkin – sen muotoilusta ja testaattorin tarkoituksista riippuen – panna täytäntöön testamenttimääräyksenä, jos sillä tavoin ei rikota sovellettavaksi tulevan aineellisen normiston pakottavina pidettäviä säännöksiä.

Jos jäämistöön sovelletaan perintökaarta ja testaattori on viittannut Espanjan omaisuutta koskien Espanjan lakiin, on hänen tarkoituksenaan voinut olla esimerkiksi se, että suomalaisten lakiosien sijasta sovellettaisiin Espan-

¹¹ HE 44/2001 vp s. 74.

jan perintöoikeuden mukaisia lakiosia. Suoran viittauksen puuttuminen lakiosiin ei tarkoita, etteikö testamentista voisi päätellä testaattorin tarkoittaneen antaa Espanjassa sijaitsevan omaisuuden osalta perillisilleen suurempi lakiosa kuin heille kuuluisi perintökaaren nojalla. Tulkinalla voidaan pelastaa lakiviittauksen taustalla olevan subjektiivisen tahdon toteutuminen, mikäli näin toimittaessa ei loukata jäämistöön sovellettavan perintökaaren pakottavia periaatteita, kuten lakiosasäännöksiä, vastaan.

LOPUKSI

Ulkomaat ovat parisuhde- ja jäämistöoikeuden kannalta riski, joka voidaan tiettyyn rajaan asti hallita. Kansainvälisen yksityisoikeuden oikeusjärjestelmäkohtainen autonomisuus kuitenkin tarkoittaa sitä, että moni asia jää ennakoimattomuuden harmaalle alueelle, jolla ei edes tahdonautonomia voi kaikkea pelastaa.

Se, mitä tarvitaan, on tieto. Tietoa kaivataan vieraan valtion lainvalinta- ja toimivaltasäännöksistä sekä aineellisen oikeuden sisällöstä. Vähäiset resurssit ja ajan puute ovat kuitenkin tässä suhteessa ongelma, ja pelkona on, että kansainvälisten oikeussuhteiden ja omaisuuden lisääntyessä päädymme jälleen siihen, että vierasta aletaan soveltamisen tasolla torjua, kun ulkomainen oikeus ja viranomaiskäytännöt jäävät tuntemattomiksi. Koska tämä merkitsisi kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta taantumaa ja riskiä sen toimivuudelle, olisi myös ehdottoman tärkeää, että riskejä pyrittiin pienentämään puolisoiden välisin sopimuksin ja jäämistösuunnittelulla. Vaikka tahdonautonomialla ei voida saavuttaa aukottomuutta ja täydellistä ennakoitavuutta, on se kuitenkin tärkein varautumisen keino.

Ja viisas on se, joka varautuu.

Vanhuuden ennakointia – välineenä edunvalvontavaltuus

JOHDANTO

Perinteinen oikeudellinen ajattelu perustuu olettamalle, jonka mukaan oikeuksien ja velvollisuuksien subjekteina ovat itsenäiset, omia etujaan valvovat yksilöt. Jos oikeudet ja velvollisuudet taas koskevat ikänsä puolesta vajaavaltaisia tai jonkin syyn johdosta toimintakykynsä menettäneitä henkilöitä, heidän etuaan valvoo edunvalvoja. Tämä malli ei kuitenkaan täysin vastaa todellisuutta. Huomattava osa väestöstämme on toimintakyvyiltään heikentyviä vanhuksia, joista valtaosa on kuolemaansa saakka vailla edunvalvojaa. Heidän asioistaan on huolehdittava jollakin tavalla myös tilanteessa, jossa he eivät enää ole olettan mukaisia terveitä ja itsenäisiä yksioitä.

Toimintakyvyiltään heikentyneiden ikääntyvien ihmisten lukumäärän jatkuvasti kasvaessa¹ tarvitaan uudenlaisia keinoja turvaamaan kaikkien ihmisten oikeusturvan toteutuminen. Yhä useampi pohtikin etukäteen kysymystä, miten haluaa asioitaan hoidettavan, jos sairastuu vakavasti eikä kykene enää itsenäisesti ilmaisemaan omaa tahtoaan. Toimintakyvyttömyyteensä varautumalla henkilö varmistaa tahtonsa toteutumisen siinä elämänsä vaiheessa, jossa hän ei ole enää kykenevä tekemään pätevällä tavalla itseään tai omaisuuttaan koskevia päätöksiä.

¹ Suomessa tehdyn väestötutkimuksen pohjalta voidaan arvioida, että yli 65-vuotiaista suomalaisista 450 000 kärsii ainakin ajoittain muistihäiriöistä. Osalla heistä on muistitestiä avulla todettavissa oleva muistihäiriö, mutta vain osalla häiriö on etenevä ja johtaa dementia-asteisten oireiden puhkeamiseen. Tällä hetkellä Suomessa lasketaan olevan noin 110 000 lievästi, keskivaikeasti tai vaikeasti dementoitunutta ihmistä. Vuosittain Suomessa noin 11 000 yli 64-vuotiaasta henkilöä sairastuu johonkin dementoivaan sairauteen. Ks. *Viramo Petteri – Sulkava Raimo*, Muistihäiriöiden ja dementian epidemiologia, s. 20–22. Teoksessa *Erkinjuntti Timo – Rinne Juha – Alhainen Kari – Soininen Hilikka* (toim.), Muistihäiriöt ja dementia. Duodecim 2001, s. 20–36. Ihmisen iästä tasa-arvokysymyksenä ks. *Nieminen Liisa*, Lapsuudesta vanhuuteen – Perus- ja ihmisoikeuksien merkitys eri ikävaiheissa. Edita 2006, s. 255–288.

Suunnittelu voidaan toteuttaa kahdessa elämäntilanteessa: vielä terveenä ollessa tai silloin, kun jokin toimintakykyä heikentävä sairaus on jo diagnosoitu. Sairastuneen oikeusturvan toteutumisen kannalta olisi siksi tärkeää, että toimintakykyä heikentävä sairaus havaittaisiin mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Varhainen diagnosointi varmistaisi henkilölle mahdollisuuden tehdä itsenäisesti omia ratkaisujaan mahdollisimman pitkään.²

Itsemääräämisoikeus suunnittelun kulmakivenä

Itsemääräämisoikeus voidaan määritellä jokaisen *toimintakykyisen* yksilön yhdenvertaiseksi oikeudeksi päättää itseään koskevista asioista.³ Henkilö on itsemääräävä, kun hän ymmärtää käytettävissä olevat erilaiset vaihtoehdot, osaa arvioida niiden mahdolliset seuraukset ja kykenee lopulta valitsemaan etujaan parhaiten vastaavan järjestelyn.

Oikeustieteessä itsemääräämisoikeuden on sanottu pitävän sisällään ainakin kaksi puolta: kompetenssin ja immuniteetin. *Kompetenssilla* tarkoitetaan yksilöllä olevaa kelpoisuutta muuttaa oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan omilla tahdonilmauksillaan. Toinen itsemääräämisoikeuden elementti, *immuniteetti* tarkoittaa, että kenelläkään muulla ei ole kelpoisuutta saada aikaan muutoksia yksilön oikeusasemassa.⁴ *Ahti Saarenpään* mukaan vapaan ihmisen persoonallisuuden toteuttaminen edellyttää kehittyntä, voimakasta itsemääräämisoikeutta. Itsemääräämisoikeus on oikeus, joka rajaa ihmisen suhdetta yhteiskuntaan ja sen muihin yksilöihin. Mitä suppeampi itsemääräämisoikeus on, sitä alistetumpi ja valvotumpi ihminen on.⁵ Itsemää-

² Mäki-Petäjä-Leinonen Anna, Hoitotahto dementoituvan ihmisen itsemääräämisoikeuden edistäjänä, s. 16. Teoksessa *Heimonen Sirkkaliisa – Tervonen Sari* (toim.), Muistihäiriö- ja dementiatyön palapeli. Edita 2004, s. 15–25.

³ Ks. esim. *Pietarinen Juhani*, Itsemääräämisen periaate. Teoksessa *Launis Veikko – Räikkä Juha* (toim.), Itsemääräämisoikeus. Turku 1993, s. 97–132. Ks. myös *Brechling Brigid – Schneider Catherine*, Preserving Autonomy in Early Stage Dementia. *Journal of Gerontological Social Work* 20(1–2) 1993, s. 17–33. Ihmisarvosta oikeuksien luojana ja itsemääräämisoikeuden rajoittajana ks. *Nieminen Liisa*, Ihmisarvon loukkaamattomuus perus- ja ihmisoikeussuojan lähtökohtana, s. 54–60. Lakimies 1/2005, s. 49–78.

⁴ Ks. esim. *Helin Markku*, Edunvalvojan päätösvalan rajoista, s. 1070. Lakimies 6–7/2001, s. 1070–1088.

⁵ *Saarenpää Ahti*, Potilas, oikeus, ihminen – näkökohtia itsemääräämisoikeutemme suojasta, s. 268. Teoksessa *Juhlaulkaisu Aulis Aarnio 1937 – 14/5 – 1997*. Helsinki 1997, s. 265–278.

räämisoikeuden kunnioittamisen vastinpariksi voidaan puolestaan nähdä ihmisen *suojaamisen periaate*; jos henkilö ei kykene pätevästi päättämään asioistaan, häntä on suojeltava toisten (tai itsensä) taholta tulevia oikeudenloukkauksia vastaan.⁶

Itsemääräämisen ja suojaamisen periaatteet ovat edelleen lähtöisin ihmisen ja perusoikeuksista. Myös henkilöoikeus⁷ ja ihmisoikeudet ovat tiiviisti kosketuksissa toistensa kanssa; *Saarenpään* mukaan sääntökeskeisestä rutiinilegalismista ollaan siirtymässä ihmiskeskeiseen legalismiin.⁸ Esimerkiksi itsemääräämisoikeutta eri tavoin koskevien säännösten määrä on mittava, vaikka se terminä onkin lainsäädännössä vielä suhteellisen harvinainen. Itsemääräämisoikeus ja henkilön suojaaminen ovatkin useiden säännösten säätämisen taustalla, mikä ilmenee erityisesti näitä periaatteita konkretisovien lakien esitöistä⁹. Itsemääräämisen ja suojaamisen periaatteet voivat toisin sanoen esiintyä paitsi *säännöksen muodossa*, olla myös jonkin säännöksen *säätämisen taustalla*. Edelleen ne voivat olla *tulkinta-asenteena* ratkaishtaessa jotakin laintulkintaongelmaa tai konkreettista oikeusongelmaa, esimerkiksi testamentin tai muun oikeustoimen pätevyyttä.

Vajaakykyisen aikuisen itsemääräämisoikeus

Yleisimpänä syynä ikääntyvien ihmisten oikeudellisen toimintakyvyn heikentymiseen ovat dementoivat sairaudet.¹⁰ Tässä kirjoituksessa tarkastellaan

⁶ *Mäki-Petäjä-Leinonen Anna*, Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 11.

⁷ Henkilöoikeudesta ks. *Saarenpää Ahti*, Henkilöoikeus. Teoksessa *Timonen Pekka* (toim.): Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään I. Lakimiesliiton kustannus 1999, s. 357–379.

⁸ *Saarenpää* 1997, s. 272.

⁹ Ks. esim. *HE 185/1991 vp.* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista, s. 10–11 ja *HE 146/1998 vp.* Hallituksen esitys Eduskunnalle holhouslainsäädännön uudistamiseksi, s. 6–7.

¹⁰ Dementiaalla tarkoitetaan *laaja-alaista henkisten kykyjen heikentymistä, joka häittää merkittävästi ammatillista tai sosiaalista selviytymistä*. Dementia on oire, jonka taustalla on jokin elimellinen, yleensä nimenomaan aivojen sairaus. Yleisimpiä dementoivia sairauksia ovat Alzheimerin tauti, Lewyn kappale -tauti, otsalohkodementiat sekä vaskulaariset dementiat. Dementian määritelmä on kehitetty alun perin tutkijoiden ja luokittelijoiden käyttöön. Ks. *American Psychiatric Association*, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – Third edition – Revised (DSM-III-R) Washington DC, APA 1987. Dementian esiintyvyydestä ks. esim. *Viramo – Sulkava* 2001, s. 20–36.

vajaakykyisen aikuisen itsemääräämisoikeutta juuri dementoivan sairauden näkökulmasta.

Sairautensa alkuvaiheessa dementoituva kykenee usein vielä itse huolehtimaan omista asioistaan ja oikeuksistaan. Sairauden edetessä kyky valvoa omien oikeuksiensa toteutumista ja kyky itsenäiseen päätöksentekoon heikenee; fyysisen, psyykkisen ja sosiaalisen toimintakyvyn heiketessä laskee myös oikeudellinen toimintakyky. Jossakin sairauden vaiheessa kyky päätösten tekemiseen menetetään kokonaan. Dementoiva sairaus ei kuitenkaan automaattisesti poista itsemääräämisoikeutta; myös dementoituva ihminen voi kyetä pätevällä tavalla tekemään itseään tai omaisuuttaan koskevia päätöksiä. Niin kauan kuin hän kykenee itse päättämään omista asioistaan ja ymmärtämään kulloinkin kysymyksessä olevan asian merkityksen, hänen tekemälleen ratkaisulle on annettava etusija laillisen edustajan tai muun läheisen mielipiteen asemesta.

Toimintakyvyiltään heikentyvän ihmisen itsemääräämisoikeutta tulee kunnioittaa koko sairauden ajan. Itsemääräämisoikeuden kunnioittamisen periaate voidaankin ymmärtää optimointikäskyksi, jonka sisältönä on: ”valittaessa menettelytapaa tilanteessa T on pyrittävä siihen, että henkilö X:n oikeus itse päättää omista asioistaan mahdollisimman hyvin toteutuisi”. Ideaalitilanteessa henkilön tahdon toteutuminen pystytään turvaamaan.¹¹ Toimintakyvyiltään heikentyvän ihmisen ilmaisevan tahdon noudattamiseen liittyy myös kysymys, tuleeko hänelle sallia tietty määrä irrationalisuutta. Toisin sanoen, saako henkilön sairaus vaikuttaa, ja missä määrin, hänen päätöksentekoonsa.¹² Vaatimusta vajaakykyisen ihmisen päätöksenteon rationalisuudesta tulee pohtia aina tapauskohtaisesti, ja siihen vaikuttaa kulloinkin päätöksenteon kohteena olevan asian luonne. Esimerkiksi dementoituvan ihmisen itsemääräämisoikeutta arvioitaessa perusolettamana tulisi kuitenkin aina olla se, että hän on oikeudellisesti toimintakykyinen, kykenevä

¹¹ Mäki-Petäjä-Leinonen 2003, s. 14.

¹² On nimittäin kiistatonta, että täysin terveidenkään ihmisten päätökset eivät aina perustu pelkästään rationaaliseen harkintaan, vaan esimerkiksi tunteisiin. Tämän vuoksi voidaan perustellusti kysyä, missä määrin voimme vaatia dementoituvan ihmisen päätöksenteolta tarkkaa tilanneanalyysia ja rationalisuutta. Esimerkiksi *Soile Pohjosen* mukaan eri alojen tutkimuksissa on yhä enenevässä määrin alettu kyseenalaistaa perinteistä vastakkainasettelua, jonka mukaan *järjen ja analyttisen rationalisuuden* vastakohtana ovat *tunteet* ihmisen hallitsemattomana ja alkukantaisena puolena. Ks. *Pohjonen Soile*, Sopimustoiminta, piilevä epätieto ja uuden tiedon luominen, s. 278–279. Teoksessa *Pohjonen Soile* (toim.), Ennakoi-va sopiminen. WSOY Lakitieto 2002, s. 277–307.

tekemään valintoja ja osallistumaan omia asioitaan koskevien päätösten tekemiseen. Tämä pätee aina sairauden alkuvaiheessa ja joissakin tilanteissa sen edettyä jo varsin pitkälle.

Toimintakyvttömyyden ennakointi

Oikeudellista toimintakykyä heikentävän sairauden eteneminen johtaa kuitenkin väistämättä tilanteeseen, jossa henkilö ei enää kykene itsenäisesti tekemään päätöksiä asioistaan. Tällöinkin hänen itsemääräämisoikeuttaan tulee kunnioittaa, jos hän on päätöksentekokykyisenä ilmaissut tahtonsa (joko suullisesti tai kirjallisesti) kysymyksessä olevasta asiasta.¹³ Henkilö on saattanut ennakoida tulevaa toimintakyvttömyyttään esimerkiksi *valtuuttamalla* jonkun läheisensä taloudellisten ja/tai henkilöään koskevien asioidensa hoitamiseen.¹⁴ Tällainen valtuutus voi puolestaan olla sisällöltään päätöksentekovallan valtuutetulle delegeoiva tai siinä voi olla selkeitä valtuuttajan antamia tahdonilmaisuja siitä, miten hän haluaa asiansa hoidettavan.

Henkilö on saattanut esimerkiksi tehdä *hoitotahdoksi* nimetyn asiakirjan (hoitotahdon), jossa hän on valtuuttanut jonkun läheisistään tekemään hoitoaan koskevat päätökset siinä tapauksessa, että hän ei enää kykene itsenäiseen päätöksentekoon. Vaikka potilaan asemasta ja oikeuksista annetussa laissa (785/1992, jäljempänä potilaslaki) ei tällä hetkellä ole säännöstä valtuutuksesta, mahdollisuus ns. sijaispäättäjän nimeämiseen käy ilmi potilaslain esitöistä. Sen mukaan laillinen edustaja, joka voi antaa potilaan puolesta tämän hoitoa koskevan suostumuksen, on joko potilaan edunvalvoja tai tämän *valtuuttama henkilö*.¹⁵ Tällainen hoitotahto, josta voidaan

¹³ Päätöksentekokykynsä menettäneen ihmisen tahtoa tulee kunnioittaa silloinkin, kun hän ei ole sitä selkeästi ilmaissut, mutta se pystytään esimerkiksi hänen elämänhistoriansa ja -asenteidensa perusteella olettamaan. Näissä tilanteissa henkilön oletettua tervettä tahtoa kunnioitetaan, kun päätöstä harkittaessa esitetään kysymys: Mitä dementoituva haluaisi tuossa tilanteessa asiasta päätettävän – mikä on hänen oletettu terve tahtonsa? Ks. *Mäki-Petäjä-Leinonen* 2003, s. 14–15.

¹⁴ Toimintakyvttömyyden ennakkoinnilla voidaan katsoa olevan liittyviä *ennakoivaan oikeusajatteluun*, joka on viimeaikoina saanut jalansijaa suomalaisessa oikeustieteen tutkimuksessa. Ennakoiva oikeusajattelu pyrkii riskien hallintaan, luovaan ongelmien ratkaisuun ja tuomioistuinten välttämiseen. Ennakoivaa oikeusajattelua koskevaa tutkimusta Suomessa edustavat etenkin *Soile Pohjosen* toimittamat kirjat: Ennakoiva sopiminen, WSOY Lakitieto 2002 sekä *Ex ante* – ennakoiva oikeus, Talentum 2005.

¹⁵ Ks. *HE 185/1991 vp*, s. 17.

Salla Lötjösen mukaan käyttää nimitystä terveydenhuoltovaltuutus, ei lakkaa olemasta voimassa tekijänsä heikentyvän toimintakyvyn vuoksi. Muiden kuin taloudellisten asioiden hoitamiseen annettu terveydenhuoltovaltuutus voidaan nimittäin rinnastaa varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annetun lain (228/1929, jäljempänä oikeustoimilain) mukaiseen valtuutukseen. Oikeustoimilain mukainen valtuutus puolestaan pääsääntöisesti pysyy voimassa, vaikka valtuuttaja valtuutuksen antamisen jälkeen tosiasiallisesti menettäisikin kykynsä hoitaa asioitaan toimintakyvyn heikentymisen vuoksi.¹⁶

Kuvatunsisältöisen hoitotahdon koko idea perustuu ajatukselle, jonka mukaan se tulee noudatettavaksi vasta tilanteessa, jossa henkilö ei enää kykene tekemään hoitopäätöksiä itsenäisesti. Hoitotahtoinstituutio menettäisikin merkityksensä, jos potilaslakia ja sen esitöitä tulkittaisiin siten, että hoitotahto ja sen yhteydessä mahdollisesti annettu terveydenhuoltovaltuutus lakkaisivat olemasta voimassa toimintakyvyn heikentymisen vuoksi.¹⁷ Eri asia on tilanne, jossa valtuuttajan oikeustoimikelpoisuutta rajoitetaan holhoustoimesta annetun lain (442/1999, jäljempänä holhoustoimilaki) nojalla. Tällöin valtuutus lakkaa olemasta voimassa niiltä osin, kuin toimintakelpoisuuden rajoitus koskee myös valtakirjassa mainittua oikeustoimea, asiaa tai omaisuutta. Jos edunvalvojalle siis annetaan kelpoisuus tehdä myös sellaisia päämiehen henkilöä koskevia päätöksiä, joiden merkitystä hän ei kykene ymmärtämään, menee edunvalvojan toimivalta mahdollisen terveydenhuoltovaltuutuksen ohi.¹⁸

¹⁶ Ks. esim. *Helin* 2001, s. 1080; *Mäki-Petäjä-Leinonen* 2003, s. 265 ja 281–284; *Pahlman Irma*, Potilaan itsemääräämisoikeus. Edita 2003, s. 277–279 ja *Oikeusministeriön työryhmämietintö 2004:13*, Edunvalvontavaltuutus – Holhouslainsäädännön tarkistustyöryhmän mietintö, s. 4–5. Vrt. *Lötjönen Salla*, Ihmisperäisten biologisten näytteiden käyttö lääketieteellisessä tutkimuksessa, s. 741. Lakimies 5/2005, s. 718–745, jonka mukaan kysymystä siitä, katsotaanko terveydenhuoltovaltuutus päättyneeksi samalla kun potilaan oma päätöksentekokyky heikkenee, ei ole Suomessa ratkaistu.

¹⁷ Sosiaali- ja terveysministeriössä jo vuodesta 2003 vireillä olleen potilaslain muutosehdotuksen mukaan mahdollisuus tällaisen valtuutuksen tekemiseen (sijaispäättäjän nimeämiseen) esitetään otettavaksi suoraan lakiin. Ks. *Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmämuistioita 2003:25*, Potilaslain 6 §:n uudistamistarpeita selvittäneen projektiryhmän muistio, s. 8.

¹⁸ Ks. *Helin* 2001, s. 1084–1086 ja *Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmämuistioita 2003:25*, Potilaslain 6 §:n uudistamistarpeita selvittäneen projektiryhmän muistion liite, s. 14, jossa potilaslakiin ehdotetaan säädettäväksi, että henkilölle hoitotoimenpiteitä varten määrättyllä edunvalvojalla olisi yksinomainen oikeus päämiehensä ohella ratkaista tämän hoitoon liittyvät asiat.

Henkilö on siis saattanut ennakoida tulevaa toimintakyvyttömyyttään valtuuttamalla jonkun läheisensä hoitamaan taloudellisia ja/tai henkilöä koskevia asioitaan toimintakyvyttömyyden aikana. Tällainen valtakirja on pääsääntöisesti voimassa heti sen antamisesta lähtien. Tarkoituksena kuitenkin on, että tulevaisuudessa ennakointia voidaan harjoittaa myös valtuutuksella, joka tulee voimaan vasta siinä tapauksessa, että valtuuttaja on tullut kykenemättömäksi omien asioidensa hoitamiseen. Tällaista valtuutusta, josta käytettäisiin nimitystä edunvalvontavaltuutus, tarkastellaan lähemmin seuraavassa.

EDUNVALVONTAVALTUUTUS UUTENA OIKEUDELLISENA INSTITUUTIONA

Keskeiset ehdotukset

Oikeutemme on tulossa kokonaan uusi instituutio; edunvalvontavaltuutus-ta koskeva järjestelmä. Edunvalvontavaltuutuksen avulla henkilö voisi järjestää asioidensa hoidon sen varalta, että hän myöhemmin tulee sairauden, henkisen toiminnan häiriintymisen tai muun vastaavan syyn vuoksi kykenemättömäksi huolehtimaan asioistaan. Valtuuttaja määritteli itse ne asiat, jotka valtuutus kattaa; hän voisi oikeuttaa toisen henkilön edustamaan itseään sekä taloudellisissa että henkilöään koskevissa asioissa. Hallituksen esitys laiksi edunvalvontavaltuutuksesta annettiin toukokuussa 2006 (*HE 52/2006 vp*). Lain on tarkoitus tulla voimaan kuuden kuukauden kuluessa siitä, kun se on hyväksytty ja vahvistettu.

Esityksen mukaan valtakirja olisi tehtävä kirjallisesti kahden esteettömän todistajan ollessa samanaikaisesti läsnä. Kun valtuuttaja on tullut kykenemättömäksi huolehtimaan valtuutuksen käsittämistä asioista, valtuutettu voisi pyytää holhousviranomaista *vahvistamaan* valtuutuksen. Tässä yhteydessä valtuutetun olisi esitettävä holhousviranomaiselle alkuperäinen valtakirja sekä lääkärinlausunto tai muu siihen rinnastettava luotettava selvitys¹⁹ valtuuttajan kykenemättömyydestä huolehtia asioistaan. Valtuutus tulisi voimaan holhous-

¹⁹ Lääkärinlausuntoon rinnastettavana selvityksenä voitaisiin hallituksen esityksen mukaan käyttää esimerkiksi valtuuttajan kotikunnan sosiaalityöntekijöiden lausuntoa tilanteessa, jossa valtuuttaja on kieltäytynyt lääkärintarkastuksesta. Ks. *HE 52/2006 vp*, s. 33.

viranomaisen vahvistuksella, ja tyypillinen syy valtuutuksen vahvistamiseen voisi hallituksen esityksen mukaan olla esimerkiksi valtuuttajan dementia.²⁰

Esityksen mukaan holhousviranomaisen olisi myös *valvottava* valtuutetun toimintaa. Koska päämies itse valitsisi valtuutetun, johon hän luottaa, tämä luottamussuhde tekisi mahdolliseksi kuitenkin sen, ettei valtuutetun toimintaa valvottaisi samalla tavalla kuin edunvalvojan toimintaa. Valtuutetun olisi tehtävänsä alkaessa annettava holhousviranomaiselle luettelo päämiehensä niistä varoista ja veloista, joiden osalta hänellä on kelpoisuus edustaa päämiestään. Valtuutettu olisi myös velvollinen pitämään tiliä toimenpiteistään sekä antamaan holhousviranomaiselle tilin tämän sitä pyytäessä. Kuitenkin valtuuttajan niin määrätessä valtuutettuun voitaisiin soveltaa esimerkiksi holhoustoimilain säännöksiä, jotka koskevat päämiehen puolesta tehtävien oikeustoimien luvanvaraisuutta ja velvollisuutta antaa holhousviranomaiselle määrääjoin tili tehtävän hoitamisesta.²¹ Edunvalvontavaltuutus *lakkaisi* esityksen mukaan olemasta voimassa valtuuttajan peruuttaessa sen, valtuuttajan kuollessa tai kun valtuutettu ilmoittaa holhousviranomaiselle luopuvansa tehtävästään.²²

Uutta järjestelmää puoltavia seikkoja

Edunvalvontavaltuutusta koskevalla lakiehdotuksella olisi toteutuessaan vaikutusta toimintakyvyltään heikentyvien ihmisten oikeusturvan toteutumiseen. Oikeusturvaan liittyvät kysymykset koskien esimerkiksi dementoituvan ihmisen taloudellisten asioiden järjestämistä hänen kognitiivisten kykujensä heiketessä ovat jo pitkään vaatineet tilannetta selkiyttävää sääntelyä.

Edunvalvontavaltuutuksen tekeminen on yksi *ennakoivan vanhuusajan suunnittelun*²³ muoto. Se on vaihtoehto myös sellaiselle dementoituvalla ihmiselle, jonka dementia on todettu sen varhaisessa vaiheessa. Tällainen hen-

²⁰ HE 52/2006 vp, s. 16 ja 33.

²¹ Ks. HE 52/2006 vp, s. 1 ja 12.

²² Ks. HE 52/2006 vp, s. 13 ja 22.

²³ Esimerkiksi ennakoinnista vanhustenhuollossa ks. *Kalliomaa-Puha Laura*, Ennakoiva ajattelu vanhustenhuollossa, Yksilöllinen omaishoitosopimus ennakoinnin välineenä. Teoksessa *Pohjonen Soile* (toim.), *Ex ante – ennakoiva oikeus*. Talentum 2005, s. 168–193. Vanhusoikeudesta ks. *Kalliomaa-Puha Laura – Mäki-Petäjä-Leinonen Anna*, Muuttuva vanhuus ja vanhusten oikeudet, s. 300–303. Teoksessa *Ervasti Kaijus – Meincke Nina* (toim.), *Oikeuden tuolla puolen*. Kauppakaari 2002, s. 297–324.

kilö saattaa vielä kyetä pätevällä tavalla ymmärtämään valtuutuksen merkityksen ja vaikutukset. Tähän viitataan myös edunvalvontavaltuutusta koskevassa hallituksen esityksessä, jonka mukaan kelpoisuus valtakirjan tekemiseen saattaa yksittäistapauksessa olla vielä tallella, vaikka henkilö olisikin jo siinä määrin menettänyt kyvyn huolehtia asioistaan, että valtuutuksen vahvistamisen edellytykset olisivat täyttyneet. Tällaisessa tapauksessa valtuutus voitaisiin esityksen mukaan vahvistaa heti sen antamisen jälkeen.²⁴

Edunvalvontavaltuutuksen tekeminen voisi olla hyvä vaihtoehto esimerkiksi sellaiselle yksinäiselle dementoituvalle, jolla ei ole ketään läheistä huolehtimassa hänen taloudellisista tai henkilöään koskevista asioista. Tutkimuksessa on todettu, että vuonna 2000 Suomessa oli yli 290 000 yli 65-vuotiaiden yksin asuvien taloutta. Arvioiden mukaan noin 30 000 dementoituvaa ihmisistä asuu yksin.²⁵ Jotta yksin asuvan dementoituvan ihmisen oikeusturvaa toteutumiselle saataisiin mahdollisimman hyvät takeet, hän tarvitsee toimintakykynsä heiketessä väistämättä jotakuta huolehtimaan asioistaan.

Edunvalvontavaltuutuksen hyvänä puolena voidaan nähdä myös se, että raskaaseen holhoustoimilain mukaiseen edunvalvontaan ei tarvitse ryhtyä tapauksissa, joissa henkilön etu ei sitä välttämättä vaadi. Toisaalta maistraatin valvontavelvollisuus saa aikaan sen, ettei toimintakyvyiltään heikentyntä ja hänen valtuutettuaan jätetä täysin ilman valvontaa. Edunvalvontavaltuutus olisi toisin sanoen hyvä järjestely paitsi aikuisen itsemääräämisoikeuden toteutumisen kannalta, mutta myös hänen etujensa suojaamisen näkökulmasta. Niille, jotka haluavat etukäteen varautua mahdolliseen tulevaan toimintakyvyttömyyteensä, annettaisiin todelliset mahdollisuudet turvata asemansa.

Edunvalvontavaltuutuksen riskitekijöitä

Suuri osa toimintakyvyiltään heikentyvistä ihmisistä asuu yhdessä puolisonsa tai muun läheisensä kanssa, joka samalla vastaa tämän ihmisen hoidosta. Moni läheisensä kanssa asuva ei tämän vuoksi jatkossakaan tarvitse minkäänlaista edunvalvonnan muotoa, jos asiat saadaan hoidettua kevyem-

²⁴ Ks. HE 52/2006 vp, s. 19.

²⁵ Ks. tästä esim. *Tervonen Sari*, Dementiabarometri 2005 – Kuntien näkemyksiä muistihäiriöisille ja dementoituville ihmisille suunnattujen palveluiden saatavuudesta ja laadusta sekä tulevaisuuden näkymistä. Alzheimer-keskusliiton julkaisusarja, raportti 1/2005, s. 6.

min järjestelyin, esimerkiksi yhteisten pankkitilien tai suoralaskutussopimusten avulla. Tämän vuoksi olisi erityisesti varottava, ettei omaistaan hoitavien asema heikkene edunvalvontavaltuutusta koskevan lain myötä ja ettei samalla omaksuta järjestelmää, jossa edunvalvojan määrääminen tai edunvalvontavaltuutuksen tekeminen on ainoa keino valvoa toimintakyvyltään heikentyvän ihmisen etuja.²⁶ Vahingollista olisi, jos esimerkiksi pankit alkaisivat säännönmukaisesti edellyttää toimintakyvyltään heikentyvän ihmisen asioiden hoitamiseksi edunvalvontavaltuutusta tai vaihtoehtoisesti edunvalvojan määräämistä tilanteessa, jossa esimerkiksi puoliso huolehtii perheen yhteisistä raha-asioista. Omaishoitajana toimiminen on sekä fyysisesti että psyykkisesti voimia vaativaa työtä ja sitä raskaammaksi se muuttuu, mitä enemmän omaiselle asetetaan lisävelvollisuuksia. Itsekin ikääntyvän omaishoitajan kannalta on usein tärkeintä se, että perheen taloudelliset asiat hoituvat mahdollisimman yksinkertaisin järjestelyin.

Holhouslainsäädännön tarkistamistyöryhmän mietinnön mukaan sekä Ruotsissa että Saksassa valmistellaan ehdotusta säännöksiksi, joiden mukaan toimintakyvyttömän henkilön omaisilla olisi toimivalta hoitaa hänen taloudellisia asioitaan ilman valtuutustakin.²⁷ Omaisten asemaa toimintakyvyltään heikentyvän ihmisen asioiden hoitajana olisi selkiyttänyt, jos myös Suomen lakiin, esimerkiksi nyt puheena olevaan lakiin tai holhoustoimilakiin, olisi ehdotettu vastaavanlaisia säännöksiä. Tämä olisi selkiyttänyt valitsevaa tilannetta ja ollut lainsäätäjän selkeä viesti siitä, että toimintakyvyttömän henkilön asioita voidaan hänen etujensa mukaisesti hoitaa myös ilman minkäänlaista viranomaisvalvontaa.

Edunvalvontavaltuutusta koskevassa hallituksen esityksessä on kuitenkin otettu huomioon ns. *tavallisen valtakirjan* merkitys valtuuttajan toimintakyvyn heikentymisen jälkeen. Esityksen mukaan vastaisuudessaakin voisi olla olemassa valtuutuksia, joiden voimassaolo jatkuu päämiehen tilan heikenty-

²⁶ Esimerkiksi edunvalvojan määrääminen ei välttämättä aina edes ole päämiehen etujen mukaista. Yhdellä yleisellä edunvalvojalla voi nimittäin olla satoja päämiehiä valvottavanaan. Ääripäänä voidaan mainita Helsinki, jossa vuoden 2004 lopussa oli 539 päämiestä yhtä edunvalvojaa kohti. Tapauksesta on *Eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu* 30.12.2004 Dnro 1200/4/04, jossa AOA Jääskeläinen toteaa, että Helsingissä yleiset edunvalvontapalvelut eivät kykene huolehtimaan päämiesten eduista holhoustoimesta annetun lain edellyttämällä tavalla, minkä vuoksi Helsingin edunvalvontapalveluiden ei voida katsoa olevan holhoustoimen edunvalvontapalveluiden järjestämisestä annetun lain tarkoittamalla tavalla riittäviä. AOA pyysi Helsingin kaupunginhallitusta ja Helsingin maistraattia ilmoittamaan 30.6.2006 mennessä, mihin toimenpiteisiin tilanteen korjaamiseksi on ryhdytty.

²⁷ Ks. *Oikeusministeriön työryhmämietintö* 2004:13, s. 6–7.

misestä huolimatta. Oikeustoimilain mukainen valtuutus nimittäin pääsääntöisesti pysyy voimassa, vaikka valtuuttaja valtuutuksen antamisen jälkeen tosiasiallisesti menettäisikin kykynsä hoitaa asioitaan toimintakyvyn heikentymisen vuoksi.²⁸ Tavallinen valtakirjavaltuutus onkin usein riittävä keino turvaamaan esimerkiksi sellaisen dementoituvan ihmisen etuja, jonka lähiomainen hoitaa hänen asioitaan.

EDUNVALVONTAVALTUUTUKSEN ERITYISKYSYMYKSIÄ

Tässä jaksossa hallituksen esitystä laiksi edunvalvontavaltuutuksesta (EValtesitys) tarkastellaan toimintakyvyltään heikentyvän ihmisen ja hänen omaisensa näkökulmasta. Esille tuodaan yksittäisiä näkökohtia, jotka voivat olla toimintakyvyltään heikentyvän oikeusturvan kannalta merkityksellisiä ja vaativat siksi kommentoimista.²⁹

Edunvalvontavaltuutuksen ja hoitotahdon suhde

Hallituksen esityksessä lain 2 §:ssä ehdotetaan säädettäväksi edunvalvontavaltuutuksen sisällöstä. Esityksen mukaan edunvalvontavaltuutus voisi koskea paitsi päämiehen³⁰ taloudellisia myös hänen henkilöönsä koskevia asioita.³¹ Valtuutus voisi olla yleisluonteinen, antaen valtuutetulle vallan päättää toimivaltaansa kuuluvista asioista, tai hyvinkin yksityiskohtainen, jolloin

²⁸ Hallituksen esityksessä myös perustellusti todetaan, että sääntelyä, jonka mukaan oikeustoimilain mukainen valtuutus lakkaisi olemasta voimassa päämiehen tosiasiallisesti menetettyä kykynsä ymmärtää valtuutuksen merkityksen, ei ole katsottu perustelluksi. Tällainen sääntely voisi johtaa valtuutetun kanssa oikeustoimen tehneen kolmannen henkilön kannalta kohtuuttomaan lopputulokseen. Lisäksi vaikka valtuutuksen voimassaolo voisi päämiehen oikeusturvan kannalta joissakin tapauksissa olla ongelmallinen, voitaisiin tilanne ratkaista määräämällä päämiehelle edunvalvoja, jonka tehtävänä olisi päättää, perutaanko valtuutus. Ks. *HE 52/2006 vp*, s. 13.

²⁹ Monet seuraavassa esitettävistä näkökohdista nostettiin esille myös *Alzheimer-keskusliiton ry:n* kannanotossa holhouslainsäädännön tarkistamistyöryhmän mietintöön (työryhmämietintö 2004:13). Kannanoton allekirjoittivat *Pekka Laine, Varpu Kettunen ja Anna Mäki-Petäjä-Leinonen*.

³⁰ Sanatoiston välttämiseksi tässä kirjoituksessa valtuutuksen tekijästä käytetään valtuuttajan ohella nimitystä päämies.

³¹ *HE 52/2006 vp*, s. 17–18.

päämies voisi yksityiskohtaisesti määrätä, miten haluaa tietyssä asiassa puolestaan toimittavan. Päämies voisi esimerkiksi valtuuttaa X:n tekemään puolestaan hoitoaan koskevat ratkaisut. Tämän lisäksi hän voisi kirjata valtakirjaansa selkeitä hoitoaan koskevia tahdonilmaisuja. Siinä voisi olla määräyksiä esimerkiksi kuolemaa edeltävästä loppuajan hoidosta ja siitä, saako potilasta hoidettaessa käyttää keinotekoisesti elintoimintoja ylläpitäviä hoitomuotoja. Tällaiset yksityiskohtaiset määräykset valtakirjassa – valtuutetulle annetut sitovat toimiohjeet – olisivatkin mitä suurimmalla tavalla valtuuttajan itsemääräämisoikeutta korostavia määräyksiä.

Tässä yhteydessä voidaan kuitenkin pohtia, mikä on henkilöä koskevia asioita varten määrätyn edunvalvontavaltuutetun asema suhteessa potilaslaissa säädettyyn lailliseen edustajaan³². EValt-esityksessä mainitaan, että ehdotettu sääntely ei syrjäytä niitä potilaslain tai sosiaalihuollon asiakaslain säännöksiä, jotka koskevat potilaan ja sosiaalihuollon asiakkaan itsemääräämisoikeutta. Potilaslain osalta edunvalvontavaltuutettua pidetään lain 6 §:n 2 ja 3 momentissa tarkoitettuna potilaan *laillisena edustajana*, jota on ennen tärkeän hoitopäätöksen tekemistä kuultava ja joka voi antaa suostumuksen hoitoon, jos potilas ei itse kykene päättämään hoidostaan. Päätöstä tehdessään valtuutetun tulee potilaslaissa säädetyin tavoin ottaa huomioon valtuuttajan aiemmin ilmaiseva tahto tai jos hoitotahtoa ei ole ilmaistu, hänen henkilökohtainen etunsa.³³

Sosiaali- ja terveysministeriössä on kuitenkin ollut jo vuodesta 2003 saakka vireillä potilaslain 6 §:n uudistamista koskeva hanke, jossa potilaslakiin ehdotetaan säädettäväksi potilaan vakaan hoitotahdon noudattamista koskeva velvoite. Potilaslakiin ehdotetaan myös uutta 6 a §:ää, jossa säädettäisiin täysi-ikäisen vajaakykyisen potilaan asemasta. Ehdotuksen mukaan vajaakykyisen potilaan puolesta toimisi ensisijaisesti potilaan nimeämä henkilö. Jos potilas ei tällaista henkilöä olisi nimennyt tai nimetty henkilö ei kykenisi osallistumaan tai ei pyydettyessä haluaisi osallistua potilaan hoitoa koskevien ratkaisujen tekemiseen, potilaan puolesta toimisivat hänen omaisensa tai läheisensä. Kuitenkin silloin, kun potilaille on määrätty hoitoa koskevia asioita varten edunvalvoja, tämä syrjäyttäisi muut edellä mainitut.³⁴ Voidaan kysyä, mikä merkitys henkilöä koskevia asioita varten annetulla edun-

³² Potilaslain esitöiden mukaan laillisella edustajalla tarkoitetaan potilaan edunvalvojaa tai tämän valtuuttamaa henkilöä. Ks. *HE 185/1991 vp*, s. 17.

³³ *HE 52/2006 vp*, s. 17.

³⁴ Ks. *Sosiaali- ja terveysministeriön työryhmämuistioita 2003:25*, s. 8.

valvontavaltuutuksella tulisi olemaan suhteessa potilaslaissa säädettäväksi ehdotettuun etusijajärjestykseen? Mikä olisi edunvalvontavaltuutetun asema suhteessa hoitotahdossa nimettyyn päätöksentekijään tai potilaalle henkilöä koskevia asioita varten määrättyyn edunvalvojaan?

Nähdäkseni tilannetta olisi tulkittava siten, että jos henkilö potilaslain mukaisessa hoitotahdossaan nimeäisi läheisensä tekemään hoitoaan koskevat päätökset, nimeämiselle annettaisiin tavallisen (oikeustoimilaissa tarkoitettuna) valtuutuksen oikeusvaikutukset. Jos henkilö puolestaan tekisi saman edunvalvontavaltuutuksessa, poikkeaisi järjestely potilaslain tarkoittamasta nimeämisestä siinä merkityksessä, että tällainen valtuutus tulisi voimaan maistraatin vahvistamisella ja maistraatti myös valvoisi valtuutetun toimintaa. Juridisesti tällaiselle edunvalvontavaltuutukselle siten ilmeisesti annettaisiin etusija ns. tavalliseen hoitotahtoon nähden. Jos potilas toisin sanoen olisi tehnyt sekä tavallisen hoitotahdon valtuuttamalla siinä jonkun läheisensä hoitopäätösten tekemiseen että edunvalvontavaltuutuksen joka poikkeaisi hoitotahdosta, tulisi edunvalvontavaltuutus lähtökohtaisesti noudatettavaksi. Edunvalvojamääräykselle puolestaan annettaisiin etusija edunvalvontavaltuutukseen nähden; EValt-esityksen mukaan jos valtuuttajalle määrättäisiin edunvalvoja, valtuutus kävisi tarpeettomaksi niiltä osin kuin edunvalvojan ja valtuutetun tehtävät ovat päällekkäiset.³⁵

Edunvalvontavaltuutuksen lakkaaminen ja hautajaisia koskevat määräykset

Ehdotetun lain 11 §:n mukaan edunvalvontavaltuutus lakkaisi olemasta voimassa valtuuttajan peruuttaessa sen, valtuuttajan kuollessa tai kun valtuutettu ilmoittaa holhousviranomaiselle luopuvansa tehtävästään.³⁶ Pätevän *peruuttamisen* edellytyksenä olisi, että valtuuttaja kykenee ymmärtämään peruuttamisen merkityksen. Valtuutuksen peruuttaminen tapahtuisi siten, että valtuuttaja ottaa valtakirjan takaisin tai hävittää sen.³⁷ Jos valtuutus olisi jo

³⁵ HE 52/2006 vp, s. 22.

³⁶ Tämän lisäksi myös edunvalvojan määrääminen valtuuttajalle voi aiheuttaa valtuutuksen lakkaamisen tai rajoittumisen. Ks. HE 52/2006 vp, s. 13 ja 22.

³⁷ Tällöin valtuutetun asiana olisi harkita, kykeneekö valtuuttaja ymmärtämään peruuttamisen merkityksen. Jos valtuutettu katsoisi, että peruuttamistahdonilmaisu ei ole pätevä, hän voisi kieltäytyä palauttamasta valtakirjaa valtuuttajalle. Valtuuttaja voisi tällöin vaatia valtakirjan palauttamista tuomioistuimessa. Ks. HE 52/2006 vp, s. 24.

tullut voimaan, peruuttamisen voimaantulo edellyttäisi ehdotetun lain 28 §:n mukaista holhousviranomaisen vahvistamista. Ennen vahvistamista tutkitaisiin päämiehen kyky ymmärtää peruuttamisen merkitys. Hallituksen esityksen mukaan esimerkiksi dementoivissa sairauksissa esiintyy usein harhaluuloisuutta, jolloin dementoituva voi pyrkiä tuhoamaan järjestelyn, jonka hän on terveenä ollessaan suunnitellut ja nimenomaisesti rakentanut tulevaisuutensa turvaksi. Lain tarkoituksen toteutumiseksi on perusteltua pyrkiä välttämään tällaiset tilanteet.³⁸

Edunvalvontavaltuutus lakkaisi olemasta voimassa myös valtuuttajan *kuollessa*. Esityksen perustelujen mukaan tämä on perusteltua, koska edunvalvontavaltuutus on luonteeltaan vahvasti valtuuttajan ja valtuutetun väliseen luottamussuhteeseen perustuva oikeustoimi. Lisäksi ratkaisua puoltaa esityksen mukaan se, että olisi epätarkoituksenmukaista jatkaa edunvalvontavaltuutukseen liittyvää viranomaisvalvontaa vielä sen jälkeen, kun valtuuttajan omaisuus on siirtynyt hänen oikeudenomistajilleen.³⁹ Tämä sinänsä perusteltu ratkaisu johtaa kuitenkin siihen, että edunvalvontavaltuutuksessa ei ilmeisesti voitaisi antaa valtuutetulle lainkaan luonteeltaan varallisuus-oikeudellisia määräyksiä hautajaisten järjestämisestä.⁴⁰ Hautajaisten suunnittelu voi olla tärkeää henkilölle, joka suunnitellessaan tulevaisuuttaan ja elämänsä loppuaikaa haluaa ulottaa määräykset koskemaan myös toimenpiteitä kuolemansa jälkeen. Kun edunvalvontavaltuutuksessa mahdollisesti annetut hautajaisia koskevat määräykset siis ilmeisesti kutistuisivat juridiselta merkitykseltään vain toiveen luonteisiksi, olisi tämä henkilön itsemääräämisoikeutta heikentävä tekijä.

Niinpä henkilön, joka haluaisi antaa määräyksiä hautajaistensa järjestämisestä, olisi ilmeisesti annettava hautajaismääräykset *testamentissa*. Käytännössä yksi keino ratkaista asia olisi antaa testamentissa määräys siitä, kuka saa hautajaisjärjestelyt hoitaakseen.⁴¹ Hautajaisjärjestelyjen hoitajalle voitaisiin lisäksi antaa tarvittaessa vielä erillinen asiakirja, jossa olisi tar-

³⁸ Ks. HE 52/2006 vp, s. 13 ja 24.

³⁹ Ks. HE 52/2006 vp, s. 22.

⁴⁰ Alzheimer-keskusliitto kiinnitti tähän seikkaan huomiota lausunnossaan holhouslainsäädännön tarkistamistyöryhmän mietinnöstä ja pyysi, että mahdollisuutta hautajaistoiveiden esittämiseen edunvalvontavaltuutuksessa olisi vielä pohdittu lain jatkovalmistelussa. Ks. *Lausuntoja ja selvityksiä* 2005:8, Holhouslainsäädännön tarkistaminen – lausuntotiivistelmä. Oikeusministeriö. Helsinki 2005, s. 11.

⁴¹ Kysymys olisi nyt testamentin ns. *erityisestä toimeenpanijamääräyksestä*. Ks. Aarnio Aulis – Kangas Urpo, Suomen jäämistöoikeus I. Perintöoikeus. 4.p. Jyväskylä 1999, s. 343–344.

kempia määräyksiä hautajaisten järjestämisestä. Tällainen monen asiakirjan vaatimus on kuitenkin varsin monimutkainen järjestely, jos lähdetään tavoitteesta, että ennakoidaan tulevaisuuden suunnittelua tulee voida tehdä mahdollisimman yksinkertaisin järjestelyin ja siten, että maallikkokin siihen pätevällä tavalla kykenee. EValt-esityksessä olisikin voitu perustellusti päätyä valtuutuksen lakkaamisen osalta myös toiselle kannalle. Edunvalvontavaltuutuksen ulottamista koskemaan esimerkiksi hautajaismääräyksiä olisi hyvin voitu perustella esimerkiksi sillä, että jo asiakirjana valtuutus muistuttaa hyvin paljon testamenttia. Edunvalvontavaltuutuksen tekemistä koskevat määräykset nimittäin vastaavat asiallisesti testamentin tekemiselle asetettuja muotovaatimuksia. Tähän viitataan myös EValt-esityksessä⁴². Kun edunvalvontavaltuutus kuitenkin ehdotuksen mukaan lakkaa valtuuttajan kuollessa, lienee hautajaisia koskevien määräysten osalta keinona jatkossakin testamentin tekeminen.

Valtuutuksen todistamista koskevista määräyksistä

Hallituksen esityksen mukaan edunvalvontavaltuutus olisi tehtävä kirjallisesti ja kahden esteettömän henkilön todistamana. *Todistuslausumasta* ehdotetaan säädettäväksi lain 7 §:ssä, ja se vastaa olennaisilta osin PK 10 luvun 2 §:n säännöksiä testamentin todistuslausumasta. Säännöksen mukaan todistajien olisi merkittävä allekirjoituksensa oheen syntymäaikansa, yhteystietonsa, todistamisen aika ja paikka sekä se, että he ovat olleet samanlaisesti läsnä valtakirjaa tehtäessä. Tämän lisäksi lausumaan olisi tehtävä merkintä valtuuttajan kyvystä ymmärtää valtakirjan merkitys ja mahdollisista muistakin seikoista, joiden todistajat katsovat vaikuttavan valtakirjan pätevyyteen. Esityksen mukaan erityisesti silloin, kun valtuuttaja on *iäkäs*, lausumassa voisi olla tarkoituksenmukaista tehdä selkoa siitä, millä tavoin todistajat ovat pyrkineet varmistumaan valtuuttajan oikeustoimikelpoisuudesta.⁴³

Esityksessä ei sen sijaan oteta kantaa siihen, millä tavoin valtuuttajan ymmärryskykyä voitaisiin arvioida ja mihin seikkoihin siinä tulisi kiinnittää huomiota. Tätä saatetaan pitää puutteena. Niin testamentin kuin tulevaisuudessa edunvalvontavaltuutuksenkin todistajina toimivat usein joko maalli-

⁴² Ks. HE 52/2006 vp, s. 12.

⁴³ HE 52/2006 vp, s. 20.

kot tai lakimiehet, ja on täysin sattumanvaraista, miten arviointi tehdään ja mihin seikkoihin arvioinnissa kiinnitetään huomiota. Tämän vuoksi olisi ollut perustelua ottaa lain esitöihin esimerkkejä kelpoisuuden arvioimisessa huomioon otettavista seikoista. Näin esitys olisi antanut tukea arvioinnin suorittamista varten. Ohjeiden puutteesta huolimatta useille lakimiehille lie-nee kuitenkin muodostunut omat tapansa käytännössä arvioida oikeustoi-
men tekijän kelpoisuutta. Joissakin asianajotoimistoissa esimerkiksi videoi-
daan testamentintekotilaisuus tapauksissa, joissa testamentintekijän kelpoi-
suus on jollakin tavalla epäselvä tai muutoin on oletettavissa, että testament-
ti tullaan moitteiden johdosta riitauttamaan.

Eräs keino valtuuttajan oikeustoimikelpoisuuden varmistamiseksi on *lää-
kärinlausunnon* liittäminen valtuutuksen yhteyteen. Tällä on merkitystä ta-
pauksissa, joissa esimerkiksi dementoituva ihminen suunnittelee edunval-
vontavaltuutuksen tekemistä ja halutaan varmistua siitä, että hän on valtuu-
tuksen tehdessään vielä oikeustoimikelpoinen. Tähän seikkaan kiinnitettiin
huomiota myös EValt-esityksessä. Sen mukaan hyvänä käytäntönä voidaan
pitää sitä, että valtakirjaan liitettäisiin todistuslausuman lisäksi lääkärinlau-
sunto valtuuttajan terveydentilasta valtuutuksen tekohetkellä. Näin voidaan
pyrkä välttämään myöhempiä riitaisuuksia ja todisteluvaikeuksia erityisesti
tilanteissa, joissa valtakirjan tekijä on hyvin iäkäs henkilö.⁴⁴

Lain 7 §:n 2 momenttiin ehdotetaan otettavaksi todistuslausuman merki-
tystä koskeva säännös, jonka mukaan sen sisältöä valtakirjan tekotavan osalta
olisi lähtökohtaisesti pidettävä uskottavana.⁴⁵ Säännöksellä olisi merkitystä
etenkin edunvalvontavaltuutuksen *vahvistamistilanteessa*, jossa holhousvi-
ranomaisen olisi otettava pääsääntöisesti kirjallisessa menettelyssä kantaa sii-
hen, onko valtakirja tehty laissa säädettyllä tavalla. Holhousviranomaisen ei
siten edellytetä aina omasta aloitteestaan selvittävän, että valtuuttaja on ollut
oikeustoimikelpoinen valtakirjan tehdessään tai että todistajien kelpoisuus-
vaatimukset ovat täyttyneet. Erityisiin selvityksiin on tältä osin ryhdyttävä
vain, mikäli valtuuttajan oikeustoimikelpoisuudesta vallitsee perusteltu epäi-
lys. Tämä edellyttää holhousviranomaiselle esitettyä väitettä sekä sen tueksi
esitettyä selvitystä, jonka perusteella voidaan pitää ilmeisenä esimerkiksi sitä,
ettei valtuuttaja ollut valtakirjan tehdessään oikeustoimikelpoinen.⁴⁶

⁴⁴ HE 52/2006 vp, s. 20.

⁴⁵ Todistuslausuman sisällyttäminen valtakirjaan ei kuitenkaan olisi valtakirjan pätevyyden
tai sen vahvistamisen edellytys.

⁴⁶ HE 52/2006 vp, s. 20 ja 32.

Läheisten kuuleminen valtuutuksen vahvistamisen yhteydessä

Edunvalvontavaltuutusta koskevan lain 26 §:ssä ehdotetaan säädettäväksi kuulemisesta ja asian selvittämisestä. Hallituksen esityksen mukaan holhousviranomaisen olisi *varattava* valtuuttajan aviopuolisolle tilaisuus tulla kuuluksi edunvalvontavaltuutuksen vahvistamista koskevan hakemuksen johdosta. Esityksen mukaan aviopuolison kuuleminen on perusteltua puolisoiden välillä yleensä vallitsevan taloudellisten etujen yhteisyyden vuoksi. Puolison kuulemiseen ei kuitenkaan olisi velvollisuutta, jos se olisi ilmeisen tarpeetonta. Näin olisi asia esimerkiksi tapauksessa, jossa puoliset ovat asuneet välirikon vuoksi vuosikausia erossa toisistaan. Lisäksi ehdotuksen mukaan holhousviranomaisen voisi *tarvittaessa* varata valtuuttajan vanhemmille, lapsille tai muille läheisille tilaisuuden tulla kuulluksi. Perustelujen mukaan yleensä olisi asianmukaista, että valtuuttajalle tosiasiallisesti läheiset henkilöt saavat tiedon valtuutuksen vahvistamista koskevan asian vireilläolosta. Esimerkiksi sellaiselle valtuuttajan lapselle, joka asiakirjoista ilmenevän selvityksen mukaan on hoitanut valtuuttajan asioita, olisi pääsääntöisesti tarpeellista varata tilaisuus tulla kuulluksi.⁴⁷

Valtuuttajan puolison ja muiden läheisten kuulemisen kirjaamista lakiin on pidettävä perusteltuna. Esimerkiksi edunvalvojan määräämisasioissa on käytännössä sattunut tapauksia, joissa henkilölle on määrätty edunvalvoja ilman, että hänen perheensä on ollut tietoinen asiasta.⁴⁸ Tiedossa on myös tapauksia, joissa pitkäaikaisessa laitoshoidossa olevasta potilaasta on tehty maistraatille ilmoitus edunvalvonnan tarpeesta ilman, että perheenjäsenten kanssa on ensin keskusteltu asiasta. Kysymys on ollut tapauksista, joissa per-

⁴⁷ HE 52/2006, s. 34.

⁴⁸ Ks. *Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 15.11.2002, Dnro 1429/2/00*. Tapauksessa määräoikeus oli määrännyt ryhmäkodissa asuvalle dementoituvalla väliaikaisen edunvalvojan sosiaalityöntekijän ilmoituksesta ja maistraatin hakemuksesta. Toimenpiteestä ilmoitettiin ikääntyneen vaimolle vasta kolme viikkoa myöhemmin, jolloin hänelle varattiin tilaisuus tulla kuulluksi jatkuvan edunvalvonnan tarpeesta. Oikeusasiamiehen mukaan hyvään hallintoon kuuluu, että viranomaisen toiminta on mahdollisimman avointa ja läpinäkyvää. Tästä seuraa, että toimenpiteisiin ei pidä ryhtyä asianosaisten tietämättä, ellei siihen ole erityistä syytä. Lisäksi oikeusasiamies muistutti, että Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen mukaan *perhe-elämä on kunnioitettava*. Perhe-elämän kunnioittaminen saattaa edellyttää viranomaisilta, että omaisille ilmoitetaan perheenjäsentä koskevista merkittävistä toimenpiteistä. Tässä tapauksessa se merkitsee, että edunvalvojan määräämisestä olisi tullut ilmoittaa omaisille. Oikeusasiamies saattoi käsityksensä pohjoissuomalaisen kaupungin maistraatin ja sosiaalityöntekijän tietoon.

heenjäsen on osallistunut aktiivisesti laitoshoidossa olevan omaisensa arkeen ilman, että hän olisi samalla esimerkiksi käyttänyt vajaakykyistä omaistaan taloudellisesti hyväksi. Tällainen perheenjäsenten ”yli käveleminen” puolestaan on useimmiten aiheuttanut läheisissä hämmennystä ja mielipahaa, etenkin jos toimintakyvyiltään heikentyvän asiat on hoidettu onnistuneesti ilman edunvalvontaakin.

Perheen yhtenäisyys ja inhimilliset näkökohdat huomioon ottaen voidaan tämän vuoksi pitää tärkeänä, että valtuuttajan perheelle pyritään välittämään tieto ja varaamaan tilaisuus tulla kuulluksi edunvalvontavaltuutuksen vahvistamista koskevassa asiassa.⁴⁹

Edunvalvontavaltuutuksen rekisteröinti

Edunvalvontavaltuutusta koskevan lain 27 §:ssä ehdotetaan säädettäväksi edunvalvontavaltuutuksen rekisteröinnistä, joka suoritettaisiin valtuutuksen vahvistamisen yhteydessä. Rekisterinpidon tarkoituksena olisi ensinnäkin tehdä mahdolliseksi valtuutetun toiminnan valvonta laissa edellytetyllä tavalla. Rekisterin avulla voitaisiin saada nopeasti tieto esimerkiksi siitä, onko valtuutettu tehnyt tilin, jonka tekemiseen hänellä on ollut velvollisuus. Toisena rekisterinpidon tarkoituksena olisi kolmansien oikeuksien turvaaminen. Kolmas saattaisi esityksen mukaan tarvita oikeuksiensa turvaamiseksi tietoa esimerkiksi siitä, onko edunvalvontavaltuutus voimassa. Hallituksen esityksen mukaan holhousasioiden rekisteriin merkittäisiin vain sellainen valtuutus, joka oikeuttaisi valtuutetun edustamaan valtuuttajaa tämän *taloudellisissa asioissa*.⁵⁰

Esityksessä siis lähdetään siitä, että pelkästään henkilöä koskevia asioita varten annettua valtuutusta ei rekisteröitäisi. Tätä rajausta, jota esityksessä ei lainkaan perustella, saatetaan pitää ongelmallisena. Kun henkilöä koskevia asioita varten annettu valtuutus, taloudellisia asioita varten annetun valtuutuksen tapaan, vahvistettaisiin maistraatissa ja siihen liittyisi myös val-

⁴⁹ Toinen vaihtoehto olisi ollut omaksua Englannissa ja Walesissa vallitseva käytäntö, jonka mukaan ennen hakemuksen tekemistä valtuutetun olisi aina ilmoitettava valtuuttajalle ja tietyille tämän lähiomaisille aikomuksestaan hakea rekisteröintiä. Ks. HE 52/2006 vp, s. 7.

⁵⁰ HE 52/2006 vp, s. 34–35. Tarkemmat säännökset edunvalvontavaltuutuksen merkitsemisestä holhousasioiden rekisteriin annettaisiin valtioneuvoston asetuksella. Tätä koskeva asetuksenantovaltuutus sisältyy ehdotetun lain 49 §:ään.

vontaa, on vaikea nähdä, miksi se on rekisteröimisen suhteen saanut EValt-esityksessä eri aseman kuin taloudellisia asioita varten annettu valtuutus.

Nähdäkseni esimerkiksi potilaan oikeusturvan kannalta olisi ollut hyvä asia, jos hoitohenkilöstö olisi voinut saada rekisteristä tiedon henkilöä koskevia asioita varten annetusta edunvalvontavaltuutuksesta epäselvissä tapauksissa. Ajatellaan esimerkiksi tilannetta, jossa laitoshoitoon joutuvalla vajaakykyisellä potilaalla ei ole ketään läheisiä päättämässä hänen hoidostaan. Tällöin olisi potilaan itsemääräämisoikeuden ja oikeusturvan toteutumisen kannalta eduksi, jos holhousasioiden rekisteristä voisi tiedustella, onko potilaalla vahvistettua edunvalvontavaltuutusta henkilöä koskevia asioita varten. Tällaisen edunvalvontavaltuutuksen osalta on kuitenkin kenties lähdeetty ajatuksesta, jonka mukaan tiedon sen olemassaolosta voisi liittää esimerkiksi valtuuttajan potilasasiakirjoihin. Tätä olisi kuitenkin suonut perusteltavan lain esitöissä.⁵¹

LOPUKSI

Laki edunvalvontavaltuutuksesta loisi vaihtoehdon holhoustoimilain tarkoitamalle edunvalvojan määräämiselle. Se myös edistäisi yksilöiden itsemääräämisoikeuden toteutumista heidän voidessaan itsenäisesti päättää, miten asiat hoidetaan mahdollisen toimintakyvyttömyyden aikana. Kysymyksessä on kuitenkin vain yksi mahdollinen järjestely muiden joukossa. Toimintakyvyiltään heikentyvän ihmisen asiat voidaan jatkossakin valtaosassa tapauksista hoitaa tavallisella valtuutuksella, yhteisin pankkitilein tai suoralaskutussopimuksilla esimerkiksi puolison hoitaessa toimintakyvyttömän asioita. Vaikka hallituksen esitys laiksi edunvalvontavaltuutuksesta siis toteutuisi sellaisenaan, uusi laki ei synnytä järjestelmää, jossa toimintakyvyttömän asiat hoituvat ainoastaan edunvalvontavaltuutuksen tai edunvalvojamääräyksen nojalla.

⁵¹ Samassa yhteydessä olisi voitu pohtia myös kysymystä mahdollisuudesta *rekisteröidä edunvalvontavaltuutus ennakoon*. Rekisteriin olisi voitu merkitä tieto edunvalvontavaltuutuksesta ja sen säilyttämispaikasta. Kaiken kaikkiaan voidaan todeta, että jos olisi olemassa yksi yhtenäinen rekisteri, johon voitaisiin rekisteröidä sellaiset asiapaperit, jotka mahdollisesti tulevat myöhemmin noudatettaviksi (testamentti, hoitotahto, edunvalvontavaltuutus), järjestelyllä tuettaisiin henkilöitä, jotka haluavat ennakoida mahdollista toimintakyvyttömyyden aikaa ja tällä tavoin varmistettaisiin, että suunnitelmat myöhemmin toteutuvat.

Havaintoja holhousviranomaisen lupa-asiassa

LUPARATKAISUA KOSKEVAN OIKEUSTURVAJÄRJESTELMÄN KAKSIJAKOISUUS

Hallintopäätöksiä tehdessään holhousviranomainen käyttää julkista valtaa. Holhousviranomaisina maistraatit käsittelevät muun ohella asioita, jotka koskevat luvan myöntämistä edunvalvojan päämiehensä puolesta tekemiin merkittävämpiin oikeustoimiin.¹ Holhousviranomaisen päätöksentekoa leimaa voimakas virallisperiaate², oikeusturvanäkökohdat, lakisidonnaisuus, julkinen intressi sekä siihen liittyvä indispositiivisuus.³ Hallinto-oikeudellisesta oikeussuhteesta ei lähtökohtaisesti voi sopia, koska sen sisältö perustuu lakiin. Hallintoviranomaisten aktiivisella roolilla pyritään turvaamaan hyvän vuorovaikutteisen hallinnon ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteiden toteutuminen.⁴

Edunvalvonnallisesti erityisen mielenkiintoinen rajapinta on kuolinpesän intressenttien edunvalvonta, joka sisältää lukuisia holhous-, aviovarallisuus-, jäämistölainsäädännön ja ylipäätään yleisen ja erityisen siviilioi-

¹ HolhTI 34.1 §, lupamenettelystä ks. Kangas, Urpo: Uskottu mies holhousoikeuden järjestelmässä s. 108–118, Jyväskylä 1987; Kangas, Urpo: holhousviranomaisen lupa, pesänselvitys ja perinnönjako, *Defensor Legis* 11–12, s. 859–885, Helsinki 1995 ja Välimäki, Pertti: Holhoustoimen pääpiirteet s. 90–107, Vantaa 2001.

² Virallisperiaatteesta ks. Merikoski, V.: Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä s. 39–40, 2. p., Vammala 1968; Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus I, s. 60, 86 ja 91, Jyväskylä 1995; Mäenpää, Olli: Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet s. 190 ja 199, Helsinki 2003 ja Tarukannel, Veijo – Jukarainen, Heikki: Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa s. 39–41, Saarijärvi 1999.

³ Indispositiivisesta periaatteesta ks. Merikoski 1968 s. 137–138 ja Lappalainen 1995 s. 60 ja 85–90. Oma kysymyksensä on se, missä määrin holhoustoimesta annettu laki on dispositiivinen.

⁴ Mäenpää 2003 s. 79–97 ja Mäenpää, Olli: Hallintoprosessioikeus s. 83, Porvoo 2005.

keuden rajapinnoille sijoittuvia oikeudellisia kysymyksiä.⁵ Vakiintuneesta käytännöstä huolimatta laki vaikenee esimerkiksi oikeudesta luovuttaa pesänselvitystarkoituksessa kuolinpesään kuuluva kiinteistö tai osakehuoneiston osakkeet ilman holhousviranomaisen lupaa. Kuolinpesän yhteishallintoa koskeva sopimus, joka on syntynyt ennen edunvalvonnan alkamista, on sitova ilman holhousviranomaisen lupaa. Laissa ei kuitenkaan säännellä yhteishallinnon aikana tehtyjen luvanvaraisten sopimusten sitovuutta.⁶

Edunvalvojan tietyt ratkaisut, jotka koskevat päämiehen oikeuksia kuolinpesän intressentinä ja jotka edellyttävät holhousviranomaisen lupaa, tulevat vaihtoehtoisesti käsiteltäviksi joko sopimusjakona holhousviranomaisessa tai virallisjakona pesänjakajan johdolla toimitettavassa virallisjaossa. Pesänjakajan erityisenä velvollisuutena virallisjaossa on valvoa sitä, että edunvalvojan tekemä sopimus on päämiehen edun mukainen.⁷ Virallisjaosakin kuolinpesän ulkopuolisilla varoilla tapahtuneisiin luvanvaraisiin dispoointeihin on kuitenkin saatava holhousviranomaisen lupa, jos pesässä on osakkaana edunvalvonnassa oleva henkilö.⁸ Virallisjaossa syntynyt sopimus saattaa sitoa kuitenkin muilta osin päämiestä.

Kuolinpesän intressenttejä koskevia holhousoikeudellisia lupa-asioita ratkaistessaan holhousviranomainen noudattaa lähtökohtaisesti yleisissä tuomioistuimissa syntyneitä ja vakiintuneita siviilioikeudellisia tulkintaperiaatteita. Holhousviranomaisen ratkaisusta esimerkiksi ositusta ja perinnönjakoa koskevissa lupa-asioissa haetaan muutosta kuitenkin hallinnollista tietä hallintotuomioistuimelta, kun taas pesänjakajan ratkaisusta haetaan muutosta yleistä tuomioistuintietä käräjäoikeudelta.

Perinteisesti yksityisoikeudellisten oikeussuhteiden käsittelyn on katsottu kuuluvan yleisiin tuomioistuihin ja julkisoikeudellisten oikeussuhteiden käsittelyn hallinto-oikeudellisille tuomioistuimille.⁹ Tämä jakoperuste ei kuitenkaan ole selkeärajainen. Hallintolain esitöissä¹⁰ todetaan, että hallintoasian rajoja määrittävänä yleisohjeena voidaan pitää asian kuulumista hal-

⁵ Ks. Saarenpää, Ahti: Vajaavaltainen kuolinpesässä s. 6, 3. p., Rovaniemi 1991.

⁶ Näistä seikoista huomauttaa Kangas, Urpo: Perimys ja edunvalvonta – järjestelmien kohtamispintoja s. 14, Luentomoniste Länsi-Suomen maistraattien holhouspäivillä 12.–13.5.2005.

⁷ PK 23:7.2 §.

⁸ KKO 1989:55 ja jäljempänä s. 178 ss.

⁹ Merikoski 1968 s. 466–468 ja Lappalainen 1995 s. 14–21.

¹⁰ HE 72/2002 vp s. 46

linto-oikeudellisen muutoksenhakujärjestelmän piiriin. Tätä perustaa vasten asiat, jotka eivät voi tulla käsiteltäviksi hallintotuomioistuimissa, eivät lähdekohdiltaan ole hallintoasioita.

Muutoksenhakuvaiheessa hallinto-oikeus joutuu erityisesti aviovarallisuus- ja jäämistölainsäädännön soveltamista koskevia edunvalvonnallisia lupa-asioita ratkaistessaan yhä enenevässä määrin ottamaan kantaa pohjimmiltaan puhtaan siviilioikeudellisiin kysymyksiin. Niiden tulkinnalla on pitkät perinteet yleisten tuomioistuinten oikeuskäytännössä. Edunvalvonnallisen kytkennän omaavissa perhe- ja jäämistöoikeudellisissa lupa-asioissa hallinto-oikeudet joutuvat painottamaan ratkaisujaan päämiehen edun sävyttämällä kriteereillä. Näin toimiessaan hallinto-oikeudet luovat erityistä edunvalvonnallista aviovarallisuus- ja jäämistölainsäädännön soveltamiskäytäntöä.

Noudattaako hallintotuomioistuin omassa ratkaisukäytännössään yleisissä tuomioistuimissa omaksuttuja, esimerkiksi tasingon tai lakiosan laske- mista koskevia tulkintasääntöjä, oppeja ja periaatteita? Jos vastaus on myönteinen, voidaan kysyä, miten tähän ohjausvaikutukseen suhtautuu hallintotuomioistuinten riippumattomuuden periaate tuomioistuinlaitoksen sisällä? Jos taas vastaus on kielteinen, voidaan kysyä, luoko hallintotuomioistuin aikaisemmasta poikkeavaa edunvalvonnallista perhe- ja perintöoikeudellista oikeuskäytäntöä vilkuilematta yleisten tuomioistuinten suuntaan? Tämä saattaisi johtaa heterogeeniseen oikeuskäytäntöön riippuen siitä sattumanvaraisesta seikasta, kumpi menettelytapa jaon toimittamiseksi valikoituu. Tämä olisi myös omiaan aiheuttamaan tulkinnallista epävarmuutta holhousviranomaisen lupakäytännössä. Hallinto-oikeuksien käytäntö edunvalvonnallisen kytkennän omaavissa aviovarallisuus- ja jäämistöasioissa on 1.12. 1999 voimaan tulleen holhouslain kokonaisuudistuksen jälkeen vielä tois- taiseksi kuitenkin verraten niukkaa.¹¹

Nähtäväksi jää toisaalta myös se, mikä vaikutus hallintoprosessissa syn- tyvällä soveltamiskäytännöllä tulee olemaan sellaisissa edunvalvonnallisen kytkennän omaavissa valituksissa, joita käsitellään yleisissä tuomioistuimis- sa.

¹¹ Ks. KHO 2003:7 ja KHO 2006:1

MENETTELYLLISIÄ SEIKKOJA

Luvan hakijasta

Edunvalvojalla on tehtävänsä mukaisissa asioissa rinnakkainen puhevalta oikeustoimikelpoisen päämiehen ohella. Edunvalvojan ja päämiehen ollessa eri mieltä hallintotoimistaan, päämiehen kanta on kuitenkin ratkaiseva, jos hän kykenee ymmärtämään asian merkityksen.¹² Näin on asianlaita myös siviilioikeudellisessa perinnönjakotoimituksessa.¹³

Turun HO 23.4.2004, no 1283, dno S 03/1227. Edunvalvoja ja asian ymmärtävä päämies olivat yhtä aikaa läsnä pesänjakajan johdolla toimitettavassa perinnönjakokokouksessa. Edunvalvoja hyväksyi sopimuksen vastoin päämiehen kantaa. Pesänjakaja toimitti jaon sopimuksen mukaisesti. Hovioikeus vastoin alioikeuden kantaa katsoi, että mielipiteiden ristiriitatilanteessa etusija on annettava päämiehen mielipiteelle. Alioikeuden tuomio ja pesänjakajan toimittama perinnönjako kumottiin ja asia palautettiin pesänjakajalle lainmukaisen perinnönjaon toimittamiseksi. Lainvoimainen.

Täysivaltainen päämies ei voi itse käyttää puhevaltaansa lupamenettelyssä siitä huolimatta, että hän on sinänsä hallintomenettelykelpoinen. Holhous-toimesta annetussa laissa, jota on pidettävä erityislakina suhteessa hallintolakiin, on säädetty edunvalvojalle eksklusiivinen, päämiehen oikeuden pois-sulkeva ja tarvittaessa jopa päämiehen suhtautumisesta riippumaton kelpoisuus luvan hakemiseen.¹⁴

Asialegitimaatiolla eli asiavaltuudella tarkoitetaan henkilön oikeutta käyttää asiassa puhevaltaa ”oikeana” asianosaisena.¹⁵ Asialegitimaatio viittaa henkilön kykyyn omissa nimissään osallistua yksittäisen asian käsittelyyn ja saada siinä ratkaisu. Asialegitimaatio on läheisessä suhteessa asianosaisasemaan, muttei ole kaikilta osin yhteneväinen sen kanssa. Edunvalvojalla on

¹² HL 15.1 § ja Helin, Markku: Edunvalvojan päätösvalan rajoista s. 1070–1088, Lakimies 2001.

¹³ Ks. Kangas 1987 s. 90–91.

¹⁴ Ks. korkeimman oikeuden perustelut ratkaisussa KKO 2005:2, erityisesti kohta 10.

¹⁵ Asialegitimaatiosta ks. Merikoski 1968 s. 323, Lappalainen 1995 s. 273–282, Tarjanne, Tapio: Asianosaisseuraanto s. 21, Helsinki 1929 ja Salmiala, Bruno A.: Asianosaikäsitteestä Suomen siviiliprosessioikeudessa I s. 21, Hämeenlinna 1923.

lupamenettelyssä asialegitimaatio, mutta lupamenettelyn ainoa varsinainen asianosainen on päämies.¹⁶ Asialegitimaatio ei myöskään ole samastettavissa subjektiiviseen valitusoikeuteen.¹⁷ Asialegitimaaation puute johtaa asian tutkimatta jättämiseen.¹⁸

Täysivaltaisella päämiehellä on katsottava olevan kelpoisuus antaa paitsi edunvalvojalleen, myös kenelle tahansa muulle asianmukaiset edellytykset täyttävälle asiamiehelle valtuutus luvanvaraisen oikeustoimen tekemiseen.¹⁹ Siten päämies voisi lupamenettelyn vireillä ollessa valtuuttaa myös lupaa hakevan edunvalvojan asiamiehekseen. Tällaisessa tilanteessa edunvalvojalta ei kuitenkaan ole velvollisuutta ottaa toimeksiantoa vastaan, vaan hän voi jatkaa lupamenettelyä edunvalvojan roolissaan. Muussa tapauksessa edunvalvojan ei tarvitse hakea lupaa tekemälleen oikeustoimelle.

Edunvalvojalla ei kuitenkaan ole kelpoisuutta hakea lupaa sellaisen omaisuuden disponointiin, jota *vajaavaltaisella* päämiehellä on oikeus vallita yksin. Tällaista omaisuutta voi olla esimerkiksi vajaavaltaisen päämiehen vajaavaltaisuuden aikana ansaitsemat työansiot, päämiehelle annetut käyttövarat, päämiehen vallintaan erikseen annetut muut varat sekä lisäksi edellä mainittujen erien tuotto ja niiden sijaan tullut omaisuus eli surrogaatti.²⁰ Holhouslainsäädännössä on tältä osin sisäänrakennettu paradoksi, koska täysivaltaisen päämiehen mainitunlaisilla varoilla hankkiman omaisuuden disponoinnit ovat edunvalvojan tekeminä luvanvaraisia.

Pesänselvittäjän määräyksellä asialegitimaatio siirtyy pesän osakkailta pesänselvittäjälle. Pesänselvittäjän kelpoisuus edustaa pesää on niin ikään eksklusiivinen, osakkaiden hallinnon poissulkeva. Pesänselvittäjä kantaa, vastaa ja edustaa yksinään osakkaita pesän hallinnossa.²¹ Pesänselvittäjällä ei ole tarvetta eikä edes kelpoisuutta hakea holhousviranomaisen lupaa sellaiselle kuolinpesää koskevalle oikeustoimelle, joka kuolinpesän osakkaan edunvalvojan tekemänä olisi luvanvarainen. Päämiehen edunvalvoja on pesänselvittäjän määräyksen myötä menettänyt hakijavaltuutensa tällaisessa lupa-asiaassa ja pesänselvittäjältä puuttuu edunvalvojan status. Vain hakijavaltuuden omaava edunvalvoja on kelpoinen tekemään lupahakemuksen

¹⁶ Ks. Salmiala 1923 s. 62–67

¹⁷ Merikoski 1968 s. 334.

¹⁸ Merikoski 1968 s. 325.

¹⁹ Ks. Kangas 1987 s. 115.

²⁰ Rautiala, Martti: Holhousoikeus s. 70, 6. p., Vammala 1986 ja Kangas 1987 s. 75.

²¹ PK 19:13 §, Saarenpää 1991 s. 23 ja Kangas 1987 s. 97 av. 183.

holhousviranomaiselle.²² Siten pesänselvittäjän tekemä lupahakemus jätettäisiin tutkimatta. Se, mitä edellä on lausuttu pesänselvittäjästä, koskee soveltuvien osin myös testamentin toimeenpanijaa.

Edunvalvoja ei enää päämiehen kuoleman, kuolleeksi julistamisen, täysi-ikäiseksi tulemisen, tuomioistuimen edunvalvonnan lakkaamista koskevan päätöksen tai muusta syystä päättyneen edunvalvonnan jälkeen ole kelpoinen hakemaan lupaa.²³ Käräjäoikeuden päätöksellä ratkaistavissa tapauksissa edunvalvonta lakkaa päätöksen tultua lainvoimaiseksi. Edunvalvojan vapauttaminen tai edunvalvojan julistaminen vajaavaltaiseksi lakkauttaa edunvalvojan tehtävän kuitenkin välittömästi.²⁴ Edunvalvonnan lakkaaminen ja edunvalvojan vapauttaminen on pidettävä erillään toisistaan.

Muissa tapauksissa edunvalvonta lakkaa ilman eri toimenpiteitä samalla hetkellä kun tällainen seikasto toteutuu. Hovioikeuden päätöstä näissä asioissa noudatetaan, vaikka päätös ei ole saanut lainvoimaa.²⁵ Tästä syystä holhousviranomaisen ei enää edunvalvonnan lakkaamisen jälkeen ole toimivaltainen tutkimaan lupahakemusta.²⁶ Tällaisen seikaston toteuduttua vireillä oleva lupahakemus raukeaa eli jää asiallisesti sillensä. Päämiehen kuollessa tai tultua julistetuksi lainvoimaisesti kuolleeksi päämiehen omaisuuden osalta tapahtuu tietynlainen asianosaisseuraanto; edunvalvojan hallinto muuttuu kuolinpesän hallinnoksi.

Uudessa laissa kuolleeksi julistamisesta (127/2005) ei aikaisempaan samannimiseen lakiin (15/1905) verrattuna ole lainkaan otettu määräyksiä päätöksen noudattamisesta ennen sen lainvoimaisuutta. Laissa ei kuitenkaan ole kielletty hakemasta muutosta kuolleeksi julistamista koskevaan päätökseen, joten päätöstä lienee noudatettava vasta lainvoimaisena. Käytännössä tämä tarkoittanee sitä, että kuolleeksi julistettua päämiestä koskevan lupahakemuksen käsittely jätettäisiin lepäämään, kunnes päätös tulee lainvoimaiseksi. Kuolleeksi julistamispäätökseltä puuttuu varsinainen oikeusvoimavaikutus, koska päätös synnyttää ainoastaan olettaman henkilön kuolemasta tai sen ajankohdasta. Tällainen olettaja on vastäytöllä kumottavissa milloin tahansa.

²² Hakijalegitimaatiosta ks. Välimäki 1999 s. 101–103.

²³ Rautiala 1986 s. 79.

²⁴ HolhTI 6.1, 17.1.3-k ja 83.1 §.

²⁵ HolhTI 83.2 §.

²⁶ KKO 1949 II 127 ja KKO 1950 II 142 (päämiehen kuolema), KKO 1980 II 120 ja KKO 1981 II 90 (päämiehen täysi-ikäisyys).

KKO 1949 II 127. Alaikäisen puolesta tehty kiinteistönkauppa julistettiin mitättömäksi, kun kauppaan ei ollut alaikäisyyden aikana hankittu oikeuden lupaa eikä se seikka, että oikeus oli alaikäisen tultua täysikäiseksi hyväksynyt kaupan, tehnyt sitä päteväksi.

KKO 1950 II 142. Holhoojan edustusvallan päättyminen päämiehen kuollessa. Kun holhoojat olivat HO:lle ilmoittaneet, että heidän holhottinsa oli kuollut, he eivät enää sen jälkeen olleet oikeutettuja käyttämään jutussa puhevaltaa eikä HO:n sen vuoksi olisi pitänyt antaa heille osoitusta muutoksen hakemiseen.

Edunvalvojalla ei ole kelpoisuutta tehdä päämiehen puolesta korostuneen henkilökohtaisina pidettäviä oikeustoimia.²⁷ Päämiehen erityistestamentin määräämän omaisuuden luovuttamista muulle kuin testamentissa mainitulle saajalle voidaan tietyissä olosuhteissa pitää asiallisesti testamentin peruuttamisena.²⁸ Edunvalvojan disponointi tekee päämiehen viimeisen tahdon tältä osin tyhjäksi. Tämän vuoksi testamentatun omaisuuden luovuttamiseen pitää olla pakottava syy. Pakottavana syynä voidaan pitää esimerkiksi päämiehen elintärkeän hoidon rahoittamista. Päämiehen itsemääräämisoikeus ja viimeisen tahdon kunnioittaminen puoltavat sitä, että erityistestamenttimääräyksen tarkoittaman omaisuuden luovutuksiin suhtaudutaan torjuvasti. Päämiehen varaintarve tulisi tyydyttää ensisijaisesti realisoimalla muuta kuin erityistestamentilla määrättyä omaisuutta.

Tällaisessa tilanteessa edunvalvojan kelpoisuuden puute kohdistuu korostuneen henkilökohtaisena pidettävän aineellisen oikeustoimen tekemiseen. Kelpoisuuden puute ei sen sijaan koske edunvalvojan kelpoisuutta toimia luvan hakijana. Tällaisessa tilanteessa hakemus voitaneen tutkia, joskin se on vaarassa tulla hylätyksi.²⁹

Luvan myöntämisessä pitää ottaa huomioon myös suhteellisuusperiaate hyvän hallinnon oikeusperiaatteena.³⁰ Tällöin viranomainen mitoitaa toimin-

²⁷ Ks. tältä osin ei-tyhjentäväksi tarkoitettua HolhTI 29.3 § ja Helin 2001 s. 1086–1088.

²⁸ Korkeimman oikeuden muuhun asiaan liittyvän ennakkopäätöksen KKO 1997:52 perusteluissa tulkittiin PK 11:4 §:n nojalla erityistestamentin määrätyn omaisuuden luovutus testamentin peruutukseksi.

²⁹ Holhousviranomaisen lupa ei korjaa edunvalvojan kelpoisuuden puutetta, ks. KKO 1999:24.

³⁰ Hyvän hallinnon oikeusperiaatteista ks. HL 2. luku, suhteellisuusperiaatteesta ks. Mäenpää 2003 s. 93–95.

tansa sellaiselle vähimmäistasolle, jolla saadaan aikaan tarvittava vaikutus. Testamentatun omaisuuden luovutus edellyttäneen tällöin, ettei päämiehellä ole muuta realisoitavissa olevaa omaisuutta hoidon rahoittamiseksi. Mitä etäämmäksi tällaisesta tilanteesta joudutaan, sitä selvemmin kyse on asiallisesti testamentin peruuttamisesta. Niin edunvalvojan kuin holhousviranomaisenkin on suositeltavaa olla selvillä päämiehen tekemän testamentin sisällöstä, jotta päämiehen tahtoa voitaisiin noudattaa mahdollisimman pitkälle.

Toisinaan henkilö, jota vasta ollaan hakemassa edunvalvojaksi tai edunvalvojan sijaiseksi, toimittaa jo tällaisen määräämistä koskevan hakemuksen liitteenä myös lupahakemuksen. Voiko holhousviranomaisen tällaisessa tilanteessa, jossa edunvalvojaa ei vielä ole määrätty, ottaa tällaisen tavallaan ehdollisen lupahakemuksen käsiteltäväkseen? Tällaisessa tilanteessa henkilö, joka ei ennestään ole edunvalvonnassa, saattaa tehdä hakemuksen itselleen määrättävästä edunvalvojasta. Toisaalta kyseessä saattaa olla tilanne, jossa jo toimiva edunvalvoja hakee itselleen sijaista tilanteessa, jossa hän on tilapäisesti estynyt tai esteellinen hoitamaan edunvalvojan tehtäväänsä. Tällöin luvan hakijana toimii sijaiseksi esitetty henkilö.

Hallintolain 25 §:ssä säädetään asioiden yhdessä käsittelemisestä, jos ne vaikuttavat merkittävästi toisiinsa. Edunvalvojan määräämistä koskeva päätös vaikuttanee merkittävästi lupahakemuksen ratkaisemiseen. Asioilla on selvä intressiyhteys, ja yhdessä käsitteleminen keskittää ja nopeuttaa hakemusten käsittelyä. Asioiden valmisteleminen yhdessä ja niiden ratkaiseminen samalla kertaa on myös hallinnon palveluperiaatteen mukaista.³¹ Lupaa koskevan hakemuksen voitaisiin näin katsoa hakijalegitimaation kannalta tulevan asianmukaisesti vireille samalla hetkellä, kun edunvalvoja määrätään.

Muodostaako edunvalvojan määräämistä koskevan päätöksen lainvoiman puuttuminen hakijalegitimaation kannalta menettelyllisen esteen lupa-asian yhtäaikaistulle ratkaisemiselle? Edunvalvojan määräämistä koskevaan päätökseen, jonka holhousviranomaisen tekee, ei saa hakea muutosta valittamalla muussa kuin sellaisessa tapauksessa, ettei hakija hakemusta tehdesään kyennyt ymmärtämään asian merkitystä. Muutoksenhakuoikeuden kannalta ei lain sanamuodon mukaan ole merkitystä sillä, toimiiko holhousviranomaisessa hakijana potentiaalinen päämies vai jo toimiva edunvalvoja.³²

³¹ Hallinnon palveluperiaatteesta ks. Mäenpää 2003 s. 98–101.

³² HolhTI 13.2 §:n viittaus 13.1 §:ään, joka viittaa 12 §:ään.

Holhoustoimesta annetun lain 13.2 §:n tarkoituksena lienee viitata ainoastaan lain 12 § 1. ja 2. momenttiin, joissa säännellään potentiaalisen päämiehen itse tekemästä holhousviranomaisen puuttuvaan toimivaltaan perustuvasta muutoksenhausta. Puuttuvaan toimivaltaan perustuvaa muutoksenhakua ei lain sanamuodosta huolimatta liene tarkoitettu käytettäväksi jo toimivan edunvalvojan hakiessa sijaisen määräämistä itselleen. Koska tällainen tilanne on käytännöllä vieras, holhousviranomaisella lienee toimivalta tutkia edunvalvojan sijaisen määräämistä koskevan hakemuksen kanssa yhtäaikaan vireillä oleva lupa-asia, vaikka sijaisen määräämistä koskeva päätös ei olekaan holhousviranomaisen toimivallan osalta muodollisesti lainvoimainen ja sellaisena välittömästi noudatettava.

Sen sijaan ensiksi mainitussa tilanteessa lienee perustellumpaa katsoa, että potentiaalisen päämiehen itse tekemästä hakemuksesta annettu lainvoimaa vailla oleva edunvalvojan määräämistä koskeva holhousviranomaisen päätös muodostaa menettelyllisen esteen lupa-asian tutkimiselle.³³

Kuopion hallinto-oikeus on päätöksellään 4.10.2001, no 611/1, dnro 00649/01/5900 kumonnut holhousviranomaisen 23.3.2001 tekemän päätöksen edunvalvojan määräämistä koskevassa asiassa. Hallinto-oikeus katsoi, ettei holhousviranomaisella ollut ollut toimivaltaa määrätä edunvalvojaa, koska päämies ei ollut suostunut edunvalvojan määräämiseen. Tapauksessa holhousviranomainen ei ollut määrännyt päätöstään heti noudatettavaksi, eikä hallinto-oikeus ollut antanut täytäntöönpanoa koskevaa määräystä. Edunvalvoja toimi tehtävässään yli puoli vuotta lainvoimaa vailla olevan päätöksen nojalla.

Lupahakemuksen kohde

Lupa-asian tunnistaminen on tulkinnanvaraista, eikä luvanvaraisten ja lupaa edellyttämättömien oikeustoimien raja ole yksiselitteinen.³⁴ Hakemuksesta pitää käydä jollakin lailla ilmi se, että se on tarkoitettu käsiteltäväksi lupahakemuksena.³⁵ Kaikki jollakin lailla lupa-asiaksi katsottavat hakemukset tulevat vireille ja niitä aletaan käsitellä. Pääasiaratkaisu annetaan kuitenkin

³³ Holhouslain aikaisen tilanteen osalta ks. Kangas 1987 s. 110.

³⁴ Luvanvaraisista oikeustoimista yleisesti ks. edellä av. 1.

³⁵ HL 16 §.

vain välttämättömät hallintomenettelyn edellytykset täyttäviin hakemuksiin.³⁶ Lupaa haetaan toisinaan esimerkiksi velan tekemiseen³⁷, julkisesti noteeratujen yhtiöiden osakkeiden hankintaan tai luovutukseen, noteeraamattomien yhtiöosuuksien luovutukseen tai pesänselvittäjän tekemään kiinteistönluovutukseen pesässä, jossa on edunvalvonnassa oleva osakas, ja muihin lupaa edellyttämättömiin oikeustoimiin.

Holhousviranomaisella ei ole toimivaltaa myöntää lupaa oikeustoimiin, jotka eivät ole luvanvaraisia. Lupahakemus jää siten tutkimatta, jollei se suoranaisesti koske holhoustoimesta annetun lain 34.1 §:ssä mainittua luvanvaraista oikeustointa.

Lupia haetaan myös sukupolvenvaihdostyyppisiin järjestelyihin, jotka saattavat sisältää paitsi kokonaan vastikkeettomia, myös alihintaisia luovutuksia. Edunvalvojalla ei ole kompetenssia lahjoittaa päämiehen omaisuutta,³⁸ eikä holhousviranomaisella ole toimivaltaa myöntää lupaa tällaiseen oikeustoimeen. Siten kokonaan vastikkeettomia oikeustoimia koskevat hakemukset pitäisi holhousviranomaisen toimivaltaan kuulumattomina jättää tutkimatta. Alihintaisia disponointeja koskevat hakemukset voitaneen tutkia, mutta ne ovat vaarassa tulla hylätyiksi.

On syytä kuitenkin muistaa, että hyvään hallintoon kuuluu tarpeettoman formaalisuuden välttäminen. Holhousviranomaisen on varattava hakijalle tilaisuus täydentää hakemusta; vain korjaamattomat tai täydentämättä jätetyt vakavat puutteellisuudet johtavat hakemuksen tutkimatta jättämiseen tai sen hylkäämiseen.³⁹

Toisinaan jakotoimitus saattaa sisältää aineksia useammista oikeustoimista. Osituksessa tai perinnönjaossa tapahtuvat disponoinnit, joissa käytetään muita kuin jaettavissa olevia varoja, muodostuvat asiallisesti vastikkeelliseksi, lunastustyyppiseksi oikeustoimiksi.⁴⁰ Tällainen disponointi edellyttää ositusta tai perinnönjakoa koskevan luvan lisäksi lupaa mahdollisesti muuna luvanvaraisena oikeustoimena.

³⁶ Hallintomenettelyn edellytyksistä ks. Merikoski 1968 s. 91, terminologiasta ks. Lappalainen 1995 s. 54.

³⁷ Velan tekemisellä tarkoitetaan tässä yhteydessä luottokauppaa eli vastikkeen suorittamista vastapuolen suorituksen jälkeen. Luvanvarainen lainan ottaminen tarkoittaa sitä, että päämies saa oikeuden nostaa konkreettisia rahavaroja käyttöönsä.

³⁸ HolhTl 32.1 § ja Helin 2001 s. 1078

³⁹ HL 22.

⁴⁰ Rautiala 1986 s. 72–73.

KKO 1989:55. Holhooja oli alaikäisten lastensa puolesta tehnyt perinnön- jaossa sopimuksen, jolla hän luovutti lastensa osuudet kuolinpesään kuuluneista maa- ja metsätalouskiinteistöistä eräälle toiselle osakkaalle tämän pesän ulkopuolisilla varoilla maksamaa rahakorvausta vastaan. Pesänjakaja hyväksyi perintökaaren 23 luvun 7 §:n nojalla sopimuksen lasten edun mukaisena. Kun kysymyksessä oli vastikkeellinen kiinteistön luovutus, oli siihen holhouslain 39 §:n 1 kohdan mukaan saatava holhousoikeuden lupa. (Ään.)

Lupa-asian vireille panemiseksi ei ole säädetty varsinaista määräaikaa. Edunvalvojalla on kuitenkin vielä oikeustoimen tehtyäänkin eksklusiivinen mahdollisuus harkita luvan hakemista.⁴¹

KKO 1929 II 606. Kiinteistön ostajalla ei ollut oikeutta saattaa kysymystä holhouksenalaisen omistaman kiinteistön kaupan hyväksymisestä holhoustuomioistuimen ratkaistavaksi.

Jos lupahakemuksen kohteena olevan oikeustoimen tekemisestä on kuitenkin ehtinyt kulua jo pitkä aika, tällä saattaa olla materiaalisia vaikutuksia päätöksen sisältöön. Lisäksi viivyttely voi joissakin tapauksissa konstituoida edunvalvojalle vahingonkorvausvelvollisuuden.

KKO 1954 II 89. 31.8.1954. Myytyään alaikäisille kuuluvaa kiinteää omaisuutta holhooja oli pätevältä syyttä yli kolmen vuoden ajan viivyttellyt pyytää kauppaan oikeuden hyväksymistä, mistä oli johtunut, ettei oikeus ollut, hintatason tällä välin kohottua, hyväksynyt kauppaa. Holhooja veloitettiin korvaamaan ostajalle, joka kauppaehtojen mukaan oli saanut myydyin määrälän heti haltuunsa, myydylä alueella suoritetuista rakennustöistä johtuneet kustannukset. Vrt. *KKO 1978 II 4.*

Toisaalta edunvalvoja voi ennakkollisen luvan saatuaan aina harkita, onko luvan tarkoittaman oikeustoimen tekeminen edelleen päämiehen edun mukaista. Tämä edellyttää, ettei lupapäätöksessä ole edunvalvojan kelpoisuutta tältä osin rajoittavia määräyksiä. Luvan myöntäminen ei velvoita edunvalvojaa tekemään luvan tarkoittamaa oikeustointa.⁴²

⁴¹ Oikeuskäytäntö on tältä osin ollut jossain määrin horjuvaa, ks. Rautiala 1986 s. 74 ja 77 ja siellä mainitut tapaukset. Nytemmin asiasta on selkeä kannanotto HolhTI 36.2 §:ssä.

⁴² Rautiala 1986 s. 77.

KKO 1922 t II 103. KO oli 17.9.1913 antanut suostumuksensa siihen, että vajavaltaisen osuus kiinteistöstä saatiin myydä 3 000 markasta tai sitä suuremmasta summasta, jos vajavaltaiselle lisäksi pidätettäisiin tietynlainen eläke. Holhooja myi tilan 1.2.1915 3 200 markan kauppahinnasta, minkä ohessa vajavaltaiselle pidätettiin kaupan yhteydessä eläke. Uusi holhooja moitti kauppaa mm. sillä perusteella, ettei oikeuden lupa enää ollut voimassa vuonna 1915. KKO (samoin kuin KO, mutta toisin kuin HO) katsoi, etteivät kiinteistöjen arvot olleet nousseet vuodesta 1913 vuoteen 1915 niin paljon, ettei lupa enää voisi olla voimassa, minkä vuoksi KKO hylkäsi kanteen.

Ehdollinen lupa

Voiko holhousviranomainen myöntää luvan ehdollisena? Kysymys on siitä, voiko holhousviranomainen asettaa lupapäätökseen varsinaisen lupaehdon, joka asiallisesti modifioi, täydentää tai rajoittaa lupapäätöstä. Ehto voisi olla esimerkiksi sellainen, että päämiehen on saatava perinnönjaossa osa kaikenlaisesta jäämistöön kuuluvasta omaisuudesta. Varsinainen ehto voisi olla myös sellainen, jonka mukaan ennakkoon haettu lupa on voimassa vain määräajan, esimerkiksi vuoden päätöksen lainvoimaisuudesta lukien. Määräaika estää spekuloinnin luvan kohteena olevan omaisuuden hinnanmuutoksilla.⁴³ Ilman nimenomaista ehtoakaan lupa ei ole kuitenkaan voimassa ikuisesti. Jollei luvassa ole määriteltä määrääkää sen voimassaololle, sen voidaan katsoa olevan voimassa kohtuullisen ajan.⁴⁴

Holhoustoimesta annettu laki ja hallintolaki vaikenivat kokonaan asiasta. Holhousviranomaisen harkintavaltaa ei tältä osin ole täsmennetty tiettävästi muuallakaan lainsäädännössä.⁴⁵ Myönteistä vastausta voidaan perustella sillä, että koska holhousviranomaisella on toimivalta kokonaan hylätä tai hyväksyä hakemus, ei liene estettä sille, että lupapäätökseen liitetään yksi tai useampi ehto.⁴⁶ Kangas⁴⁷ pitää ehtojen liittämistä lupapäätöksiin sinänsä sallittuna, mutta huomauttaa, että oikeustoimen tekemisen jälkeen holhous-

⁴³ Vrt. edellä KKO 1954 II 89 s. 11. Ehtojen luokituksista ks. Mäenpää, Olli: Hallintolupa s. 217–218, 2. p., Vammala 1992.

⁴⁴ KKO 1938 II 637 ja Kangas 1987 s. 111.

⁴⁵ Toimivallasta ehdon asettamisessa ks. Mäenpää 1992 s. 218–245.

⁴⁶ Mäenpää 1992 s. 223.

⁴⁷ Kangas 1987 s. 111.

viranomainen voi vain hyväksyä tai hylätä oikeustoimen. Näin asia epäilemättä onkin, jolleivät osapuolet vapaaehtoisesti suostu muuttamaan oikeustoimen ehtoja sellaisiksi, että holhousviranomainen voi ne hyväksyä.

Oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä⁴⁸ on vakiintuneesti katsottu, että lupaviranomaisella on eräin rajoituksin oikeus liittää lupapäätökseensä ehtoja, vaikka siihen oikeuttavaa nimenomaista toimivaltasäännöstä ei olekaan. Ehdollisen päätöksen pitää kuitenkin kokonaisuutena ja objektiivisesti ottaen olla päämiehen kannalta edullisempi kuin kokonaan hylkäävä päätös. Ehdollisen päätöksen ensisijaisuutta kokonaan hylkäävään päätökseen nähden voidaan puoltaa myös prosessiekonomisin perustein, koska tällöin hakemusta ei välttämättä tarvitse saattaa uudelleen vireille holhousviranomaisessa. On myös todennäköistä, että hylkäävään päätökseen haetaan herkemmin muutosta kuin ehdolliseen päätökseen. Ehdon asettamista voidaan hakijan kannalta pitää kuitenkin säännönmukaisesti ainakin osittain negatiivisena kannanottona, joten hakijaa on tältä osin kuultava. Ehdolliseen päätökseen voi hakea muutosta pelkästään ehdon osalta, joten päätös on myös perusteltava.⁴⁹

KHO 1999:59. Henkilölle, joka on hakenut tavallisen henkilöauton taksilupaa, ei voida häntä kuulematta eikä vastoin hänen suostumustaan myöntää lupaa siten, että siihen sisällytetään vammaisten ja muiden liikuntarajoitteisten kuljettamista tarkoittavia auton rakennetta ja varustusta koskevia ehtoja.

EU:n perusoikeuskirjan 41 artiklan asianosaiskuulemisvelvoitteeseen liittyvän Tubemeuse-päätöksen (1990) mukaan ”kaikissa sellaisissa menettelyissä, joihin ryhdytään henkilöä vastaan ja jotka voivat päättyä tuon henkilön kannalta kielteisesti vaikuttavaan toimeen, on otettava huomioon oikeus tulla kuulluksi. Se on yhteisön oikeuden perustava periaate, joka on taattava myös silloin, kun kyseistä menettelyä määritteleviä sääntöjä ei ole olemassa”.

Varsinaisesta lupaehdosta on erotettava osittain myönteinen lupapäätös.⁵⁰ Osittain myönteinen lupapäätös olisi esimerkiksi ehto kiinteistön luovutuksessa, jossa vastikkeen määräksi edellytettäisiin esitetyn 50 000 euron sijas-

⁴⁸ Mäenpää 1992 s. 220 ja siellä mainitut lähteet.

⁴⁹ Mäenpää 1992 s. 211 ja 2005 s. 133–134.

⁵⁰ Osittain myönteisen päätöksen ja lupaehdon erosta ks. Mäenpää 1992 s. 208.

ta 60 000 euroa. Ehdollinen tai osittain myönteinen päätös mahdollistaa lupahakemuksen yksittäistapauksellisten olosuhteiden joustavan huomioon ottamisen. Hakemuksen ehdotonta velvoittamattomuutta puoltaa myös päämiehen edun suojaamista turvaava virallisperiaate.

Holhouslautakunta oli ehdottanut kiinteistön myyntiin suostuttavaksi lasten osalta ehdolla, että kauppahintaa korotettaisiin 20 000 markalla. KO oli kuitenkin hyväksynyt kaupan ilman ehdotettua korotusta. HO palautti asian KO:een, koska KO:n olisi pitänyt päättää asiaa vaatimatta holhouslautakunnalta tarkkaa selvitystä niistä perusteista, joitten nojalla se oli mainitsemallaan ehdolla puoltanut po. kaupan hyväksymistä. (LM 1918 s. 200 selostettu oikeustapaus).

Käytännössä hankala kysymys on se, paljonko ehto voi muuttaa koko hakemuksen identiteettiä. Olennaisen ehdon asettaminen saattaa muuttaa lupapäätöstä niin, ettei se enää olennaisilta osin eheydeltään vastaa lupahakemuksessa tarkoitettua alkuperäistä kokonaisuutta.⁵¹

KHO 1983 A II 151. Hakemuksessa oli pyydetty lupaa sellaisen luonnonravintolammikon rakentamiseen ja käyttämiseen, jonka vedenpinnan ylin korkeus oli N43+28,45 m. Hakijat eivät olleet hyväksyneet hankkeen toteuttamista niin, että sanottu ylin korkeus oli toimitusmiesten ehdottama ja vesioikeuden päätöksessä määrätty N43+29,00 m. Tämä korkeusmääräys muutti hakemuksessa esitettyä hanketta niin oleellisesti, että hakemuksen ei voitu katsoa koskevan luvan saamista mainittua määräystä noudattaen toteutettavalle hankkeelle. KHO kumosi vesioikeuden päätöksen ja palautti asian vesioikeudelle uudelleen käsiteltäväksi.

Muutoksenhaku ja lupapäätöksen tiedoksi antaminen

Ratkaisusta saa yleensä valittaa lähtökohtaisesti ainoastaan asianosainen itse tai hänen valtuuttamansa henkilö. Edunvalvojaa ei voida pitää lupamenettelyn varsinaisena asianosaisena,⁵² mutta on itsestään selvää, että edunvalvojalla on päämiehensä edustajana kelpoisuus valittaa holhousviranomaisen luparatkaisusta. Onko päämiehellä valitusoikeus? Edunvalvontajärjestelmään

⁵¹ Mäenpää 1992 s. 211.

⁵² Ks. edellä s. 172 ss.

on sisäänrakennettu toimintakelpoisuudeltaan rajoittamattoman päämiehen ja edunvalvojan lähtökohtaisesti rinnakkainen kompetenssi. Tämä kompetenssi ilmenee muun muassa rinnakkaisena muutoksenhakulegitimaationa. Lupamenettelyn varsinainen asianosainen on päämies, jonka oikeuksia perustetaan, muutetaan tai kumotaan. Muutoksenhakuvaiheessakin asianosaisasema määrittäyty aineellisen lainsäädännön pohjalta.⁵³

Se, joka on oikeustoimikelpoinen, on yleensä myös oikeudenkäyntikelpoinen.⁵⁴ Oikeudenkäyntikelpoisuus tarkoittaa asianosaskelpoisen subjektin kykyä itse ”ajaa asiaansa” ja käyttää oikeudenkäynnissä puheoikeuttaan.⁵⁵ Vaikka päämies ei voikaan tehokkaasti vaikuttaa edunvalvojan vireille paneman lupa-asian käsittelyyn, päämiehellä on asianosaisasemansa ja oikeudenkäyntikelpoisuutensa perusteella katsottava olevan oikeus hakea itsenäisesti muutosta holhousviranomaisen lupa-asiaa antamaan ratkaisuun.⁵⁶

Holhousviranomaisen on syytä antaa myönteiseenkin päätökseen muutoksenhakuohjaus, koska muutoksenhakua ei normitasolla ole kielletty.⁵⁷ Jos edunvalvoja hakisi muutosta hakemuksen mukaiseen päätökseen, jolla hän on saanut kaiken vaatimansa, voitaisiin katsoa, ettei hänellä ole asiassa oikeussuojan tarvetta eli oikeudellista intressiä hakea muutosta.⁵⁸ Tällainen muutoksenhakemus jätettäisiin tutkimatta.⁵⁹ Edunvalvoja voinee kuitenkin hakea muutosta ehdolliseen päätökseen ehdon osalta. Edunvalvojan vaatimukset hyväksyvä ratkaisu saattaa kuitenkin olla päämiehen etujen vastainen. Tällaisessa tilanteessa päämiehelle syntyy muutoksenhakua koskeva oikeussuojan tarve.

Päämies voi siten itsenäisesti hakea muutosta päätökseen, jolla holhousviranomaisen on hyväksynyt edunvalvojan hakemuksen. Tällaisessa tilanteessa edunvalvojalla ei ole oikeudellista intressiä hakea muutosta, mutta häntä on tarvittaessa kuultava.⁶⁰ Millainen menettelyllinen tilanne syntyy, jos hallinto-oikeus osittain tai kokonaan hyväksyy päämiehen valituksessaan esittämät vaatimukset?

⁵³ HLL 6.1 §.

⁵⁴ Lappalainen 1995 s. 268 ja Merikoski 1968 s. 321.

⁵⁵ Lappalainen 1995 s. 266

⁵⁶ HLL 18a.1 §.

⁵⁷ HL 47 §.

⁵⁸ Merikoski 1968 s. 231–233 ja s. 261 ja Mäenpää 2005 s. 270–271.

⁵⁹ Tutkimatta jättämisestä ks. Lappalainen 1995 s. 50.

⁶⁰ HLL 19 §.

Edunvalvojalla lieene vuorostaan oikeus hakea muutosta päätökseen siltä osin kuin hallinto-oikeus on hyväksynyt päämiehen esittämät vaatimukset. Vaikka tällaisessa tilanteessa päämies vuorostaan on saanut vaatimuksiinsa hallinto-oikeuden myönteisen päätöksen, hänelle syntyisi muutoksenhaku-intressi, jos edunvalvojakin hakisi hallinto-oikeuden päätökseen muutosta. Päämiehellä ei vastaavasti tällaisessa tilanteessa liene oikeutta hakea muutosta hänen vaatimuksensa hyväksyneeseen päätökseen, mutta häntä on kuultava. Tällöin päämies ja edunvalvoja olisivat puhevaltaa käyttäessään eri mieltä päämiestä koskevasta prosessitoimesta eli siitä, haetaanko hallinto-oikeuden päätökseen muutosta korkeimmalta hallinto-oikeudelta.

Kun päämies on täysivaltainen, on lähtökohtana pidettävä sitä, että asia tutkitaan ja ratkaistaan päämiehen prosessitoimien pohjalta, jos hän kykenee ymmärtämään asian merkityksen.⁶¹ Muussa tapauksessa tehtäisiin tyhjäksi täysivaltaisen päämiehen oikeus käyttää itsenäisesti puhevaltaansa muutoksenhakuasteessa. Näin ollen päämiehen valituksesta annettu hallinto-oikeuden päätös, jolla päämiehen vaatimukset on hyväksytty, jäänee pysyväksi. Asiallisesti tämä tarkoittaisi sitä, että edunvalvojan muutoksenhakemus jätettäisiin tutkimatta.

Tilanteessa, jossa päämies ei ymmärrä asian merkitystä, hänelle ei ilman erityistä syytä ole kuitenkaan tarpeen määrätä lupa-asian mahdollista muutoksenhakua varten oikeudenkäyntiavustajaa tai edunvalvojaa. Tällaisessa tilanteessa on katsottu päämiehen oikeusturvan kannalta riittäväksi se, että edunvalvoja valvoo päämiehen etua asiassa.⁶²

Päämiehen itsenäiseen muutoksenhakuoikeuteen liittyy läheisesti kysymys siitä, pitääkö holhousviranomaisen antaa lupapäätös tiedoksi edunvalvojan ohella myös lupa-asian varsinaiselle asianosaiselle eli päämiehelle? Hallintolain 54.1 §:n mukaan viranomaisen on annettava tekemänsä päätös viipymättä tiedoksi asianosaiselle ja muulle tiedossa olevalle, jolla on oikeus hakea siihen oikaisua tai muutosta valittamalla. Toisaalta 56.1 §:ssä todetaan, että tiedoksianto yksityishenkilölle toimitetaan henkilölle itselleen tai tämän lailliselle edustajalle. Jos tiedoksiannon vastaanottajalla ja tämän edustajalla on molemmilla oikeus käyttää asiassa puhevaltaa, tiedoksianto on toimitettava kummallekin erikseen. Holhoustoimesta annetussa laissa ei säädellä tiedoksiantamista koskevaa menettelyä.

⁶¹ HLL 18a.1 § ja HE 146/1998 vp s. 80 ja 82.

⁶² Ks. prosessiedustusta koskeva äänestysratkaisu KKO 2004:38.

Valitusaika ja monet muut päätöksen oikeusvaikutukset alkavat vasta tiedoksiantamishetkestä. Jos hyväksytään päämiehen itsenäinen valitusoikeus holhousviranomaisen päätöksestä, holhousviranomaisen pitäisi lain sanamuodon ja rinnakkaisen kompetenssin perusteella antaa päätös tiedoksi sekä edunvalvojalle että asian ymmärtävälle päämiehelle. Tällöin tiedoksiannon oikeusvaikutukset, kuten määräajat, alkaisivat juosta itsenäisesti ja erikseen edunvalvojan ja päämiehen osalta. Lain sanamuodon mukaan tiedoksiantoa yksin edunvalvojalle ei voitaisi pitää riittävänä. Käytännössä näin säännönmukaisesti kuitenkin menetellään. Vallitsevaa epäselvää tilannetta voidaan pitää ongelmallisena päätöksen oikeusvaikutusten, erityisesti lainvoiman ja oikeusvoiman, suhteen.

Tiedoksiantamisen merkitys korostuu tilanteessa, jossa ratkaisu on päämiehen kannalta negatiivinen. Tällaisessa tilanteessa päämiehellä pitää olla tehokas keino reagoida päätökseen hakemalla siihen tarvittaessa itsenäisesti muutosta. Kuulemisvelvoitteen ja toimintakelpoisuudeltaan rajoittamattoman päämiehen itsenäisen muutoksenhakuoikeuden osalta ei ole välitöntä merkitystä sillä, onko holhousviranomaisen luparatkaisu myönteinen vai kielteinen. Tästä syystä holhousviranomaisella on velvollisuus perustella edunvalvojan vaatimukset hyväksyvä myönteinenkin päätös sekä liittää päätökseen muutoksenhakuosoitus.

Oman kysymyksensä muodostaa holhousviranomaisen jatkovalitusoikeus ratkaisusta, jolla sen omaa päätöstä on valitusasteessa muutettu. Viranomaisella ei lähtökohtaisesti ole omaa intressiä asiassa, eikä viranomaisista siten yleensä pidetä hallintoprosessin asianosaisena. Päätöksen tehnyt viranomaisen toimii lähinnä lausuntoja ja selvityksiä antavana osapuolena tai prosessuaalisena vastapuolena sen päätöksestä tehtyä valitusta käsiteltäessä.⁶³ Tilanteessa, jossa muutoksenhakijan valitus on kokonaisuudessaan hylätty tai jätetty tutkimatta, holhousviranomaisella ei ole edes intressiä muutoksenhakuun.⁶⁴ Muussa tapauksessa viranomaisella on valitusoikeus, jos valitusoikeus on viranomaisen valvottavana olevan julkisen edun vuoksi tarpeen.⁶⁵ Holhousviranomaisen edunvalvojiin kohdistuvaa valvontatehtävää voidaan pitää siinä määrin julkisen edun sävyttämänä, että valitusoikeuden sallimista tällä perusteella voidaan pitää perusteltuna.⁶⁶

⁶³ Mäenpää 2005 s. 244–246, Merikoski 1968 s. 330–333, Mäenpää 1992 s. 359–363 ja Tarukannel – Jukarainen 1999 s. 169.

⁶⁴ Mäenpää 2005 s. 291.

⁶⁵ HLL 6.2 §.

⁶⁶ Viranomaisen valitusoikeudesta ks. Mäenpää 2003 s. 335–336. KHO on ennakkopäätöksessään 2004:44 tutkinut holhousviranomaisen valituksen holhoustilin tarkastusta koskevassa asiassa.

Lupapäätöksen perusteleminen

Onko myönteinen, edunvalvojan vaatimukset täysin hyväksyvä lupapäätös perusteltava?⁶⁷ Perusteluvollisuus korostuu erityisesti silloin, kun päätös on yksityisen kannalta kielteinen tai jollain tavoin oikeuksia rajoittava. Tällaisena voidaan pitää myös sellaista myönteistä päätöstä, johon sisältyy yksi tai useampia ehtoja.⁶⁸

Hallintolaissa on annettu mahdollisuus jättää päätöksen perustelut esittämättä, jos se on erityisestä syystä ilmeisen tarpeetonta. Tällainen tilanne saattaa aktualisoitua, ”jos päätöksellä hyväksytään vaatimus, joka ei koske toista asianosaista eikä muilla ole oikeutta hakea päätökseen muutosta”.⁶⁹ Edunvalvojan yksinomaisesta hakijalegitimaatiosta huolimatta edunvalvojaa ei voida kuitenkaan pitää lupa-asian asianosaisena. Asian voi ilmaista niinkin, että edunvalvojan oikeus ja intressi kohdistuvat oikeuteen saada lupa tekemälleen oikeustoimelle, mutta luvan oikeusvaikutukset kohdistuvat välittömästi vain ja yksinomaan päämieheen, jota on pidettävä lupamenettelyn varsinaisena asianosaisena. Edunvalvojalla on lupa-asiaa viime kädessä pelkästään edustuksellinen mandaatti.

Päämiehen muutoksenhakuoikeudesta johtuen lainkohdan jälkimmäinen kään edellytys perustelujen esittämättä jättämiselle sillä perusteella, ettei muilla kuin edunvalvojalla ole oikeutta hakea päätökseen muutosta, ei aktualisoidu. Näin ollen voidaan pitää perusteltuna sitä, että holhousviranomaisen esittää lupa-asiaa perustelut myös edunvalvojan vaatimukset kokonaan hyväksyvässä päätöksessään.⁷⁰ Perusteluvollisuus ja virallistoimintaisuus korostuvat tilanteessa, jossa päämies on häntä kuultaessa ja asian ymmärtäen vastustanut hakemusta. Tällaisessa tilanteessa edunvalvojalla itsellään ei kuitenkaan voida katsoa olevan oikeussuojan tarvetta.

Jos päämies ei ymmärrä lupa-asian merkitystä, hän ei myöskään ole kelpoinen itsenäisesti hakemaan muutosta lupapäätökseen. Tällaisessa tilanteessa voitaisiin periaatteessa katsoa, että edunvalvojan vaatimukset kokonaan hyväksyvässä päätöksessä ei olisi tarpeen esittää perusteluja, koska tosiasiallisesti ei ole olemassa lainkohdan tarkoittamaa toista toimintakykyistä tahoja, joka voisi hakea muutosta holhousviranomaisen pää-

⁶⁷ Myönteisen päätöksen perusteleminen ks. Mäenpää 2003 s. 250 ja 2005 s. 138.

⁶⁸ Ehdollisista päätöksistä ks. edellä s. 180 ss.

⁶⁹ HL 45.2 § 4-k.

⁷⁰ Ks. Mäenpää 1992 s. 213.

tökseen.⁷¹ Toisaalta perustelujen esittämisellä saattaa olla merkitystä esimerkiksi päämiehen mahdollisten seuraajien eduille. Päämiehen ymmärtämättömyyttä ei muutoinkaan voitane pitää asianmukaisena syynä poiketa pääsääntöisestä perustelujen esittämisvelvollisuudesta, joten perustelujen esittämistä voidaan tällaisessakin tilanteessa pitää suositeltavana.

Lupapäätöksen oikeusvaikutukset

Hallintolainkäyttölain 31.1 §:n mukaan päätöstä, johon saa hakea muutosta, ei saa panna täytäntöön ennen kuin se on saanut lainvoiman. Siten päätöksestä tehty valitus siirtää pääsääntöisesti päätöksen täytäntöönpanokelpoisuutta. Täytäntöönpano ei kuitenkaan ole sama asia kuin holhousviranomaisen päätöksen noudattaminen. Holhousviranomaisen lupapäätöstä ei varsinaisesti panna täytäntöön tai edes sellaisenaan noudateta. Luontevampaa lie nee puhua luvanvaraisen oikeustoimen pätevydestä, joka ilmenee sen päämiestä sitovana vaikutuksena. Koska lupa-asiaan saa hakea muutosta, valituksen vireille tulo lykkää luvan kohteena olevan oikeustoimen sitovuutta siihen saakka, kunnes asia on lainvoimaisesti ratkaistu. Sitovuus perustuu pohjimmiltaan sopimusten yleiseen sitovuuteen, jota luvanvaraisten oikeustoimien osalta rajoittaa holhoustoimesta annetun lain 36.2 §.

Käytännössä jotkut holhousviranomaiset ovat hallintolainkäyttölain⁷² nojalla itse määränneet *edunvalvojan määräämistä* koskevan päätöksensä välittömästä noudattamisesta ennen sen lainvoimaisuutta. Kun valitus on tehty, myös valitusviranomaisen voi kieltää päätöksen täytäntöönpanon tai määrätä sen keskeytettäväksi tai antaa muun täytäntöönpanoa koskevan määräyksen.⁷³ Holhousviranomaisen toimivaltaa antaa edunvalvojan määräämistä koskevassa asiassa päätöksen välitöntä noudattamista koskeva määräys on perusteltu sillä, että päätös on päämiehen suojan tarpeen vuoksi luonteeltaan sellainen, että se on pantava täytäntöön heti. Perusteena tälle menettelylle on lisäksi viitattu holhoustoimesta annetun lain 83 §:ssä ilmaistun tuomioistuinten vastaavan määräyksen välittömään noudattamiseen.

Päämiehen akuutilla suojan tarpeella voitaneen joissakin tapauksissa puoltaa holhousviranomaisen toimivaltaa määrätä myös lupa-asiaa koskevan pää-

⁷¹ Mäenpää 2003 s. 250–251.

⁷² HLL 31.2 §.

⁷³ HLL 32.1 §.

töksensä välittömästä noudattamisesta. Vaihtoehtoinen menettely päätöksen välittömäksi noudattamiseksi olisi se, että pyydetäisiin muutoksen hakemiseen oikeutetulta taholta ilmoitus, ettei päätökseen haeta muutosta.

Käytännössä holhousviranomaisen päätökseltä ei suinkaan aina edellytetä lainvoimaisuutta. Toisaalta lieene myös niin, että hallintopäätökset saavuttavat ylipäätään enintään heikon ja suhteellisen lainvoiman. Sama koskee pitkälti lupapäätösten oikeusvoimaa. Edunsvuovien hallintopäätösten lainvoima on kuitenkin negatiivisiin päätöksiin verrattuna selvästi vahvempi. Edunsvuovienkin hallintopäätösten lainvoiman suhteellisuutta on omiaan lisäämään se, että hallinto-oikeudet eivät käytännössä anna ilmoituksia päätösten varsinaisesta lainvoimaisuudesta. Sen sijaan ne ilmoittavat pyynnöstä, ettei päätökseen ole haettu määräpäivään mennessä muutosta. Tämä johtunee pitkälti siitä, ettei hallinto-oikeuksilla voi olla tietoa kaikista muutoksenhakuun oikeutetuista tahoista.⁷⁴

Kuolinpesän varat jaetaan tavanomaisesti osakkaille heti kun lupa on myönnetty. Myös lainhuutoviranomaisen ohjeistuksessa kehotetaan myöntämään lainhuuto vailla selvitystä holhousviranomaisen ”täydellisesti lupahakemuksen mukaisen päätöksen” lainvoimaisuudesta. Poikkeuksena mainitaan tilanteet, joissa hakemus on hyväksytty vain osittain, taikka päätöksessä on asetettu hakemuksesta poikkeavia ehtoja.⁷⁵ Ohjeistus jättää huomiotta päämiehen itsenäisen muutoksenhakuoikeuden.

Muutoksenhaun suspensiivisen vaikutuksen sivuuttamisella saatetaan aiheuttaa peruuttamatonta vahinkoa päämiehen intresseille, koska päätöksen välitön täytäntöönpano saattaa tehdä muutoksenhaun käytännössä hyödyttömäksi.⁷⁶ Tällä tehdään tyhjäksi myös perustuslain 21 §:n turvaama perusoikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisessa muutoksenhakumenettelyssä.

⁷⁴ Myös HL:n 8 luvussa säädetyllä korjaamismenettelyllä voidaan tietyin edellytyksin murtaa hallintopäätöksen lainvoima.

⁷⁵ Mali, Juhani – Laitinen, Hannu – Mähönen, Juhani: Lainhuudatus, erityisen oikeuden kirjaaminen ja kiinnitys s. 52, Tampereen yliopiston täydennyskoulutuskeskuksen opetusmateriaali, Kiinteistökoulutus I–IX 1997–2001.

⁷⁶ Ks. Mäenpää 2005 s. 332.

Balzac, avioehto ja kosto

JOHDANTO

Tämän artikkelin keskeisiä teemoja ovat oikeudellisten ongelmien ajattomuus, riippumattomuus ajasta ja paikasta, ja oikeudellisten aatteiden reseptio. Lähestyn näitä teemoja Balzacin avulla analysoimalla hänen pienoisromaaniaan ”Le Contrat de mariage”.¹ Vaikka teos on kaunokirjallinen, sen draamalliset perusratkaisut ovat puhtaasti oikeudellisia. Erityisesti perhe-, perintö- ja holhousoikeudesta kiinnostunut lukija löytää mielenkiintoisia kysymyksiä romaanin tarinasta. Näiden oikeudellisten ongelmien tuttuus on ainakin pohjoismaiselle lukijalle ällistyttävää. Onko kysymys sattumasta, vai voisiko olla niin, että Ranskan Code Civil vuodelta 1804 on vaikuttanut esikuvana pohjoismaisiin aviovarallisuusjärjestelmiin? Millaisia yhdenmukaisuuksia on nähtävissä romaanissa kuvatun perheoikeuden ja voimassa olevan suomalaisen perheoikeuden välillä? Millä tavalla tavalliset ihmiset voivat hyödyntää oikeudellisia keinoja oman ja perheensä taloudellisen tulevaisuuden turvaamiseksi avioliitossa ja avioliiton jälkeen? Pitäisikö avioliitto-oikeudessa asettaa rajoja sopimusvapauden periaatteelle? Onko avioliiton heikomman osapuolen asema riittävässä määrin turvattu avioliitto-oikeudessa?

Ensін muutama sana Honoré de Balzacista.²

¹ Kirjoitukseni pohjautuu esitelmäni ”On Balzac, Le Contrat de mariage”, jonka pidin Nordic Network for Law and Literature -verkoston järjestämässä seminaarissa Oñatissa 30.3.–2.4.2006. Kirjoitukseni lähde on teos Balzac, Honoré de: Le Contrat de mariage précédé de Une double famille et suivi de L’interdiction. Éditions, Gallimard, 1973. Käännös englannista suomeksi on minun tekemäni. Suomenkielisen tekstin viimeistelyssä olen saanut apua professori Urpo Kankaalta. Kiitän häntä lämpimästi saamastani avusta.

² Balzacin elämäkertatiedoista ks. lähemmin Zweig, Stefan: Balzac, Le roman de sa vie. Traduit de l’allemand par Fernand Delmas. Bermann Fischer Verlag A.B., Stockholm, 1946. Édi-

Balzac syntyi 20.5.1799. Vuosina 1815–1819 hän luki lakia ja työskenteli kahdessa lakiasiaintoimistossa. Vuonna 1819 hän pyysi vanhemmiltaan luvan saada keskeyttää lakimiesuransa. Balzac vaati vanhempiaan suostumaan siihen, että hän saisi ryhtyä kirjailijaksi. Pyyntö järkytti hänen vanhempiaan, erityisesti hänen äitiään, jonka kanssa Balzacilla oli hankala suhde. Balzac velkaantui pahasti toimiessaan kirjankustantajana (1825), kirjanpainajana (1826) ja kirjasinvalimon omistajana (1827). Balzacin elämän loppupuolella hänen äitinsä otti hoitaakseen hänen suuret velkansa.

Sekamelskaisen elämänsä aikana Balzacilla oli monta naissuhdetta. Elämänsä loppupuolella hän solmi avioliiton unelmiensa prinsessan – madame Hanskan – kanssa, joka oli varakas leski Ukrainasta. Balzac alkoi kirjoittaa novelleja ja romaania noin vuonna 1817 ja kirjoitti elämänsä loppuun asti. Balzac myötävaikutti myös aktiivisesti tekijänoikeutta koskevan lainsäädännön kehittämiseen kirjailijoille myönteisempään suuntaan. Balzac kuoli 18.8.1850.

Balzacia voi varauksetta kutsua suureksi kirjailijaksi.³ Hän oli taitava ihmisten tarkkailija ja ymmärsi hyvin yhteiskunnallista todellisuutta. Balzac käsitti jo lakimieskoulutuksensa vuoksi selkeästi sen, miten lait vaikuttavat ihmisten elämään. Hän ei ollut romantikko, vaan pikemminkin naturalisti ja realisti. Hän halusi romaaneissaan kuvata ihmisiä sellaisina kuin he ovat – itsekkäinä, epärehellisinä ja ahneina. Mutta ei pääsääntöä ilman poikkeusta. Balzacin päähenkilöiden joukossa on myös idealistisia yksilöitä, kuten esimerkiksi Paul de Manerville romaanissa *Le Contrat de mariage*. Balzacin romaaneissa idealistiset henkilöt päättyvät usein manipulatiivisten henkilöiden uhreiksi.

Artikkelin teeman kannalta on tarpeellista kuvata muutamin sanoin sitä yhteiskuntaa, jossa Balzac eli. Ranska koki monenlaisia yhteiskunnallisia vaiheita 1700-luvun loppupuolella ja 1800-luvun alkupuolella: Bourbonien aikakausi (–1789), vallankumouksen vuodet (1789–1792), ensimmäinen tasavalta (1792–1803), ensimmäinen keisarikunta (1804–1814, 1815), restauraation aika (1814–1830), heinäkuun monarkia (1830–1848), toinen ta-

tions Albin Michel, 1950, pour la traduction française. Jäljempänä käyttämäni ammattinimikkeet ”kirjankustantaja”, ”kirjanpainaja” ja ”kirjasinvalimon omistaja” olen poiminut edellä mainitun teoksen suomennoksesta: Zweig, Stefan: Balzac, Suuren kirjailijan elämä. Suomentanut Olli Nuorto. Kaupparehti Oy:n Kirjapaino, Helsinki, 1948, s. 101.

³ Balzacin romaaneista monet käsittelevät ihmisten oikeudellisia ongelmia. Balzacin tuotannon tätä puolta on tarkemmin tarkasteltu väitöskirjassa Saint-Germès, Madeleine: Balzac considéré comme historien du Droit. Besançon, Imprimerie de l’Est, 1936.

savalta (1848–1851) ja toinen keisarikunta (1852–1870).⁴ Ranskan poliittisen kehityksen suurena muutostekijänä oli 1700-luvulla alkunsa saanut valistus – *siècle des lumières*. Tästä ajattelutavan muutoksesta alkoi eurooppalaisten valtioiden nykyaikaistuminen.⁵ Ranskassa tärkeitä virstanpylväitä olivat Ihmisoikeuksien julistus vuodelta 1789 ja Code Civil vuodelta 1804. Vapauden, veljeyden ja tasa-arvon poliittisista ideaaleista tuli ranskalaisen yhteiskunnan oikeudellisen ja taloudellisen kehityksen johtavia periaatteita.

ROMAANIN JUONI

Balzacin pienoisromaani ”Le Contrat de mariage” ilmestyi vuonna 1835. Romaanin tapahtumat sijoittuvat vuosille 1821–1827. Ranskan historiassa tuota ajanjaksoa on tapana nimittää restauraatioksi. Romaani on mainio esimerkki oikeudellisten aiheiden käsittelystä kirjallisuudessa. Se kertoo tarinan siitä, miten luonteeltaan manipulatiivinen madame Évangélista käyttää oikeudellisin keinoin hyväkseen luonteeltaan idealistista kreivi Paul de Manervilleä.

Paul de Manerville on varakas nuori mies, joka haluaa mennä naimisiin. Vietettyään muutamia vuosia ulkomailla ja Pariisissa hän muuttaa maatilalleen Bordeaux’hon. Paul on saanut maatilalan perintönä vuonna 1813 kuolleelta isältään.

Paul rakastuu nuoreen ja kauniiseen Natalie Évangélistaa, madame ja monsieur Évangélistan tyttäreeseen. Monsieur Évangélista oli varakas kauppias, joka on kuollut vuonna 1813 jättäen jälkeensä suuren perinnön tyttärelleen. Natalie on alaikäinen ja ikänsä vuoksi kykenemätön hallitsemaan perimäänsä omaisuutta. Madame Évangélista Natalien lakimääräisenä holhoijana vastaa Natalien perinnön hoitamisesta. Myös Évangélistan perhe asuu Bordeaux’ssa.

⁴ Ranskan historiaa koskevat tiedot olen poiminut kirjasesta: Mathiex, Jean: Histoire de France. Hachette Livre, Paris, 1996. Aikakausien suomenkieliset nimet olen ottanut Facta Wsoy Tietopalvelun Internet-sivuilta <http://www.facta.fi/> (19.6.2006).

⁵ Ks. esimerkiksi Wieacker, Franz: A History of Private Law in Europe. Clarendon Press, Oxford, 1995. Sivulla 249 Wieacker toteaa: ”...the Enlightenment was a moral, ultimately religious breakthrough to a new attitude to life, which was to produce a vast change in public thought and enormous reforms in public life.”

Leskivaimo madame Évangélista on tottunut elämään ylellistä elämää ja hän on totuttanut myös Natalien tuhlailevaan elämäntapaan. Monsieur Évangélistan kuoleman jälkeen madame Évangélistalla ei ole ollut omia tuloja. Hän on käyttänyt melkein koko Natalien perinnön heidän jokapäiväiseen elämäänsä. Madame Évangélista ei ole tehnyt perukirjaa miesvainajansa omaisuudesta, eikä myöskään laatinut lain edellyttämiä holhoustilejä Natalien omaisuuden hoidosta.

Paul pyytää tättään puhumaan madame Évangélistan kanssa toiveestaan saada solmia avioliitto Natalien kanssa. Madame Évangélista suhtautuu asiaan myönteisesti. Paulin tati ymmärtää heti madame Évangélistan tukan tilanteen. Tati neuvoo Paulia tekemään avioehdon ja käyttämään de Manervillen suvun vanhaa luotettavaa perhelakimiestä – notaari Mathiasta – apunaan avioehdon kirjoittamiseen liittyvissä oikeudellisissa ongelmissa. Madame Évangélista ei pidä ajatuksesta, mutta ei myöskään voi kieltäytyä siitä huonon neuvotteluasemansa vuoksi ja niin hän sanookin, että hänkin tulee käyttämään heidän perheensä omaa lakimiestä. Madame Évangélista valitsee nuoren lakimiehen, notaari Solonet’n edustamaan Natalieta avioehdon sisältöä koskevissa neuvotteluissa. Madame Évangélista vaatii, että Natalie saa solmia avioliiton rajoittamattomin oikeuksin.

Avioehtosopimusneuvotteluihin osallistuvat Paul ja Mathias sekä Natalie, madame Évangélista ja Solonet. Mathias ymmärtää välittömästi, miten tärkeitä on ryhtyä toimenpiteisiin Paulin omaisuuden suojelemiseksi tuhlailevan elämäntyylin omaksunutta madame Évangélistaa ja hänen kevytmielistä tytärtään vastaan. Mathias välittää Paulille tiedon taloudellisten turvatoimenpiteiden tärkeydestä. Madame Évangélista ymmärtää, että Mathias on huomannut hänen ongelmansa ja että Mathias on kertonut Paulille Évangélistan perheen ongelmista. Madame Évangélista kokee tulleen syvästi loukatuksi. Tästä saa alkunsa madame Évangélistan syvä viha Paulia kohtaan. Solonet ymmärtää, että madame Évangélista pyrkii järjestämään Paulin sellaiseen asemaan, että hän tavalla tai toisella saa maksaa madame Évangélistan ja Natalien elinkulut elämänsä loppuun asti.

Madame Évangélista ei siis suostunut siihen, että Natalien avio-oikeutta rajoitettaisiin. Mathias piti tärkeänä, että kummankin puolison omaisuus luetellaan avioehdossa. Myönnytyksenä madame Évangélistalle Paul suostui vapauttamaan madame Évangélistan velvollisuudesta antaa holhoojan tilit Natalien omaisuuden hoidosta. Natalien avioliittoon tuoma omaisuus koostui pääasiallisesti madame Évangélistan koruista ja rahoista, jotka saatiin madame Évangélistan ja Natalien kodin myymisestä. Paul puolestaan omisti

muutamia maatiloja ja asunnon Pariisissa. Avioehdossa Paul ja Natalie suosivat majorat-säätiön perustamiseen. Merkittävä osa Paulin ja Natalien omaisuudesta tulisi majorat-säätiön omistukseen ehdoin, että omaisuuden tuotto kuuluu Paulille ja tämän kuoltua hänen vanhimmalle pojalleen (primogenituura- eli esikoisoikeus).

Muutama päivä ennen avioliiton solmimista Évangélistan perhe järjestää juhlat. Tarkoitus on, että Paul ja Natalie allekirjoittaisivat avioehdon juuri ennen juhlan alkamista. Tässä tilanteessa madame Évangélista ymmärtää Mathiaksen oveluuden. Hän on raivoissaan Solonet'lle ja syyttää tätä taidottomuudesta. Kääntein seurauksena avioehtoon tehdään lisäys, jonka mukaan Paulin kuollessa vailla miespuolista perijää tai jättäen jälkeensä vain tyttäriä, Natalie saa merkittävän osan säätiöidystä omaisuudesta. Paul ja Natalie allekirjoittivat avioehdon siihen tehdyllä lisäyksellä. Madame Évangélista päättää kostaa Paulille. Avioliiton solmimista edeltävänä iltana hän neuvoo Natalieta olemaan Paulin vaimo, mutta ei hänen rakastajattarensa.

Viisi vuotta myöhemmin Paul tulee käymään vanhan perhelakimiehensä Mathiaksen luona. Paul kertoo, että hän on Natalien tuhlailevan elämäntavan vuoksi joutunut vastuuseen suurista veloista. Hän ei ole pystynyt sanomaan ei Natalien menoille, koska hän rakastaa tätä. Heillä ei ole lapsia. Paul on järjestänyt heille asumuseron (*séparation de corps*) ja omaisuusyhteyden lakkauttamisen (*séparation de biens*). Paul aikoo lähteä pois Ranskasta ja matkustaa siirtomaihin luodakseen siellä uuden varallisuuden. Hän unelmoi palaavansa takaisin Natalien luokse varakkaana miehenä, joka voisi turvata tälle huolettomat päivät tämän loppuelämäksi.

Juuri ennen laivan lähtöä Paul saa kaksi kirjettä, mutta hän ei jaksakaan lukea niitä välittömästi. Hän lukee ne vasta, kun laiva on jo aavalla merellä. Lukiessaan Paul ymmärtää epäonnensa koko laajuuden. Natalie kirjoittaa, että hän on raskaana ja että hänellä ei enää ole tarvetta elää tuhlailevasti. Natalie kertoo aikovansa muuttaa Pariisista Paulin maatilalle Bordeaux'hon ja elää siellä äitinsä kanssa. Paulin paras ystävä Henry de Marsay kirjoittaa ja kertoo Paulille totuuden. Madame Évangélista on käyttänyt Paulia taloudellisesti hyväkseen. Madame Évangélistasta on Solonet'n järjestämin erilaisin oikeudellisin keinoin tullut Paulin päävelkoja. Nataliella on rakastaja nimeltä Félix de Vandenesse. Ensimmäistä kertaa elämässään Paul suuttuu. Hän kysyy itseltään: "Que leur ai-je fait?" (Mitä minä olen tehnyt heille?)

AJATUKSIA ROMAANIN OIKEUDELLISISTA KYSYMYKSISTÄ

Romaanin lukija voi hämmästellä, miten nykyaikaisilta Balzacin romaanissa esille tuomat oikeudelliset kysymykset vaikuttavat. Romaanissa käsitellään lakimiesammatin eettisiä kysymyksiä, tarvetta turvata oma ja perheen taloudellinen tulevaisuus avioliitossa ja avioliiton päättymisen jälkeen, avioliittoon syntyvien lasten etujen turvaamista, holhoustilien tarpeellisuutta, jäämistöjen selvittämistä, perimystä ja velkaongelmien hoitamista.

Lakimiesammatin eettiset kysymykset

Romaani sivuaa lakimiesten toiminnan eettisiä kysymyksiä. Mathias on oikeudellisiin kysymyksiin hyvin perehtynyt rehellinen vanha mies. Hänelle asiakkaan edusta huolehtiminen on asioista kaikkein tärkein. Solonet puolestaan on kunnianhimoinen nuori mies, jonka mielenkiinto suuntautuu rahan tekemiseen. Madame Évangélista pettyy syvästi Solonet'hen, kun hän ymmärtää, että tämä ei ole perehtynyt majorat-säätiöitä koskevaan lainsäädäntöön. Paineen alla Solonet onnistuu saamaan avioehtoon Natalien edun mukaisen lisäyksen (ilman miespuolista perillistä Natalie perii miehensä ja jos on vain tyttäriä, majorat-järjestely on mitätön). Natalien solmittua avioliiton ja ryhdyttyään ylettömään kuluttamiseen, madame Évangélista käyttää Solonet'n järjestämiä bulvaaneja Paulin pahaan velkaannuttamiseen.

Epärehelliset asianajajat olivat vakava ongelma Ranskassa tuohon aikaan, ja vuonna 1843 ongelmaa yritettiin ratkaista säätämällä laki asianajajia koskevasta valvontajärjestelmästä.⁶ Suomessa nykyinen laki asianajajien toiminnan valvomisesta on vuodelta 1958 (asianajajista annettu laki 496/1958). Asianajajaksi voidaan hyväksyä vain rehelliseksi tunnettu lakimies. Suomen Lakimiesliitto on hyväksynyt lakimiehille tarkoitetut eettiset ohjeet (nykyiset ohjeet ovat vuodelta 1995). Lakimiehen on toimittava oikeudenmukaisesti ja tavoiteltava oikeudenmukaista lopputulosta.

⁶ Saint-Germès s. 34.

Miksi madame Évangélistalla on niin vaikutusvaltainen asema?

Vastaus kuuluu: Natalie on alaikäinen. Natalie oli noin 20 vuoden ikäinen kun hän tapasi Paul de Manervillen. Code Civilin mukaan alaikäinen tuli täysi-ikäiseksi kahdennenkymmenennen ensimmäisen elinvuotensa päätyttyä (siis täyttäessään 22 vuotta).⁷ Code Civil määräsi myös, ettei alaikäinen saanut solmia avioliittoa ilman vanhempiensa lupaa.

Lisäksi asiassa oli muitakin vakavia ongelmia. Madame Évangélista ei ollut laatinut perukirjaa edesmenneen puolisonsa monsieur Évangélistan kuolinpesään sisältyneestä omaisuudesta. On mysteeri, miten hän onnistui laiminlyömään tämän velvollisuutensa, koska Code Civilin mukaan kuolinpesien omaisuudesta tuli laatia perukirjaa vastaava luettelo kolmen kuukauden kuluessa vainajan kuolemasta. Myös Mathias oli ymmällään, eikä hän saa vastausta kysymykseensä, mitä paikallinen verotoimisto oli sanonut asiasta. Madame Évangélista on jättänyt lisäksi holhoustilit tekemättä. Leskirouvan laiminlyönti ei kuitenkaan rikkonut lakia, koska lopullinen tili tuli antaa Natalielle itselleen vasta siinä vaiheessa, kun hän tuli täysi-ikäiseksi.

Monsieur Évangélistalla ei ollut ollut vaikeuksia rahoittaa madame Évangélistan ja Natalien yllistä elämää. Monsieur Évangélistan kuoleman jälkeen madame Évangélista ei muuttanut elintapojaan vaan jatkoi yletöntä kulutustaan tyttärensä perimillä varoilla. Natalie oli perinyt isältään noin 3 200 000 frangia. Avioehdon allekirjoittamispäivänä Nataliella oli enää jäljellä noin 120 000 frangia.⁸

Madame Évangélista halusi saada Natalien naimisiin. Paulin kosinta ilahdutti madame Évangélistaa, joka eli pelossa, että kaikki saisivat ennemmin tai myöhemmin tietää hänen tukalasta tilanteestaan. Madame Évangélista onnistui saamaan vapautuksen velvollisuudestaan antaa holhoustilit ja velvollisuudestaan korvata aiheuttamansa vahinko. Paul vapautti hänet allekirjoittamalla avioehdon. Code Civilin mukaan Nataliesta tuli täysi-ikäinen, kun hän solmi avioliiton.

Code Civilin periaatteet kuolinpesän osakkaiden velvollisuudesta laatia perukirja vainajan varoista ja veloista sekä holhoojan velvollisuudesta antaa holhoustilit ja velvollisuudesta korvata aiheuttamansa vahinko sisältyvät

⁷ Code Civil (lakikokoelma vuodelta 1822), artikla 488.

⁸ Le Contrat de mariage s. 199.

myös Suomen lakiin. Vuoden 1965 perintökaari määrää perillisille ja eloonjääneelle puolisolle velvollisuuden laatia perukirja vainajan jälkeen. Perunkirjoitus on pidettävä kolmen kuukauden kuluessa vainajan kuolemasta ja perukirja on annettava verotoimistolle kuukauden kuluessa perunkirjoituksesta. Vanha holhouslaki vuodelta 1898 velvoitti holhoojan vuosittain antamaan tilin hoidossaan olevasta omaisuudesta. Tämä laki kumottiin 1 päivänä joulukuuta 1999 voimaan tulleella lailla holhoustoimesta (442/1999). Holhoustoimesta annetun lain mukaan edunvalvojalla (siis entisellä holhoojalla) on myös velvollisuus antaa päätöstilille silloin, kun hänen tehtävänsä päättyy. Jotta asia hoituisi, laki velvoittaa antamaan päätöstilin holhousviranomaiselle. Uudessa laissa on myös säädetty selkeämmin edunvalvojan velvollisuudesta korvata aiheuttamansa vahinko. Avioliiton solminut alaikäinen pysyy alaikäisenä avioliitosta huolimatta, mutta vapautuu vanhempiensa huollosta. Alaikäiset, siis myös avioliiton solmineet alaikäiset, tulevat täysi-ikäisiksi täyttäessään 18 vuotta. Vuonna 1929 annetun avioliittolain mukaan alaikäinen voi solmia avioliiton vain oikeusministeriön luvalla. Jos alaikäinen haluaa solmia avioehdon, hän tarvitsee siihen edunvalvojansa luvan. Alaikäisen edunvalvojina ovat hänen vanhempansa. Vanhan holhouslain alkuperäisen 16 §:n mukaan alaikäinen tuli täysi-ikäiseksi, kun hän täytti 21 vuotta (*joka ei ole täyttänyt yhtäkolmatta vuotta, olkoon holhottava*). Myöhemmin vanhaa lakia muutettiin osittaisuudistuksilla ja täysi-ikäisyysrajaksi säädettiin 18 vuotta.⁹ Myös uusi holhoustoimesta annettu laki asettaa täysi-ikäisyysrajan 18 vuoteen (2 §).

Aviovarallisuusjärjestelmät ja avioehto

Mathias neuvoa Paulia solmimaan avioehdon, joka korvaa omaisuuden yhteisyyden avioliitossa omaisuuden erillisyydellä. Madame Évangélista kuitenkin vaatii, että Natalien saa solmia avioliiton täysin oikeuksin.¹⁰ Syyksi Madame Évangélista sanoo, että heillä on espanjalaiset juuret, minkä vuoksi Natalien tulee saada solmia avioliitto espanjalaiseen tapaan eli suunnittele-

⁹ Ks. holhouslain 16 §:n muutokset 343/1969 (*joka ei ole täyttänyt kahtakymmentä vuotta on holhouksen alainen*), 457/1976 (*joka ei ole täyttänyt kahdeksaatoista vuotta, on holhouksen alainen*) ja 368/1983 (*vajaavaltainen on henkilö, joka ei ole täyttänyt kahdeksaatoista vuotta*).

¹⁰ Balzac s. 157: ”... dit Solonet à Mathias ... Nous nous marions avec nos droits sous le régime de la communauté ...”.

matta tulevaisuutta etukäteen. Mathias oivaltaa välittömästi, minkä vuoksi ehdotus on tehty. Madame Évangélista haluaa, että Paulin ja Natalien avioliitossa aviovarallisuusjärjestelmänä on omaisuuden yhteisyys. Mathias vastaa, että Paulin ja Natalien avioliitto solmitaan Ranskassa ja ranskalaiseen tapaan. Ranskassa avioliittoon aikovien on aina suunniteltava tulevaisuutensa etukäteen. Ranskalaisen tavan mukaisesti on ryhdyttävä kaikkiin niihin oikeudellisiin järjestelyihin, jotka ovat tarpeen molempien puolisoitten taloudellisen hyvinvoinnin turvaamiseksi avioliitossa. Mathias sanoo: ”...nous faisons les affaires de trois générations.”¹¹

Code Civilin (1804, 1822) pääsääntö on omaisuuden yhteisyys. Karkeasti ottaen tämä tarkoittaa, että aviomiehen ja aviovaimon omaisuudet muodostavat yhden yhteisen omaisuuden (pesän, oikeushenkilön). Kummallakin puolisoilla on yhtä suuri osuus pesän omaisuuteen – 1/2 ja 1/2. Aviomiehellä on yksinomainen oikeus hallinnoida ja edustaa pesää. Toisen puolison kuollessa tai avioerossa omaisuus jaetaan 1/2 ja 1/2.

Avioliittoon aikovilla oli oikeus tehdä avioehto (sopimus) ennen avioliiton solmimista. Sillä määrättiin, että omaisuuden yhteisyyden sijasta puolisoitten aviovarallisuusjärjestelmäksi tulee omaisuuksien erillisuus. Code Civilin mukaan tarjolla oli kaksi vaihtoehtoa: joko ns. dotaali-järjestelmä (vaimon myötäjäiset¹²) tai täydellinen omaisuuksien erillisuus. Dotaali-järjestelmä merkitsi, että vaimo toi omaisuutta avioliittoon. Tämä omaisuus tuli käyttää hänen elatustaan varten. Omaisuus oli hänen, mutta aviomies vastasi sen hallinnoimisesta. Täydellinen omaisuuksien erillisuus tarkoitti sitä, että kumpikin puolisoista piti oman omaisuutensa avioliitossa ja vastasi myös yksin sen hallinnoimisesta.

Suomalainen lakimies tunnistaa tarinasta monta mielenkiintoista oikeudellista kysymystä. Suomessa säädettiin vuonna 1889 laki aviopuolisoiden omaisuus- ja velkasuhteista (AOL). Pääsääntö AOL:ssä oli sama kuin Code Civilissä (1804, 1822): avioliitossa vallitsi omaisuuden yhteisyys. Puolisoiden omaisuudet muodostivat yhden pesän (oikeushenkilön). Molempien osuus (naimaosa) pesässä oli 1/2.¹³ Puolisot olivat yhdessä vastuussa ve-

¹¹ Balzac s. 168 (vapaa käännös: ”...olemme suunnittelemassa kolmen sukupolven hyvinvointia”).

¹² Facta Wsoy Tietopalvelun mukaan myötäjäisillä tarkoitetaan vuoden 1734 lain mukaan omaisuuserää, jonka vanhemmat antoivat lapsensa käytettäväksi tämän mennessä naimisiin – <http://www.facta.fi/>.

¹³ Hakkila, Esko (toim.): Lakiasiaien käsikirja. WSOY, Porvoo, 1938, s. 704.

loista. Miehellä oli yksinomainen oikeus hallinnoida pesän omaisuutta. Kuoleman tai avioeron sattuessa pesä jaettiin pääsääntöisesti 1/2 ja 1/2.

Avioliitossa olevien naisten aseman parantamiseksi Suomessa säädettiin uusi avioliittolaki (234/1929) vuonna 1929.¹⁴ Uudessa laissa aviovarallisuusjärjestelmäksi tuli ns. lykätty yhteisyyden periaate¹⁵ eli suomalaisittain sanottuna avio-oikeusjärjestelmä. Tämä uudistus oli 1800-luvun loppupuolella alkunsa saaneen yhteispohjoismaisen lainvalmisteluyhteistyön tulos.¹⁶

Lykätyn omaisuuden yhteisyyden järjestelmän pääperiaatteet ovat seuraavat. Avioliiton solmimisella puoliset saavat avio-oikeuden toistensa omaisuuteen. Avioliiton aikana avio-oikeudella ei ole oikeudellisia vaikutuksia puolisoiden omaisuussuhteisiin – kumpikin on avioliiton solmimisen jälkeenkin oman omaisuutensa yksinomistaja. Kumpikin puoliso vastaa yksin omista veloistaan. Ositusperusteen syntyhetken jälkeen täydellinen omaisuuden erillisyyss- ja velkojen erillisyyss häivytetään toimittamalla omaisuuden ositus. Osituksessa kumpikin puoliso voi vaatia avio-oikeuden toteuttamista. Asia voidaan havainnollistaa seuraavalla esimerkillä. A ja B ovat avioliitossa keskenään. A omistaa 1 000 euroa ja B 2 000 euroa. He panevat avioeroasian vireille käräjäoikeudessa ja saavat oikeuden toimittaa osituksen. Lainmukaisessa osituksessa kummallakin on oikeus saada 1 500 euroa ($1\,000 + 2\,000 : 2 = 1\,500$); koska B on varakkaampi, hänen on maksettava tasinkona A:lle 500 euroa. A:n ja B:n 1 500 euron suuruista laskennallista erää kutsutaan avio-osaksi, siis laskennallisesti katsoen osaksi yhteisestä omaisuudesta. Avio-osan käsitteellä on selkeät juurensa naimaosan käsitteessä.

Puolisoilla on oikeus solmimallaan avioehdolla korvata avio-oikeuspohjainen järjestelmä omaisuuden erillisyyssperiaatteen varaan rakentuvalla järjestelmällä. Avioehto voidaan solmia ennen avioliiton solmimista ja avioliiton aikana. Molempien avio-oikeuden poissulkeva avioehto tarkoittaa, että

¹⁴ Kangas, Urpo: Omaisuuden yhteisyydestä omaisuuden erillisyyteen. Helsingin yliopisto, Helsinki, 1996.

¹⁵ Ilmaisui ”lykätty yhteisyys” antaa virheellisen käsityksen Suomen säädetyin aviovarallisuusjärjestelmän pääsäännöstä, mutta toisaalta se myös antaa hyvän kuvan avio-oikeuden syntytaustasta. Eri valtioiden aviovarallisuusjärjestelmät voidaan karkeasti jakaa kolmeen luokkaan: omaisuuden yhteisyys, omaisuuksien erillisyyss ja lykätty omaisuuden yhteisyys. Viimeksi mainittu periaate on pääsääntönä Alankomaiden, Islannin, Norjan, Ruotsin, Saksan, Suomen, Tanskan ja Quebecin säädetyissä aviovarallisuusjärjestelmissä. Ks. Sivaramayya, B.: *Matrimonial Property Law in India*. Oxford University Press, 1999, s. 7–17.

¹⁶ Pöytäkirjat: *Forhandlingerne paa det Første Nordiske Juristmøde i Kjøbenhavn den 22de–24de August 1872 (1872)* ja *Förhandlingar vid Andra Nordiska Juristmötet i Stockholm den 22–28 augusti 1875 (1876)*.

ositusperusteen synnyttyä toimitetaan ainoastaan puolisoiden omaisuuksien erottelu. Kumpikin pitää omistamansa omaisuuden. Tämä tarkoittaa, että A pitää omistamansa summan 1 000 euroa ja B omistamansa 2 000 euroa. Avioehdolla omaisuuden omistaja voi huolehtia siitä, ettei hänen omaisuutensa avioerossa mene toisen puolison velkojen maksuun. Jos toisella puolisoilla on velkoja, on suositeltavaa, että puolisoit solmivat avioehdon. Syynä on yksinkertaisesti se, että velkaantunut puoliso saattaa hakea avioeroa yksin omaan sen vuoksi, että hän pääsisi eroon veloistaan. Tähän tavoitteeseen hän voisi päästä, jos varakkaampi puoliso olisi velvollinen antamaan hänelle riittävän suuren tasingon.

Esikoisioikeus

Bourbonien aikana – siis ennen vuoden 1789 vallankumousta – Ranskan perimysjärjestelmä pohjautui primogenituura-periaatteelle. Kysymyksessä oli vanhimman pojan esikoisioikeuden varaan rakentuva perimysjärjestelmä. Sukupolven vanhin poika peri suvun koko omaisuuden, mutta sai samalla myös velvollisuuden elättää sukulaisiaan ja vaimoaan.

Vallankumous toi tasa-arvo-periaatteen perimysjärjestelmään. Vuoden 1804 Code Civilin mukaan vainajan kaikilla samaan parenteeliin kuuluvilla jälkeläisillä oli oikeus yhtä suureen osaan vainajan omaisuudesta. Vanha ja uusi aatelisto eivät kuitenkaan kannattaneet uutta tasajaon periaatetta. Jo vuonna 1807 lakia muutettiin siten, että perheiden sallittiin luoda sopimus-oikeudellisten järjestelyjen turvin ikuisia primogenituuria (*majorat*). Ajan kuluessa tasajaon periaatteesta tuli kuitenkin vallitseva ja majoraatit lakkautettiin uudistuksilla 1835, 1849 ja 1905.¹⁷

Suomessa ei ole ollut ranskalaista primogenituuraa vastaavaa järjestelmää. Sen sijaan on perintöoikeudessa ollut ratkaisuja, jotka selkeästi ovat suosineet vainajan miespuolisia jälkeläisiä.¹⁸

¹⁷ Majoraateista ks. Saint-Germès s. 70–78.

¹⁸ Ks. Hakkila s. 820. Vuoden 1734 lain mukaan poika peri kaksi kolmasosaa ja tytär yhden kolmasosan maalla olevasta omaisuudesta, mutta kaupungissa perintö meni heidän kesken tasan.

LOPUKSI

Balzacin *Le Contrat de mariage* -romaanissa kuvaamat ihmisten taloudelliset ongelmat ovat samoja ongelmia, joita nykypäivän ihmisillä on. Myös tänä päivänä on tärkeätä etukäteen suunnitella niin tulevaa verotustaan kuin omaa ja perheensä taloudellista tulevaisuutta avioliitossa ja avioliiton jälkeen.

Vuoden 1804 *Code Civil* tarjoaa oikeudellisia keinoja, jotka ovat samankaltaisia niille oikeudellisille ratkaisuille, jotka löytyvät tämän päivän Suomen perhe- ja jäämistöoikeudesta. Tämä ei ole pelkkää sattumaa. Ranskan *Code Civil* on merkittävästi vaikuttanut suomalaiseseen perhe- ja jäämistöoikeuteen.

Suomalaiset ovat tottuneet ajattelemaan, että lakiemme esikuvana on yleensä ollut ruotsalainen lainsäädäntö. Tämä on sinänsä totta. Suomi oli osa Ruotsin valtakuntaa 1200-luvulta vuoteen 1809. Mainittuna vuonna Suomesta tuli Venäjän keisarikuntaan kuuluva Suomen suurruhtinaskunta. Itsenäinen valtio Suomesta tuli vuonna 1917. Ruotsissa julkaistiin tärkeä yksityis- ja rikosoikeuteen painottuva säädös vuonna 1734.¹⁹ Tämä säädös toimi pitkään sovellettavana lakina Suomessa.

Vaikka käsitys siitä, että suomalainen lainsäädäntö pohjautuu suurelta osin ruotsalaiseen lainsäädäntöön, onkin totta, se on samalla puolittu. Se luo virheellisen mielikuvan siitä, että pohjoismainen lainsäädäntö olisi syntynyt jollakin tavalla itsenäisesti eurooppalaisen oikeuskulttuurin reuna-alueella. Tarkastelua onkin jatkettava syvemmälle ja kysyttävä, mikä vaikutti Ruotsin lakien sisältöön. Tiedämme, että pohjoismaiset lakimiehet ja silloiset Pohjoismaat 1800-luvulla olivat tyytymättömiä avioliittoa koskeviin vanhoihin lakeihin (Ruotsi-Suomessa vuoden 1734 naimiskaareen). Tiedämme myös, että Ruotsi sai uuden kuninkaan Ranskasta, Jean Baptiste Bernadotten (Kaarle XIV Juhana), joka vuodesta 1818 alkaen hallitsi kuninkaana Ruotsia ja Norjaa.

Oliko vuoden 1804 *Code Napoleon* tärkeänä esikuvana, kun Pohjoismaissa 1800-luvun loppupuolella ryhdyttiin valmistelemaan uusia aviovarallisuusjärjestelmää koskevia lakeja? Monet merkit viittaavat siihen. 1800-luvun lakimiehet olivat hyvin perillä eurooppalaisten valtioiden ja erityisesti Ranskan poliittisesta, oikeudellisesta ja taloudellisesta kehityksestä. Valistusajan

¹⁹ Ks. Kekkonen, Jukka: Suomen oikeuden historiallisia kehityslinjoja. Helsingin yliopisto, Helsinki, 1999.

ihanteet olivat tuttuja silloisille lakimiehille. Descartes oli opettanut taidon ajatella analyyttisesti. Kantin mukaan jokainen ihminen oli oma itsenäinen oikeushenkilö, jolla oli omat itsenäiset oikeutensa ja velvollisuutensa. Saksan yhdistyminen vuonna 1871 antoi saksalaisille lakimiehille mahdollisuuden ryhtyä valmistelemaan saksalaista lakien koonnosta (Bürgerliches Gesetzbuch), joka sittemmin annettiin vuonna 1897 ja tuli voimaan vuonna 1900.

Millaisen selityksen Balzac antaa sille, että Madame Évangélista onnistui käyttämään hyväksi Paul de Manervilleä? Ensinnäkin Balzacilla on synkkä ihmiskuva: "Aucun code, aucune institution humaine ne peut prévenir le crime moral qui tue par un mot."²⁰ Avioliiton solmimista edeltävänä iltana madame Évangélista, joka halusi kostaa avioehdon vuoksi, neuvoi tytärtään seuraavasti: Älä rakasta häntä, älä ole hänen rakastajattarensa, ole hänen vaimonsa.

Romaani päättyy siihen, kun Paul kysyy itseltään: Mitä olen tehnyt heille? Natalie saa kreivittären aatelisarvon, omaisuuden ja vapauden. Hän odotti lasta rakastajalleen. Paul ei koskaan ymmärtänyt, mistä kaikessa oli kyse. Hän oli oman idealisminsa uhri.

²⁰ Balzac s. 212 (vapaa käännös: "Mikään laki tai instituutio ei pysty estämään sanoilla tapahtuvaa moraalirikosta.").

Pekka Tuunainen

Perinnöstä luopumisen pätemättömyys sekä vilpittömän mielen suoja

ALUKSI

Kysymyksenasettelu ja aiheen rajaus

Perillinen voi luopua oikeudestaan perintöön sekä perittävän eläessä (PK 17:1) että perittävän kuoltua (PK 17:2a). Tehokkaan luopumisen seurauksena luopujan perintöosa perittävän jäämistöstä jakaantuu sijaantuloperillisten kesken. Yksinkertaistaen perillisten sijaantulojärjestyksestä voi todeta, että jos luopuminen tapahtuu muuten kuin testamentin hyväksymisellä, perittävän eläessä luovuttaessa sijaan tulevat sivuperilliset, ellei muuta selvitystä luopujan tahdosta esitetä, ja perittävän kuoltua sijaan tulevat hänen omat perillisensä niin kuin tapauksessa, jossa luopuja olisi kuollut ennen perittävää.¹

Oikeustoimikelpoinen perillinen saattaisi luopumistahdonilmaisun antamisen jälkeen riitauttaa luopumisensa pätevyysluopumisolosuhteiden perusteella. Perillinen saattaa väittää, että hän on erehtynyt tai häntä on erehdytetty luopumaan oikeudestaan kuolinpesässä jonkin tiedon, kuten sijaantuloperillisen henkilöön tai jäämistön suuruuteen liittyvän seikan, perusteella. Perillisen ollessa ylivelkainen, hän taas saattaa pyrkiä luopumisella ohjaamaan perinnön velkojiansa ulottumattomiin, mutta erehtyy velkavastuutaan tai pakkotäytäntöönpanon uhasta hankkimansa taikka ulkopuolisen antaman tiedon perusteella.

Annettuun tietoon, joka aktualisoi luopumistahdon, liittyy vilpin mahdollisuus. Saatu tieto on voitu ymmärtää väärin perillisen toimesta, eikä väärinkäsitystä korjata, vaikka se tiedonantajan taholta havaitaankin. Toisaalta tietoa on voitu antaa tarkoituksellisesti vääränä, tavoitellen sillä taloudellista

¹ Sijaantuloperimyksestä ks. tarkemmin *Aulis Aarnio – Urpo Kangas: Suomen jäämistöoikeus I*, Helsinki 1999, s. 445–447 ja 452.

etua sijaantuloperillisen ominaisuudessa. Onpa perillinen voitu myös pakottaa luopumaan perinnöstä.

Kuvatunkaltaisissa tilanteissa oikeustoimen tekijällä saattaisi olla mahdollisuus vedota OikTL:n 3 luvun mukaisiin pätemättömyysperusteisiin. Näin siis ainakin, jos kyse olisi kahden osapuolen välisestä sopimuksesta. Vaikka OikTL:n soveltuvuus perhe- ja perintöoikeudellisiin oikeustoimiin onkin kyseenalaistettu², ovat jäämistövarallisuuden siirtymiseen liittyvät oikeustoimet kiistatta varallisuusetuuden siirtymisestä määräilyä, ja oikeuskirjallisuudessa vallitsee varsin laaja yksimielisyys siitä, että pätemättömyys on saatettavissa voimaan myös perhevarallisuus oikeudellisissa oikeustoimissa.³ Ongelma on kärjistynyt lähinnä siihen, voidaanko OikTL:a soveltaa suoraan vai analogisesti.⁴ Lopputuloksen kannalta tällä kysymyksellä ei kuitenkaan ole merkitystä, koska OikTL on joka tapauksessa varallisuus oikeudellinen yleislaki, jota voidaan soveltaa tilanneherkästi. Tehokas pätemättömyysseuraus jäämistövarallisuus oikeustoimissa, kuten luopuminen, on siis mahdollista. Kyseeseen tulevat ennen kaikkea OikTL:n 3 luvun mukaiset pätemättömyysperusteet, mutta luopumisoikeustoimen pätemättömyys myös muulla, kuten edellytysten raukeamisen, perusteella on *prima facie* mahdollista.⁵

Kun pätemättömyyteen on tehokkaasti vedottu, seuraa tätä usein kysymys oikeustoimen edunsaajan luottamuksesta oikeustoimen, ja tarkemmin ottaen sen oikeusvaikutusten, voimassapysyttämiseksi. Kyse on siis oikeustoimen edunsaajan vilpittömän mielen suojasta.⁶ Suomessa on kuitenkin

² Näin mm. Ehdotus laiksi varallisuus oikeudellisista sopimuksista ja muista varallisuus oikeudellisista oikeustoimista, Lainvalmistelukunta (LVK) 1925, s. 12 ja Ruotsin osalta Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. (förslag), 1914, s. 34. Ks. myös *Antti Kolehmainen*: Sopimus ja kuolinpesän hallinto, Helsinki 2006, s. 19.

³ Näin mm. *Kolehmainen* 2006, s. 21; *Ahti Saarenpää*: Perinnön yhteys ja perinnön ennakko, DL 2004, s. 612; *Aarnio – Urpo* 1999, s. 449 av. 51 ja *Pertti Välimäki*: Osituksen sovittelu, Helsinki 1995, s. 328.

⁴ Analogisesta soveltamisesta *Thomas Wilhelmsson*: Om tro och heder i finsk avtalsrätt, Avtalslagen § 33 i rättstillämpningen, OTJP 1978, s. 54 ja 78 sekä LVK 1925:2, s. 2. Ks. myös *Kurt Gönfors*: Avtalslagen, tredje upplagan, Göteborg 1984, s. 21 ja *Kolehmainen* 2006, s. 21.

⁵ *Svend Danielsen*: Arveloven, København 2005, s. 317 ja 315–316. Edellytysten raukeamisesta itsenäisenä pätemättömyysperusteena ks. *Tuula Ämmälä*: Edellytyksen merkityksestä sopimusoikeudessa, teoksessa Juhlaulkaisu Juhani Kyläkallio, Turku 1990, s. 273.

⁶ Pätemättömyydelle on ominaista juuri edunsaajan vilpittömän mielen suojaaminen. Ks. *Tuula Ämmälä*: Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta, Helsinki 1993, s. 41 ja LVK 2/1925 s. 61.

vakiintuneesti tulkittu, että perinnönjakoon saati oikeuteen jakamattomassa kuolinpesässä, joilla kiistatta on varallisuusarvoa, ei voi kohdistaa erityistä luottamusta varallisuusarvon pysymiseksi. Vallitsevan käsityksen mukaan perillisen oikeus saada lain mukainen osa jäämistöstä itselleen omaisuutta jäämistöstä jo saaneiden perillisten tai testamentinsaajien oikeudesta riippumatta on käytännössä poikkeukseton, jos muodolliset edellytykset perintösaannon toteuttamiseksi ovat olemassa.⁷

Mikäli perinnöstä luopuminen todetaan pätemättömäksi, tämän oikeustoimen vaikutukset puolin ja toisin palautuvat oikeustointa edeltävää aikaa vastaavaksi.⁸ Tämän seurauksena sijaantuloperillisen perintöosuus joko pienenee tai hän menettää sen kokonaan, riippuen hänen omasta perillisasemasta suhteessa perittävään, ja jos jäämistö on jaettu, niin jakokin on vaikutukseton, koska perillisellä on oikeus saada osansa kaikenlaisesta jäämistöomaisuudesta. Vain siinä tapauksessa, että perinnönjako on suoritettu lain mukaan ja sijaantuliija on luopujan suoraan alenevaa polvea, uusi perinnönjako ei ole välttämätön: sijaantuliija vain palauttaa saamansa omaisuuden luopujaperilliselle. Näin lopputulos vastaisi uutta jakoa.

Luopumisen pätemättömyydestä seuraava sijaantuloperillisten palautusvastuu johtaa siis tosiasiaissa samaan lopputulokseen kuin sellainen, sinänsä mitättömänä pidettävä jako, jossa osakas on huolimattomuudesta tai tahallisesti jäänyt tai jätetty jaon ulkopuolelle. Kun perinnöstä luopumisen sijaantuloperimyksessä on yhtä lailla kyse jäämistöoikeudellisesti normeeratusta saannosta, mutta joka kuitenkin perustuu luopujaperillisen tekemään itsenäiseen oikeustoimeen, seuraa tästä artikkelini keskeisin kysymys. Voidaanko vilpittömässä mielessä olevan sijaantuloperillisen tai muun mahdollisen edunsaajan luottamusta luopumisoikeustoimen oikeusvaikutuksiin suojata? Ja jos voidaan, niin miten ja millaista suojaa annetaan?

⁷ Perinnönjako vailla oikeudellisia edellytyksiä on mitätön, oikeudellisesti sitä ei ole suoritettu lainkaan eikä jako-osakasta jäämistöomaisuuden edunsaajana ole siksi voitu vilpittömän mielen perusteella suojata jaon peruuntumisen totaalisilta oikeusvaikutuksilta. Asiaa pidettiin lainvalmistelulainneistossa itsestäänselvyytenä. Ks. Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle perintölaiksi 5/1938, s. 127, jossa ehdotettiin sääntely jakovirheiden osalta, mutta sääntelyä pidetään myöhemmin tarpeettomana: ks. Korkeimman oikeuden lausunto esitysehdotuksesta perintölaiksi 1.11.1941, s. 223 ss. Laillisen perinnönjaon edellytyksistä ja jaon ineksisenssistä ks. *Aarnio – Urpo* 1999, s. 690–692. Perillisten tasavertaisuus tulee esiin myös PK 23:11:n perinnöntasoituksessa. Vaikka säännöksessä on kyse perillisten ja perittävän esinevelkojan välisestä epäselvyydestä, kuinka pesään kuulumaton esine palautetaan sen omistajalle, on siinä samalla vahvistettu myös perillisten välinen velvollisuus perinnön tasavertaisen jakautumisen toteuttamiseen. Säännöksestä tarkemmin *Aarnio – Kangas* 1999, s. 719 ja *Martti Rautiala*: Pesänselvitys ja perinnönjako, Porvoo 1968, s. 272.

⁸ *Aulis Aarnio*: Perillisen oikeusasemasta, Porvoo 1967, s. 407.

Artikkelissa en tarkemmin tutki pätemättömyysperusteiden käyttöä tai soveltumista luopumisoikeustoimeen. Tyydyn toteamaan, että pätemättömyys on mahdollista tunnetuilla pätemättömyysperusteilla. En myöskään ota kantaa pätemättömyyden vetoamiseen oikeassa ajassa ja asianmukaisessa forumissa.⁹ Artikkelissa pätemättömyysperusteen olemassaolo ja toisaalta taas edunsaajan perusteltu vilpitoimen mieli oletetaan tehokkaiksi.

PÄTEMÄTTÖMYYSVÄITE PERITTÄVÄN ELÄESSÄ

Väitteen tutkiminen

Mikäli pätemättömyysväite ei johda vapaaehtoiseen oikeustilan palauttamiseen, on luopujan saatettava ennakkoluopumista koskeva asia tutkittavaksi ja ratkaistavaksi käytännössä erillisellä negatiivisella vahvistuskanteella.¹⁰ Käytännössä tuomioissa todettaisiin, että osapuolten välillä ei vallitse oikeussuhdetta, joka perinnöstä luopumisesta seuraisi. Onko perillisellä sitten oikeussuojan tarve saada tällainen vahvistuskanne tutkittavaksi, eli täyttyvätkö prosessin edellytykset ennakkoluopumisen pätemättömyyttä koskevassa asiassa?¹¹

Peruuttamattomana oikeustoimena luopumisen oikeusvaikutus luopujan perintöosan menetykseen, ja lakiosaperilliselläkin vähintään sen supistumiseen, on heti selvillä. Näin ollen perittävän sekä perillisen välinen perimys-oikeussuhde muuttuu ennakkoluopumisen seurauksena. Tätä oikeussuhdetta rasittava pätemättömyys kumoaisi luopumisen oikeusvaikutukset, palauttaen perillisen lakiin perustuvan perintöoikeuden ennalleen. Pätemättömyydellä olisikin selvä oikeudellinen seuraus ennakkoluopumisen perusteella syntyneeseen oikeussuhteeseen. Kyseessä on siis konkreettinen oikeussuhde, jonka

⁹ Pätemättömyyteen on vedottava aktiivisesti kohtuullisessa ajassa. KKO 2003:23 tapauksessa edellytettiin nimenomaan kanteen nostamista kohtuullisessa ajassa. Tapauksesta ja teemasta tarkemmin *Johan Bärlund: Hur och inom vilken tid skall krav på jämkning av en samsjovävittring framställas*, teoksessa *Avtalslagen 90 år Aktuell nordisk rättspraxis*, Stockholm 2005, s. 185 ss.

¹⁰ Vahvistuskanteista pätemättömyyden toteamiseksi ks. *Ämmälä* 1993, s. 121–122.

¹¹ Ennakkoluopumisen pätemättömyys voidaan perustaa OikTL 3 luvun pätemättömyysperusteisiin. Näin KKO 1954-II-20 Ks. myös *O. A. Borum: Arveretten*, København 1950, s. 64 ja *Aarnio* 1967, s. 407, joissa ei kuitenkaan oteta kantaa erilliseen pätemättömyyskanteeseen. Vrt. *Ernst Andersen: Arveret*, København 1967, s. 191.

muuttuminen käsillä olevassa yhteydessä perittävän ja perillisen välillä on oikeudellisen sisältönsä puolesta ratkaistavissa vahvistuskanteella.¹²

Vaikka asia todetuin tavoin olisikin vahvistuskannekelpoinen, on myös varmistuttava siitä kanteen edellytyksestä, että tulevat olosuhteet eivät voi muuttaa vahvistusintressiä, sillä vain muuttumattomana pysyvä vahvistusintressi on mahdollista ratkaista tuomiolla.¹³ Juuri tämä pysyvän vahvistusintressin puuttuminen on oikeuskäytännössä estänyt perimysoikeuteen liittyvien vahvistuskanteiden tutkimisen perittävän eläessä. Esimerkiksi perittävän antaman lahjan selittäminen ennakkoperinnöksi¹⁴ ja testamentin pätemättömäksi julistaminen¹⁵ perittävän eläessä ei ole tuomiolla mahdollista. Ennakkoperinnöstä perittävä voi vapaasti määrätä milloin tahansa, joten tuomion antamisella tämän oikeuden käyttämisestä ei ole tehoa. Toisaalta testamentin pätemättömäksi tuomiolla julistamisestakaan ei ole hyötyä: perittävä voi aina tehdä uuden samansisältöisen testamentin. Ratkaisuista onkin luettavissa se jäämistöoikeudellisesti keskeinen periaate, että oikeus perintöön perittävän eläessä on epävarma odotusoikeus, josta perittävän eläessä ei voi tehokkaasti sopia. Ja tästä taas seuraa, että asiaa ei täytäntöönpanokelpoisella tuomiolla-kaan voi ratkaista.

Vaikka ennakkoluopumisessa on kyse perimysoikeuteen liittyvästä asiasta, se eroaa muista perittävän ja perillisen välisen perimys-oikeussuhteeseen vaikuttavista jäämistöoikeustoimista. Koska luopuminen on yksipuolisesti peruuttamaton, oikeussuhde perittävän ja perillisen välillä on lopullisesti selvä tehokkaan ennakkoluopumisen tapahduttua. Tässä suhteessa perimysosapuolten oikeussuhteen sisältö on määritettävissä yksilöidysti, mikä on vahvistuskanteen ratkaisun edellytys.¹⁶ Toisekseen perittävä voi itseään sitovin tavoin purkaa ennakkoluopumisen oikeusvaikutukset luopujan kanssa siitä sopimalla, eli tosiasiaissa sopia itseään velvoittavin tavoin näin perimysoikeuteen liittyvästä seikasta.¹⁷

¹² Konkreettisen oikeussuhteen olemassaolosta kanteen edellytyksenä *Juha Lappalainen: Siviiliprosessioikeus I*, Helsinki 1995 s. 369 ja *Irma Lager: Lainkäytön pääasiat*, Helsinki 1994, s. 160. Ks. myös KKO 1961-II-105 ja KKO 1972-II-41.

¹³ *Lappalainen* 1995 s. 370.

¹⁴ KKO 1954-II-32 ja KKO 1958-II-118.

¹⁵ KKO 1979-II-51.

¹⁶ Näin KKO 1982-II-131.

¹⁷ Näin mm. *Peter Lødrup: Arveret*, 4. utgave, Oslo 1999, s. 261; *Danielsen* 2005, s. 321 sekä *Per Augdahl – Peter Hambro: Arveloven*, Oslo 1985, s. 165. Ks. myös *Gösta Walin: Ärvdabalken Del I*, Stockholm 2000, s. 414.

Kun ennakkoluopumista koskeva asia on selostetuvin tavoin lopullisesti selvä, ja siitä voitaisiin osapuolten välillä sopia, tulee asiasta epäselvyystilanteessa saada ratkaisu myös tuomiolla, vaikka oikeustoimen lopulliset oikeusvaikutukset eivät olisikaan vielä aktualisoituneet (mikä käytännössä tapahtuisi perittävän kuoltua sijaantulijoiden saadessa luopujan osan jäämistövaroista). Onhan kaupan purkukin pätemättömyysperusteella mahdollista ennen kaupan kohteen hallinnan siirtoa. Tuomion edellytyksenä eivät ole oikeustoimen lopulliset oikeusvaikutukset, jos niillä ei ole merkitystä itse asiaan. Ennakkoluopujan vaatimuksen kohde, eli perimys-oikeussuhteen palauttaminen, ei perittävän kuoltua perusteiltaan muutu. Eikä sen siirtäminen perittävän kuoleman jälkeiseen aikaan kantajan oikeussuojan saavutettavuudenkaan kannalta olisi perusteltua, sillä pätemättömyyttä koskevan todistelun siirto tulevaisuuteen perittävän kuoleman jälkeiseen aikaan ei mitenkään edistä oikeussuojan saatavuutta.

Sillä, että perittävä voisi yksipuolisesti tehdä testamentin ennakkoluopujan hyväksi ja mitätöidä luopumisen merkityksen, ei oikeussuojan antamisen kannalta ole merkitystä. Tilanteessa on kyse nimenomaan ennakkoluopujan oikeussuojan tarpeesta. Sitä ei poista perittävän tekemä testamentti; sen peruuttamattomuudesta kun ei voi sitovasti sopia. Ennakkoluopuminen olisikin voimaansaattavissa perittävän toimin yksinkertaisesti vain peruuttamalla testamentti.

Ennakkoluopujalla on siten luopumisen tapahduttua perusteltu oikeudellinen intressi ja tarvittavat prosessuaaliset edellytykset ajaa välittömästi vahvistuskannetta pätemättömäksi väittämänsä luopumisoikeustoimen kumoamiseksi.¹⁸

Ketä vastaan tällaista kannetta sitten ajetaan? Kanteella pyritään tietyn oikeussuhteen purkautumiseen, eikä pääasia ole pätemättömyysperusteen toteaminen, mikä kylläkin on tärkeää kanteella halutun tavoitteen saavuttamiseksi. Luopumisen jälkeinen oikeussuhde perittävän eläessä on perittävän ja luopujan välinen, vaikka itse pätemättömyysperusteen mukainen olosuhde olisi kolmannen aiheuttama, eikä vastaaja-asema tarkoita sitä, että juuri hänen olisi tullut toimia moitittavalla tavalla oikeussuhteen epäselvyyden

¹⁸ Tämän suuntaisesti myös *Borum* 1950, s. 64 ja *Irene Nørgaard* teoksessa *Arveret*, København 1998, s. 88 sekä *Lødrup* 1999, s. 261–262. Tanskassa ja Norjassa perintösopimuksen käyttöala on kuitenkin osin laajempi kuin Suomessa ja Ruotsissa, mikä saattaisi vaikuttaa ennakkoluopumisenkin tulkitsemista lähempänä tavanomaisia sopimuksia. Pohjoismaisista perintösopimus-sääntelyistä ks. *Peter Lødrup: Nordisk arvetrett*, København 2002, s. 372–373.

aikaansaamisessa. Vastaaja on epäselvän oikeussuhteen vastapuoli, eli tässä tapauksessa perittävä.¹⁹

Oikeuksien suojasta ennakkoluopumisen pätemättömyydessä

Vaikka ennakkoluopuminen varsinkin perillisen ylivelkaisuustilanteessa annetaan ennemmin hänen omien, sinänsä paradoksaalisten, intressien vuoksi, ennakkoluopumissääntelyn *inter vivos* funktiona on perittävän toimintavapauden laajentaminen ja edistäminen sekä osapuolten, siis myös luopujan, vapauttaminen toimimaan tahoillaan toisistaan riippumatta.²⁰ Tämän merkittävyyttä kuitenkin heikentää se, että sanottu tarkoitus toteutuu aidosti vain lakiosaperillisen luopuessa ja luopumiskorvauksen tultua suoritetuksi PK 17:1.2 mukaisesti joko perilliselle tai tämän läheiselle, jolloin perittävän testamenttauskompetenssi kasvaa hänen kartuttaessa varallisuuttaan, kun luopumiskorvaus tulee lasketuksi luopumishetken mukaan.

Onko perittävällä sitten vilpittömään mieleen perustuva luottamusta nauttiva intressi tässä tilanteessa? Muodolliset edellytykset usein täytynevät, sillä perittävä on harvoin tietoinen ennakkoluopumisen olosuhteista, ja hän on OikTL:n mukaisesti ennakkoluopumisen intresenti.²¹ Koska perittävä voi ennakkoluopumisen pätemättömyydestä huolimatta päästä ennakkoluopumista vastaavaan lopputulokseen tekemällä sitä vastaavan testamentin, on kysymykseen vastattava kieltävästi.²² On kuitenkin huomattava, että lakiosaperilliselle mahdollisesti annettu PK 17:1.2:n mukainen luopumiskorvaus on pätemättömyyden seurauksena perusteeton. Perittävän olisikin pätemättömyyskanteen yhteydessä tehokkainta vaatia vastakanteella perilliseltä luopumiskorvauksen palautusta, koska perittävän asia on päättää, kuinka reagoida yksipuolisen luopumisen pätemättömyyteen. Mikäli perittävä ei

¹⁹ Vastaajan käyttäytymisen aiheuttamasta oikeudellisesta epävarmuudesta vastaaja-aseman edellytyksenä ks. *Lager* s. 161. Vrt. kuitenkin *Ämmälä* 1993, s. 121–122.

²⁰ Ennakkoluopuminen osoitetaankin tästä syystä juuri perittävälle itselleen: ks. *Aarnio – Kangas* 1999, s. 439 ss; *Lødrup* 1999, s. 261 ja *Danielsen* 2005, s. 303. Perittävän intresseistä sääntelyn taustana ks. KKO:n lausunto 1941 s. 121 ja *Aarnio* 1967 s. 423.

²¹ Toki pätemättömyys voi johtua perittävästäkin. Perittävän saataisi petollisesti vietellä perillissensä luopumaan esimerkiksi siksi, että hän ei halua varojensa joutuvan edes lakiosan määräästä perillissensä velkojen maksuun vaan siirtyvän testamentin perusteella luopujan lapsille.

²² Näin myös *Borum* 1950, s. 64; *Lødrup* 1999, s. 261–262 ja *Nørgaard* 1998, s. 88.

korvauksen suhteen aktualisoidu, eikä korvausta palauteta, korvaus voidaan perinnönjaossa kanssaperillisen vaatimuksesta ottaa huomioon ennakkoperintönä, ellei perittävä pätemättömyyden tultua vahvistetuksi määrää, että korvaus ei ole ennakkoperintöä.

Ennakkoluopuminen annetaan usein testamentissa, jossa luopujan perintöoikeus sivuutetaan. Luopujaperillisen kannalta tällaisella testamentilla on pätemättömyyden jälkeen suuri merkitys. Se lopulta määrää luopujan perintöoikeuden tosiasiallisen palautumisen, sillä hyväksymisen pätemättömyys ei vaikuta hyväksytyn testamentin sisältöön saati voimassaoloon, vaikka luopuminen olisi alun perin johtanut kyseisen testamentin laatimiseen. Näin siksi, koska kyse on perittävän testamenttausoikeudesta: perittävän asia on päättää, kuinka hän reagoi pätemättömyyteen laatimansa testamentin suhteen. Perittävän eläessä testamenttia tai sen määräyksiä ei tuomion perusteella voi muuttaa tai todeta pätemätömäksi.²³ Luopujan kannalta ennakkoluopumisen pätemättömyys voi kuitenkin olla keskeinen todistustositseikka testamentin peruuttamista tai sen tulkintaa koskevassa asiassa. Luopujaperillinen voisi esittää väitteen, että testamenttia ei lainkaan olisi tehty ilman luopumista, tai että sitä olisi tulkittava uudessa tilanteessa hänen edukseen. Tällainen väite luopumisen pätemättömyyden vaikutuksesta testamenttiin on mahdollinen kuitenkin vasta perittävän kuoltua tapahtuvassa perinnönjaossa.

Todettakoon vielä, että niillä lakimääräisillä sijaantuloperillisillä ja mahdollisilla testamentinsaajilla, jotka jakaisivat luopujan perintöosuuden perittävän kuoltua, ei perittävän eläessä ole asiassa suojattavaa oikeudellista intressiä, koska luopumisen oikeusvaikutukset suhteessa heihin ovat epävarmoja. Tämän vuoksi heillä ei ole vahvistuskanneperustettakaan. Suhde luopujaperilliseen sekä perittävään, ja ennen kaikkea hänen tekemään testamenttiin, perustuu pelkästään presumptioon, jonka epävarmuus aiheutuu sekä osapuolten kuolinjärjestyksen ennakoimattomuudesta että perittävän mahdollisuudesta vaikuttaa testamentilla perimysjärjestykseen aina viimeisiin elinhetkiinsä saakka.

²³ Näin KKO 1979-II-51.

PÄTEMÄTTÖMYYSVÄITE PERITTÄVÄN KUOLTUA

Väitteen tutkiminen

Perittävän kuoltua sillä, onko luopuminen tapahtunut ennen vai jälkeen perittävän kuoleman, ei ole merkitystä. Luopumisen pätevyyden riittauttamisen aiheuttama oikeussuhteen epäselvyys perittävän kuoleman jälkeen valitsee aina osakkaiden välillä. Kuolinpesän osakkaiden välinen perinnönjakoon vaikuttava epäselvyys on oikeudellisesti ratkaistavissa kahdella tapaa. Ratkaisun tekee ensi kädessä useimmiten pesänjakaja, mutta epäselvyyden voi tietyissä tilanteissa ratkaista myös tuomioistuin erillisestä kanteesta.²⁴ Missä menettelyssä pätemättömyysväite, joka epäilemättä vaikutta jaon sisältöön ja perinnön jakautumiseen, perittävän kuoltua sitten voidaan tutkia?

Oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä vakiintuneesti on puолlettu pesänjakajan laajaa toimivaltaa ratkaista kaikki perinnönjakoon vaikuttavat asiat, joissa on kyse jako-osapuolten keskinäisestä erimielisyydestä. Esimerkiksi epäselvyys osakkuudesta perinnöstä luopumisen vuoksi²⁵ ja OikTL 3 luvun mukaisen pätemättömyysperusteen olemassaolo²⁶ jakoon vaikuttavina seikkoina ovat pesänjakajan ratkaistavissa.

Päitsi että pesänjakajalla on laaja toimivalta osakasasemaan vaikuttavien väitteiden ratkaisijana, on pesänjakajan määrääminen ensisijainen keino ratkaista perinnönjakoon ja perillisten asemaan liittyvät epäselvyydet.²⁷ Tämän vuoksi perinnöstä luopunut perillinen on kiistettyään luopumisen pätevyyden saanut pesänjakajan määrätyn kuolinpesään luopumisestaan huolimatta, myös silloin, kun jäämistövarat on jo jaettu muiden perillisten kesken.²⁸ Luopumisensa pätevyyden kiistänyt perillinen voi siten reagoida erimielisyystilanteessa hakemalla pesänjakajan määräämistä. Koska pesänjakajan

²⁴ Aarnio – Kangas 1999, s. 658.

²⁵ Urpo Kangas: Pesänjakajan toimivallasta DL 1984, s. 155; Aarnio – Kangas 1999, s. 659–660; Ahti Saarenpää: Perintö ja jäämistö, Rovaniemi 1994, s. 212 ja Danielsén 2005 s. 321–322. Oikeuskäytännöstä ks. KKO 1979-II-67; KKO 1987:34; KKO 1999:58; KKO 2001:56 ja IHO 2003:9.

²⁶ KKO 1983-II-143.

²⁷ Pesänjakajan ensisijaisuudesta ks. Aarnio – Kangas 1999, s. 658 ja Saarenpää 1994, s. 212.

²⁸ Yleisesti ks. RHO 22.11.1996 H 96/42. Jo jaetun pesän osalta IHO 2003:9 (KKO ei valituslupaa). Ks. myös KKO 2001:56 tilanteesta, jossa pesänjakajan ratkaistavaksi määrittiin se, oliko ositusvaade menetetty passiviteetin vuoksi.

määräyksessä kyse on asian saattamisesta ensisijaiseen ratkaisumenettelyyn, luopujaperillisellä ei ole velvollisuutta näytön esittämiseen pätemättömyyden perusteista pesänjakajan määräämistä koskevan hakemuksen yhteydessä. Selvitystä oikeusturvan vaarantumisesta hakemuksen käsittelemättä jättämisestä on toki esitettävä, jotta oikeussuojan tarve, yleisenä prosessin edellyksenä voidaan todeta.

Pesänjakajan toimivalta ja ensisijaisuus luopumisen tehokkuuden tulkitsijana onkin todetuin tavoin vahva. On kuitenkin syytä selvittää, onko erillinen vahvistuskanne tästä perinnönjakoon liittyvästä asiasta puolustettavissa samaan tapaan kuin perittävän eläessä sekä silloin kun pesänjakaja on määrätty (tai hakemus siitä on jätetty) että silloin kun pesänjakajaa ei ole määrätty.

Mikäli osapuolten oikeuksien turvaaminen sitä vaatii, erilliskanne perinnönjakoon liittyvästä asiasta on tapauskohtaisesti tutkittava, vaikka pesänjakaja olisi määrätty.²⁹ Luopumisen pätevyyttä koskeva tilanne voi kärjistyä sellaiseksi, että pesänjakajalla ei omien valtuuksien ja mahdollisuuksien puitteissa ole keinoja saada riittävää selvitystä ja selvyyttä pätemättömyysväitteen ratkaisemiseksi, tai että osapuolilla ei pesänjakajan johtamassa jakomenettelyssä ole tosiasiallisia mahdollisuuksia esittää selvitystä oman kantansa tueksi. Tällöin jako-osapuolten oikeudellinen intressi on uhattuna, ja tällaisessa pätemättömyysväitteen perustetta koskevassa näyttöepäselvyytilanteessa erilliskanteen luopumisen pätemättömyydestä tulisi menestyä pesänjakajan määräyksestä huolimatta.³⁰ Pesänjakaja itse ei voi saattaa asiaa tuomioistuinkäsittelyyn, sillä asiassa on kyse yksittäisten osakkaiden dispositiivisesta intressistä, joten kannevalta on vain heillä. Pesänjakaja voi kuitenkin keskeyttää jakomenettelyn ja kehottaa osapuolia nostamaan kanne epäselvässä tapauksessa.³¹ Koska oikeuskysymyksiin pesänjakaja voi antaa perustellun ratkaisu, oikeudellinen epäselvyys luopumisasiassa ei ole menestyvä kanneperuste pesänjakajan tultua määrättyksi.

Pesänjakajan määräys luopumisen pätevyyttä koskevan asian ratkaisemiseksi on kuitenkin menettelynä varsin raskas, riippumatta siitä, onko jäämistö jakamatta vai onko se jopa jo jaettu. Tilanteessa, jossa pesänjakajan mää-

²⁹ Aarnio – Kangas 1999, s. 658.

³⁰ Ks. KKO 1970-II-19. Tapauksessa erillinen vahvistuskanne saamisen olemassaolosta ulosottomenettelyn kestäessä on tutkittu juuri sen vuoksi, että selvityksen esittäminen asiasta ei ulosottomenettelyssä voinut asianmukaisesti osapuolten oikeusturva huomioon ottaen tahtua.

³¹ Näin KKO 1983-II-143. Ks. myös Kangas, DL 1984, s. 162.

räystä ei kukaan ole hakenut eikä hakemassa, sekä pätemättömyysväitteen tehneen että muiden osakkaiden intressissä olisi erillinen yksinkertainen ja keskitetty vahvistuskanne luopumisen pätemättömyyden ratkaisemiseksi. Vaikka luopujan asema kuolinpesän hallinnossa on turvattu PK 18:1:n riidanalaisuussäännöllä, luopumista koskevalle erilliskanteelle on olemassa riittävä yleinen oikeudellinen intressi.³² Oikeussuhteessa jo sinänsä vallitseva erimielisyys, jolla on taloudellisia vaikutuksia perintöosuuden suhteellisen suuruuden ja sen oikeaa omistajaa koskevan epäselvyyden vuoksi, sekä rasitus piilevästä perintöverovelasta luopumisen mahdollisesti pätevytyessä verotuksen tultua toimitetuksi riidanalaisuussäännön perusteella, ovat tekijöitä, jonka vuoksi asiassa on välitön oikeussuojan tarve, vaikka perintöä ei jaeta.³³

Mikäli kukaan pesänjakajan hakemiseen oikeutetuista ei ole hakenut eikä ilmoita hakevansa pesänjakajan määräämistä, tuomioistuimen on tutkittava luopumisen pätevyyttä koskeva erillinen vahvistuskanne. Tällöin jako-osapuolten on nimittäin tulkittava sopineen, että pesänjakajaa ei käytetä kyseisen kannekelpoisen jakoasian erimielisyyden selvittämiseen. Tätä osapuolten sopimusvapautta tuomioistuimen on kunnioitettava, sillä Suomessa ei ole pesänjakajapakkoa eikä tuomioistuin voi pakottaa osapuolia käyttämään pesänjakajaa riidanratkaisuvälineenä.³⁴

Kanteen tutkittavaksi ottamisen osalta tilanne on kuitenkin toinen, jos jako-osakas kanteen vireillä ollessa ilmoittaa hakevansa, tai on jo hakenut pesänjakajan määräämistä. Tällöin tuomioistuimen on harkittava erilliskanteen kantajan oikeussuojan tarve saada ratkaisu kanteeseen, mikä siis on mahdollista käytännössä vain näyttöön liittyvän epävarmuuden vuoksi. Tästä käytännössä seuraa, että luopujan erilliskanne hylätään ennenaikaisena oikeussuojan tarpeen puuttumisen vuoksi, koska asian ratkaiseminen on – todettuja poikkeuksellisia olosuhteita lukuun ottamatta – määrätyn tulevan pesänjakajan tehtävä.³⁵

³² Yleisistä kanteen edellytyksistä erityisesti asiaan kohdistuvan intressiin osalta ks. *Juha Lappalainen*: Siviiliprosessioikeus II, Helsinki 2001, s. 15–16.

³³ Osakkuussuhteiden muutoksista perusteoikaisuperusteena perintöverotuksessa ks. *Pertti Puronen*: Perintö- ja lahjaverotus, 7. uudistettu painos, Helsinki 2000, s. 417.

³⁴ Ks. KKO 1987:48, jossa osakkaiden pesänjakajan hakemista kohtaan osoittama passiivisuus oli syynä ennakoperintöä koskevan kysymyksen selvittämiseksi erillisellä kanteella ennen perinnönjakoa. Pesänjakajakakon puuttumisen hämärtymisestä ks. *Saarenpää* 1994, s. 213. Pesänselvitykseen liittyen ks. analogisesti KKO 1988:121, jonka kritiikistä *Markku Helin*: oikeustapauskommentti, LM 1989, s. 984 ss.

³⁵ Tuomioistuin voinee vaihtoehtoisesti keskeyttää vahvistuskanteen käsittelemisen OK 14:4 perusteella, kunnes pesänjakaja on määrätty, tai jopa siihen saakka, kun pesänjakaja on ottanut kantaa pätemättömyysväitteen ratkaisumahdollisuuteen

Luopumisen pätemättömyyden relatiivisuus

Luopumisen oikeusvaikutukset ovat sijaantulijakohtaiset, sillä jokainen sijaantuliija päättää itsenäisesti esimerkiksi sen, vastaanottaako hän luopuja-perilliseltä tulevan perintöosan tai moittiiko perittävän tekemää testamenttia. Tästä huolimatta perinnöstä luopuminen on yksi oikeustoimi, joka vain useimmiten kohdistuu useisiin sijaantulijoihin yhtä aikaa. Se, että luopumisella voi olla useita kohteita, ei tee luopumisesta jaollista oikeustointa, joka olisikin mahdollinen vain perintöosuuksien luovutuksina, ei luopumisena.

Luopuminen ei sanotun perusteella voi olla relatiivisesti pätemätön niin, että se olisi pätevä suhteessa osaan sijaantulijoista, jos se on kiistatta pätemätön suhteessa osaan sijaantulijoista.³⁶ Oikeustoimen pätemättömyys suoja tahdonilmaisun antajan aitoa tahtoa, ja jos perinnöstä ei olisi luovuttu ilman väitettyä pätemättömyysperustetta, on oikeustoimen oltava kokonaan pätemätön, jotta pätemättömyyden tarkoitus toteutuu. Jos siis esimerkiksi toinen lapsista petollisesti viettelee vanhempansa luopumaan tämän oman vanhemman jälkeen tulevasta perinnöstä, minkä luopumisen pätemättömyyden luopuja sittemmin pystyy näyttämään toteen, niin luopuminen on pätemätön myös suhteessa luopumisedunsaajana olevaan ja luopumisolosuhteista tietämättömään ei-viettelijä-lapseen.

Eri asia on, että vaikka perinnöstä luopumisen pätemättömyys on kokonaispätemättömyyttä, niin luopumisolosuhteista vilpittömässä mielessä oleva sijaantuliija, esimerkissä ei-viettelijä-lapsi, voisi saada kuolinpesässä olevan oikeutensa pysyttämiseksi vilpittömään mieleen perustuvaa luottamussuojaa.

Voiko sijaantulijan luottamusta luopumisen oikeusvaikutuksiin suojata?

Jos sijaantuliija itse on esimerkiksi petollisesti vietelty perillisen luopumaan perinnöstä tai hän ei ole vilpittömässä mielessä tällaisista luopumisen olosuhteista, ei sijaantulijan oikeutta tietenkään suojata. Saadakseen oikeutensa kuolinpesässä takaisin, luopujan on vain näytettävä toteen, että vallinneiden

³⁶ Relatiivisesta pätemättömyydestä tarkemmin *Mika Hemmo*: Sopimusoikeus I, Helsinki 2003, s. 327.

olosuhteiden vuoksi päätös perinnöstä luopumisesta perustui erehdykseen. Mikäli jäämistöomaisuus on jaettu, sijaantuliija on velvollinen palauttamaan jäämistöstä saamansa omaisuuden tarvittaessa suoritettavaan uuteen jakoon luopujan osuuden kattamiseksi.

Tilanne kuolinpesässä on kuitenkin usein moniulotteisempi. Sijaantulijoita on usein enemmän kuin yksi, jolloin ainakin osa sijaantulijoista voi olla perustellussa vilpittömässä mielessä väitetystä pätemättömyysperusteesta. Tilanne voi esimerkiksi olla sellainen, että neljästä sisaruksesta yksi on luopunut perinnöstä vanhempansa kuoltua, jolloin kolme muuta sisarta sijaantulijoina jakoivat luopujan osuuden, mutta luopujasisar vuoden päästä luopumisesta ja jaon suorittamisesta onnistuu tehokkaasti vetoamaan tulleen petollisesti vietellyksi luopumisoikeustoimeen yhden, jakoon osallistuneen, sisaruksen toimesta. Muut sijaantulijasisarukset ovat taas luottaneet luopumisen oikeusvaikutuksiin, käytännössä siis saamiensa perintöosuksiensa suuruuteen, kunnes luopuja on esittänyt väitteen luopumisensa pätemättömyydestä jaon jälkeen.

Pätemättömyystilanteissa oikeustoimen osapuolen, joka ei ole käyttänyt oikeudenvastaista menettelyä eikä ole ollut tällaisesta menettelystä tietoinen, vilpittömyyttä mieltä oikeustoimen päättämisen olosuhteista suojataan oikeustoimen pysyttämiseksi, mikä periaate ilmenee ehkä selkeimmin OikTL 30 §:stä. Oikeustoimen vaikutusten ilmeneminen suhteessa oikeustoimen edunsaajaan on OikTL:n mukaista oikeustoimen kohdistumista, eikä edunsaajana oleminen edellytä kaksiasianosaissuhteen olemassaoloa. Perittävän kuoleman jälkeen sijaantuloperillinen saa luopumisoikeustoimen perusteella siirtyvän varallisuusedun hyväkseen: sijaantuloperillinen on oikeustoimen edunsaajana oikeustoimen osapuoli. Oikeudelliset edellytykset sijaantulijan luottamuksen suojaamiseksi pätemättömyyden oikeusvaikutuksilta OikTL:nkin mukaisesti ovat siten olemassa.

Vaikka perinnöstä luopuminen on todetuin tavoin varallisuus oikeudellinen oikeustoimi, jonka pätemättömyys on mahdollista perustaa OikTL:n säännöksiin, ei oikeustoimen edunsaajan luottamuksen suojaaminen luopumisen pysyvyyteen suinkaan ole selvä asia. Perhevarallisuus oikeudellisen kontekstin, mistä perinnöstä luopumisessakin on kyse, vuoksi luottamusta oikeustoimen pysyvyyteen ei yleisesti ole pidetty tarpeellisena suojata. Luottamuksen suoja pätemättömyyden oikeustointa kohtaan on selitetty ennen kaikkea liike-elämän vaihdannan intressien turvaamisvälineeksi. Perhevarallisuus oikeudellisissa oikeussuhteissa oikeustoimen tekijän tarkoituksen ja tah-

don suojaamista taas on korostettu, ja sitä on jopa pidetty ainoana ratkaisupremissinä.³⁷

Mainitun kaltainen kategorisoiva, saantotapaan perustuva erottelu vilpittömän mielen suojan antamisessa on kuitenkin saanut osakseen kriittistä suhtautumista. *Lohi* on ositussaantoja tutkiessaan tuonut esiin sen, että jos läheisluovutuksissa muutoin voidaan antaa vilpittömän mielen suojaa, niin ositussaannossa saantotavan juridistekninen toteutus ei voi olla ainoana syyinä vilpittömän mielen suojan epäämiseen omaisuuden saajalta.³⁸ Esitetty kanta on kannatettava, sillä luottamusta oikeustoimen pysyvyyteen ei ole monopolisoitu liikesuhteiden oikeudeksi. Yhtä lailla OikTL:n tarkoituksena yleislakina on suojata luonnollisen henkilön luottamusta subjektiivisesti merkittäviin oikeustoimiin, joissa he ovat lakiinkin perustuen osapuolina, kuten kuolinpesässä.

Mikäli henkilön oikeus kuolinpesässä perustuisi myöhemmin pätemättömäksi todettuun perintöosuuden kauppaan tai lahjaan, luovutuksensaaja voisi saada vilpittömän mielen suojaa OikTL:n perusteella saannon voimassa pysymiseksi, vaikka kyse on jäämistöoikeudellisesti normeeratusta luovutuksesta.³⁹ Miksi oikeustoimen edunsaajan kannalta samaan lopputulokseen kuin perintöosuuden lahja tai kauppa johtavassa perinnöstä luopumisessa edunsaajan vilpittömyyttä mieltä ei sitten suojattaisi? Luopuminenhan on dispositiivinen perimyksen järjestelmiseen käytettävä keino siinä missä perintöosuuden lahjoitus tai myynti. Luopujan ja sijaantulijan intressissä ei ole oikeustoimen muoto, vaan rationaalinen lopputulos. Erinomainen esimerkki tästä on se, että kun vetäytyminen kuolinpesästä lahjaoikeustoimena vetäytyjän kannalta ei ole kannattavaa kahdenkertaisten veroseuraamusten vuoksi, luopumista käytetään lahjan sijasta samaan lopputulokseen pääsemiseksi, koska edunsaajalle sillä, saako hän perintöosuuden, tai osan siitä, lahjansaajana vai sijaantulijana, ei ole oikeustoimen lopputuloksen kannalta merkitystä. Pelkästään perintöosuuden luovutukseen perustuvan edun suojaaminen pätemättömyystilanteessa olisi kyseenalaista, sillä oikeustoimien erottelu juri-

³⁷ Ks. *Lohi* 2003, s. 256 ss; *Anders Agell*: Familjerättsliga avtals rättsgiltighet, TfR 1987 s. 83–84 ja *Gunvor Wallin*: Om avtal mellan makar, Stockholm 1958 s. 122 ss. On syytä todeta, että pohjoismaiset kommentit on esitetty nimenomaan familjerätt-tutkimuksissa, joissa perintöoikeus, johon kuitenkin analogisesti viitataan, ei ole tutkimuksen ytimessä.

³⁸ Ks. *Lohi* 2003 s. 264–265. Samansuuntaisesti myös *Henrik Dam*: Ægtepagter, København 1997, s. 192 ss. Yleisemmin teemasta ks. *Carl Björling* God tro på familjerättens område, SvJT 1933, s. 401 ss.

³⁹ Lahjansaajan vilpittömän mielen suojasta *Kolehmainen* 2006, s. 151.

disteknisen toteutuksen perusteella ei tee oikeutta osapuolten asemansa perusteella muodostamalle luottamukselle ja sen turvaamiseksi annettulle sääntelylle. Muodollisuus oikeustoimien luokittelussa johtaa myös herkästi oikeudellisesti keinotekoisin todellisuutta vastaamattomiin konstruktiioihin, mitä ei voi pitää tarkoituksenmukaisena.⁴⁰

Sanotusta huolimatta on muistettava, että luopuminen on vastikkeeton oikeustoimi, millä on keskeinen asema, kun pohditaan vilpittömän mielen perusteella annettavaa suojaa pätemättömyystilanteessa.⁴¹ Perinnöstä luovuttaessa oikeustoimen kohteena on omaisuuserä, joka olisi aidosti kasvatannut luopujan varallisuutta, joten luopuminen johtaa luopujan osalta varallisuudenlisäyksen menetykseen. Vastaavasti sijaantulijan saama varallisuudenlisäys on vailla taloudellisia uhrauksia. Luopumisoikeustoimen taloudellinen riskinjako puoltaakin luopujan todellisen tarkoituksen suojaamista sijaantulijan vilpittömästä mielestä huolimatta.⁴²

Taloudellinen riskinjako luopumistilanteessa kuitenkin tasaantuu sitä mukaa, kun luopuminen vaikuttaa sijaantulijan taloudelliseen asemaan. Kun pätemättömyysväite voidaan tehdä jopa vuosien päästä jäämistön varojen jakamisesta, on selvää, että pätemättömyystilanteessa luopumisen edunsaajana saadun omaisuuden palauttamisvelvoite voi muodostua taloudellisesti raskaaksi, jos omaisuus on vähentynyt tai tuhoutunut tai se on annettu vakuudeksi. Tällainen taloudellinen merkityksellisyys edunsaajan puolelta vastaavasti puoltaa hänen vilpittömän mielen suojaamista pätemättömyysinstituution perusteiden mukaisesti.⁴³

Perinnöstä luopuminen on siis varallisuuden vähenemisen aiheuttava perhevarallisuus oikeudellinen oikeustoimi, minkä merkitystä oikeustoimen pysyvyyteen kohdistettuun luottamukseen on edellä selvitetty. Kyse on epäilemättä vaihdannan valtavirtaan verrattuna atyyppisestä oikeustoimesta, mikä

⁴⁰ Sijaantulija voisi tarvittaessa pyrkiä selittämään luopumisen lahjaksi, jolloin hän saisi mahdollisuuden vedota vilpittömään mieleensä perintöetuuden pysyttämiseksi. Jos oikeustoimi tulkittaisiin lahjaksi, luovuttajaksi muuttunut luopuja sitä vastoin voisi joutua perinnön vastaanoton vuoksi perintöverovelvolliseksi.

⁴¹ *Toivo Mikael Kivimäki – Matti Ylöstalo*: Suomen siviilioikeuden oppikirja, 4. painos, Juva 1981, s. 419 ja K. A. *Telaranta*: Sopimus oikeus, Vammala 1990, s. 310–311.

⁴² Vastikkeettoman oikeustoimen tekijän tahdon merkityksestä peruuttamisen laajempaan oikeutena ks. *Hemmo* 2003, s. 141; *Urpo Kangas*: Lahja, Helsinki 1993, s. 47 ss. ja 135 ss.; *Simo Zitting*: Sivullissuojasta varallisuus oikeudessa, Jyväskylä 1989, s. 27. Ks. myös *Lohi* 2003 s. 263.

⁴³ Vilpittömän mielen suojasta pätemättömyyteen osana *Hemmo* 2003, s. 317–318, *Ämmälä* 1993, s. 41 ja LVK 2/1925 s. 61.

kuitenkaan ei selvityksen perusteella estä luottamuksen suojaamista. Oikeustoimen edunsaajalle, eli sijaantulijalle, voi luopumisen perusteella syntyä niin merkittävä taloudellisen aseman stabiliteettiin kohdistuva luottamus, että sen suojaamista luottamuksen suojan tavoitteiden toteuttamiseksi on syytä puoltaa.

Sijaantulijan materiaaalinen luottamuksensuoja

Vilpitön mieli ja sen merkitys

Saadakseen vilpittömän mielen suojaa oikeutensa pysyvyydeksi sijaantulijan on oltava perustellussa vilpittömässä mielessä pätemättömyysperusteesta. OikTL:n 39 §:n mukaan vilpittömän mielen suojaa saadakseen oikeustoimen edunsaajan on oltava vilpittömässä mielessä silloin, kun hän sai tietää oikeustoimesta. Perinnöstä luopumisen yhteydessä tällä voi olla huomattavaakin merkitystä, sillä perittävän eläessä annettu luopuminen on annettava tiedoksi perittävälle ja perittävän kuoltua tapahtunut luopuminen voidaan antaa tiedoksi pesänselvittäjälle, pesänjakajalle taikka kanssaperilliselle.⁴⁴ Näin luopuminen voi jäämistöoikeudellisesti olla tehokas tiedoksiannon seurauksena ilman, että sijaantuliija on tietoinen luopumisesta. Jos luopuja tekee väitteen luopumisen pätemättömyydestä sijaantulijalle ennen kuin sijaantuliija on saanut tiedon luopumisesta, estää tämä sijaantulijan vaatimuksen luottamuksen suojan. Vaikka luopuminen on aikaisemmin todetuin tavoin luopujan kannalta yksi jaoton oikeustoimi, on sillä jokaisen sijaantulijan kannalta itsenäinen oikeusvaikutus. Siksi jokaisen sijaantulijan vilpitöntä mieltä arvioidaan yksilöllisesti, ja luopujan on saatettava pätemättömyysväite jokaisen sijaantulijan tietoon halutessaan varmistua väitteensä tehokkuudesta suhteessa kaikkiin sijaantuliijoihin.

Kategorinen ratkaisu, jonka mukaan sijaantulijan vilpitön mieli luopumisen tiedoksiantohetkellä riittäisi aina sijaantulijan luottamuksen suojaamiseksi, ei normina ole oikeudellisesti kestävä. Suojan antamisen kun on liityttävä aidosti suojan arvoiseen oikeuteen. Jos sijaantulijaa luopumisen pätemättömyyden vuoksi ei kohtaa taloudellinen tai mikään muukaan menetys, eivät luottamuksen suojaamisen edellytykset perhevarallisuus oikeudellises-

⁴⁴ Luopumisen tiedoksiannosta ja oikeusvaikutuksista ks. *Aarnio – Kangas* 1999 s. 439 ja 450.

sa kontekstissa ole aikaisemmin todetuin tavoin käsillä. Luopumisoikeustoimea onkin syytä tarkastella oikeustoimen osapuolten välisenä laajempaan kokonaisuutena, mihin perustuen määritetään tälle kyseiselle saantotyyppille relevantti vilpittömän mielen suojan antamisen ajankohta.⁴⁵

Sanotun kaltaista joustavaa vilpittömän mielen merkityksen arviointia tukee vahvasti OikTL 39 §:n re-integra sääntö. Sen mukaan, milloin erityiset asianhaarat antavat aiheutta, vilpittömyyttä mieltä arvioitaessa voidaan ottaa huomioon myös oikeustoimen edunsaajan tietoisuus ja velvollisuus tietää oikeustoimen olosuhteista senkin jälkeiseltä ajalta, kun tämä sai tiedon oikeustoimesta, jos oikeustoimi ei vielä määräävästi ole vaikuttanut oikeustoimen edunsaajan toimintaan. Myös oikeustoimilain sisäänrakennetulla systematiikalla on hyvin keskeinen merkitys vilpittömän mielen merkitystä arvioitaessa. Oikeustoimilaissahan ei ole määräyksiä vilpittömän mielen oikeusvaikutuksista suhteessa pätemättömyyteen⁴⁶, mitä on perusteltu sillä, että oikeustoimien erityispiirteet ja yksittäistapauksissa syntyvä kohtuuttomuus tulee voida tarvittaessa ottaa huomioon vilpittömän mielen oikeusvaikutuksia pohdittaessa.⁴⁷

Oikeustoimen edunsaajan perusteltu vilpittömyyden mieli ei siis ole mikään luottamuksen suojaamisen automaatti, vaan esimerkiksi juuri sijaantulijan kannalta aluksi taloudellisesti vaikutuksettomassa perinnöstä luopumisessa vilpittömän mielen suojan kattavuus kehittyy vaihteittain sitä mukaa, kun luopumisella on entistä suurempi painoarvo sijaantulijan taloudenpidossa: kyse ei ole joko–tai-oikeudesta.⁴⁸ Oikeuskirjallisuudessa tällaisen säännön onkin tulkittu soveltuvan nimenomaan perhevarallisuus-oikeudellisten oikeustoimien pätemättömyystilanteissa sovellettavaksi oikeusohjeeksi.⁴⁹ On siis selvittävää, milloin luopuminen on vaikuttanut sillä tavoin merkittävästi sijaantulijan asemaan, että hänen vilpittömään mieleen perustuvaa luottamustaan luopumisoikeustoimen pysyvyyteen on myös tosiasiaa suojattava.

⁴⁵ Laajapohjaisesta harkinnasta vilpittömän mielen suojaa pohdittaessa perhevarallisuus-oikeudessa ks. *Tapani Lohi* PK 20:9c:n mukaisesta vilpittömän mielen suojasta, DL 1995, s. 959 ja *Lohi* 2003, s. 255 ss.

⁴⁶ OikTL:ssa vain todetaan, että oikeustoimi ei mainituissa olosuhteissa sido, jos edunsaaja oli m. f.

⁴⁷ Sääntelyn taustasta ja tulkinnasta ks. Förslag 1914 s. 124–127, 140; LVK 1925:2 s. 62; *Kivimäki – Ylöstalo* 1981, s. 408 ja 410; *Lohi* 2003 s. 263 ja *Kolehmainen* 2006, s. 153.

⁴⁸ Vilpittömän mielen ja pätevyyden relaatiosta vrt. *Ämmälä* 1993, s. 104 ja *Hemmo* 2003, s. 317.

⁴⁹ Näin *Agell* TfR 1987 s. 88, *Kolehmainen* 2006, s. 152–153 ja *Axel Adlercreutz*: Bokanmeldelser (Gunvor Wallin, Om avtal mellan makarna), TfR 1959, s. 146.

Sijaantulijan asema ennen perinnönjakoa

Perinnön vastaanottohetken merkityksestä todettakoon, että sijaantulijalla on velvollisuus ottaa luopumisen seurauksena siirtyvä osa perittävän jäämistöstä erikseen vastaan silloinkin, kun sijaantuliija on kuolinpesän osakas oman perintöoikeutensa nojalla. Ennen vastaanottamista sijaantulijan oikeus luopumisen kohteeseen on vain epävarma oletus, jonka pysyvyyttä ei luonnollisestikaan voi suojata. Kun vastaanotto varsin helposti presumoidaan jo käyttäytymisen perusteella varsinkin silloin, kun perillinen on jo ottanut omaan perillisasemaansa perustuvan oikeuden kuolinpesässä vastaan, vastaanottohetken tosiasiallinen merkitys lienee marginaalinen.⁵⁰

Vastaanottamisen jälkeen sijaantulijalla on heti varallisuusarvoinen etuus ainakin kasvaneena perintöosuutena jakamattomassa kuolinpesässä: luopumisen oikeusvaikutus näkyy perintöosuuden suuruudessa. Perillisen luottamus kuolinpesän varallisuuden omaksi hyödyksi käyttämiseen ennen perinnönjakoa on kuitenkin rajallinen, koska perinnön sisältö on tällöin epävarma. Perinnön suhteellinen suuruus jäämistöstä on kuitenkin määritettävissä, ja mitä pidemmälle pesän selvitys on edennyt ja mitä pidempään kuolinpesän yhteishallinto on kestänyt, sitä suurempi luottamus perillisellä osuutensa tosiasiallisesta suuruudesta jäämistön varoihin on. On kuitenkin muistettava, että pelkkä mahdollisuus rikastua perhevarallisuus oikeudellisen oikeustoimen perusteella ei saa suojaa. Joten jos perintöosuuden suhteellisella suuruudella ei käytännössä ole ollut määräävää merkitystä sijaantulijan taloudelliseen käyttäytymiseen verrattuna luopumista edeltävään aikaan, voi luopuja tehokkaasti vedota sijaantulijaa vastaan pätemättömyyteen ennen perinnönjakoa.

Mikäli perillinen on kuitenkin ryhtynyt oikeustoimiin luottaen oikeutetusti perintöosuutensa suhteelliseen arvoon esimerkiksi sijoittamalla varojaan pitäen perintöosuutta henkilökohtaisena vakuutena, on perintösaanto saattanut vaikuttaa ennen jakoakin määräävästi hänen toimintaansa. Jos perillinen sijoitusten epäonnistuttua vaatisi sittemmin perinnönjakoa, ja luopuja siinä yhteydessä tekisi pätemättömyysväitteen, on sijaantulijan luottamusta perusteltua suojata. Mikäli sijaantuliija näyttää arvoltaan stabiilin perintöosuuden merkityksen toimintansa vaikuttimena toteen, ja toiminnan seurauksena varallisuus aidosti vähentyi, voi sijaantuliija vedota vilpittömään mieleensä oikeustoimien tekohetkellä sinänsä pätemättömän luopumisen pysyttämiseksi voimassa. Suo-

⁵⁰ Perinnön vastaanottamisesta ks. *Aarnio – Kangas* 1999 s. 100 ss.

jan saamiseksi riittää siis, että sijaantulijan vilpittömässä mielessä ollessa perintöosuus on vaikuttanut määräävästi varallisuuden vähentymiseen.

Sijaantulija osoittaa jo varsin suurta mielenkiintoa perintöosaa kohtaan, mikäli hän on disponoinut itse oikeudesta kuolinpesässä. Vaikka pesä- ja esineosuuden luovuttaja on henkilökohtaisessa kaupanvastuussa luovutuksensaajalle esinekohtaisesti, on sijaantulijalla perusteltu oletus osuuden suhteellisesta suuruudesta, mikä osuuden luovutuksessa epäilemättä on vaikuttanut määräävästi luovutuksen sisältöön. Vaikka luopuminen olisi selvästi pätemätön, sijaantulijan vilpittömästä mielestä seuraa, että sijaantulijan luovutuksensaaja saa saantosuoja luovuttajaa kohtaan.⁵¹ Ja juuri tämän vuoksi sijaantulijan luottamuksen suojaaminen osuuden luovutushetken vilpittömän mielen perusteella on tarpeen, sillä jos luovutuksesta saatuja varoja ei ole tallella, aktualisoituisi sijaantulijan taloudellinen menetys.

Sijaantulijan asema perinnönjaon jälkeen

Lainvoimaisen perinnönjaon lopputulos, jonka yksi perusteista on ollut luopujan itsensä päättämä luopumisoikeustoimi, nauttii hyvin perustein jakosakkaiden vahvaa luottamusta. Onhan kyse lopulliseksi tarkoitetusta saannosta. Osakkailla, sijaantuloperilliset mukaan lukien, ei taas ole velvollisuutta eikä käytännössä mahdollisuutta ottaa selvää luopumisen olosuhteista perinnönjaossa, ellei aihetta tällaiseen selonottovelvollisuuteen erityisistä syistä ole. Luopumisoikeustoimen virheen vaikutuksia ei siksi tule vyöryttää sijaantulijoiden kannettavaksi, vaan oikeustoimen tekijänä luopujalla on entistä korostuneempi vastuu oikeustoimensa seurauksista jaon lopputulokseen.

Jo aiemmin tässä jaksossa todetun perusteella on selvää, että sijaantulijan vilpittömän mielen perusteella jaossa saatua perintöä voidaan suojata luopumisen pätemättömyyttä vastaan. Kun kyse on kuitenkin jäämistöoikeudellisesti normeeratusta saannosta, ei pelkkä jaon loppuunsaattaminen sinällään ole suojan peruste, vaan sijaantulijalla on kyseessä olevan oikeustoimen taloudellisen riskinjaon vuoksi tässäkin tilanteessa oltava aidosti suojan arvoinen oikeus.

Mitä myöhemmin väite pätemättömyydestä tehdään, sitä enemmän perintösaannolla usein on ollut merkitystä sen saajalle, jonka seurauksena, kuten ennen perinnönjakoakin, sijaantulija voi vedota perintösaannon keskei-

⁵¹ Edellyttäen tietenkin, että luovutuksensaajankin on perustellussa vilpittömässä mielessä luopumisolosuhteista. Ks. *Leena Kartio*: Esineoikeuden perusteet, Helsinki 2001, s. 273; *Janne Kaisto*: Luovutuksen pätemättömyys ja saantosuoja, julkaisussa BLF 2004, Helsinki 2004, s. 106 ss. ja *Simo Zitting*: Saantosuoja, Helsinki 1956, s. 66–68.

seen merkitykseen taloudenpidossaan. Tämän seurauksena, vaikka itse jäämistöstä saatu omaisuus olisi tallella, perintösaannon perusteella muihin varallisuuden vähentymiseen johtaneisiin oikeustoimiin ryhtyminen on peruste luottamuksen suojaamiselle pätemättömyysväitettä vastaan, mikäli sijaantulija oli vilpittömässä mielessä tehdessään oikeustoimet ja osoittaa niiden yhteyden perintösaantoon. Esimerkiksi sijaantulijana asunnon perintönä saanut henkilö lahjoitettuaan sen vuoksi aikaisemman oman asuntonsa lapselleen, voisi saada vilpittömän mielen suoja. Mikäli sijaantulijalla on jaossa saatu omaisuus tai osa siitä taikka niiden selvä surrogaatti vielä jäljellä, olisi luopujalla mahdollisuus vedota luopumisensa pätemättömyyteen myös vilpittömässä mielessä olevaa sijaantulijaa vastaan, edellyttäen jälleen, että omaisuuden palauttaminen luopujan perintöosaan ei johda taloudelliseen vahinkoon. Esimerkiksi nopeasti jaon suorittamisen jälkeen tehtynä pätemättömyysväite voisikin menestyä.

Ruotsissa korkein oikeus (HD) on kuitenkin tehnyt varsin pitkälle menevän tulkinnan virheellisin perustein perinnönjaossa saadun omaisuuden pysyttämiseksi omaisuuden saajalla. Tapauksessa oli kyse siitä, että jaon jälkeen selvisi, että yksi jako-osakas ei ollut perittävän lapsi. HD:n mukaan perillisasemansa kiistatta näin menettänyt henkilö ei ollut velvollinen palauttamaan jaossa saamaansa omaisuutta laillisten perillisten perintöosuuden kasvattamiseksi. Omaisuutta jaossa saanut sai vilpittömän mielensä perusteella suoja koko virheellisen perintösaannon pysyttämiseksi voimassa.⁵² Tapauksessa ei ollut kyse omaisuutta saaneen mahdollisuudesta palauttaa saamaansa varallisuusetu reaalisesti. Kyseinen HD:n tapaus on sijaantulijan aseman kannalta pitkälti analoginen. Vaikka luopumistilanteessa sijaantulo perustuu oikeustoimeen, kun HD:n tapauksessa kyse oli puhtaasti jäämistön jaosta, ei näin laaja sijaantulijan (HD:n tapauksessa väärä osakas) suoja luopumisen oikeusvaikutuksia kohtaan ole perusteltu. Jaon voimassapysyttämisen edellytykset on arvioitava sijaantulijalle aiheutuvasta taloudellisesta rasituksesta: pelkkä rikastumismahdollisuus jäämistösaannolla ei saa suoja.⁵³

Mikäli sijaantulija on kuluttanut jaossa saamansa omaisuuden tai se ei ole enää hänen määräysvallassaan, olisi omaisuuden arvon palauttamisvaatimuksella luopumisen pätemättömyyden perusteella epäilemättä vaikutus sijaan-

⁵² Ks. NJA 1997 s. 645.

⁵³ Tapauksen lopputulokseen erittäin kriittisesti on suhtautunut myös *Anders Agell*: Verkan av arvskifte när faderskapspresumption senare blivit hävd. Ett av många tänkbara fall då deltagarkretsen vid arvskifte inte överensstämmt med senare klarlagda förhållanden, JT 1997–98 nr. 4, s. 1132 ss.

tulijan taloudelliseen asemaan. Vaikka Suomessa palautusvastuun sisällöstä ei sääntelyä olekaan, Norjassa (Lov om skifte 42 §) ja Tanskassa (Dødsbo-skifteloven 104.4 §) vilpittömässä mielessä olevaa perillistä suojataan virheelisen jaon palautusvastuulta, jos omaisuus perillisestä riippumattomista syistä on tuhoutunut tai se on käytetty esimerkiksi elatukseen tai koulutukseen.⁵⁴ Kun sijaantulija perustaa oikeutensa itse jakomenettelystä irralliseen luopumisoikeustoimeen, hänen perintönä saamalla omaisuudella tekemät oikeustoimet, josta ei seuraa selvää surrogaattiomaisuutta, nauttivat aikaisemmin todetun mukaisesti laajaa vilpittömän mielen suojaa luopujan pätemättömyysväitettä vastaan. Kun pohjoismaisessa perhevarallisuus oikeudessa sääntelyn arvopohja on pitkälti yhteinen, Tanskan ja Norjan pelkkää jakomenettelyä kosketava vilpittömän mielen sääntely vain vahvistaa tätä tulkintaa.⁵⁵

Mikäli sijaantulijalla on kuitenkin tallella jaossa saatua omaisuutta, tai sen selvää surrogaattia, eikä perintösaannon perusteella ole ryhdytty muihin omaisuuden vähentymiseen johtaneisiin oikeustoimiin, ei taloudellisen vahingon uhkaa ole. Tällöin luopuja voi vedota perinnönjaon jälkeenkin luopumisen pätemättömyyteen vilpittömässä mielessä vielä pätemättömyysväitteen tekemisen hetkellä ollutta sijaantulijaa kohtaan. Tällöin saatu jäämistöomaisuus on palautettava luopujan perinnön katteeksi. Koska perillisillä on oikeus saada osansa kaikenlaisesta pesän omaisuudesta (PK 23:8), oikeutta pelkän arvon palauttamiseen ei ole. Mikäli jäämistöesineet eivät ole enää tallella, surrogaattiomaisuuden sijasta voisi kuitenkin palauttaa arvon, koska surrogaattiin esinekohtainen oikeus ei ulotu. Palautettavan omaisuuden suhteen muutoin on luontevaa noudattaa jäämistöoikeudellisia säännöksiä mm. omaisuuteen pantujen kustannusten ja tuoton nauttimisen osalta.

⁵⁴ Ks. *Lødrup Arverett*, 1999, s. 257–258 ja *Finn Taksøe-Jensen*: Skifte af dødsboer, København 1998, s. 518. Saksassa osakkaan sivuuttamista jaossa tarkastellaan perusteettomana etuna, minkä vuoksi tilanne ei automaattisesti johda saadun omaisuuden palauttamiseen (BGB § 2018 ja § 2019), mistä tarkemmin *Hans Brox*: Erbrecht, 20. Auflage, Köln 2003, s. 327 ss.

⁵⁵ Myös Suomessa on otettu ensimmäinen askel perillisen perintöön kohdistuvan luottamuksen suojaamiseksi perillisen velkavastuu-uudistuksen myötä (L 783/2004). Perinnönjaon peruuntuessa PK 21 luvun perusteella, jos perinnönjako on suoritettu ennen kuin kaikki perittävän velat on maksettu, perillisen perinnönjaossa saaman omaisuuden palautusvastuuta voidaan nimittäin sovittelalla painavasta syystä (PK 21:8c). Sovittelun edellytyksenä on käytännössä perittävän vilpittömän mielen maksamattomina olleista veloista. Sovittelun on oltava lisäksi perillisen taloudenpidon kannalta tarpeellista, eli palautusvastuun tulisi johtaa perillisen kannalta taloudellisesti tuhoisiin seurauksiin, joten tallella oleva perintö käytännössä joudutaan palauttamaan velkojen maksuun. Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle perintökaaren velkavastuusäännösten muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi 14/2004 vp, s. 36–37. Velkojen aikaisemmin erittäin vahvasta asemasta ks. *Tapani Lohi*: Vastuu kuolleen henkilön velasta, Helsinki 1998, s. 98 ss.

Perusasioita täytäntöönpanokiellosta korkeimmassa oikeudessa

Korkeimmassa oikeudessa käsiteltäviä tavallisia muutoksenhakujuuttuja koskevasta täytäntöönpanokiellosta¹ säädetään oikeudenkäymiskaaren (OK) 30 luvun 23 §:ssä. Sen mukaan korkein oikeus voi, milloin syytä on, ennen muutoksenhakuasian ratkaisemista määrätä, ettei hovioikeuden ratkaisua ole toistaiseksi pantava täytäntöön tai täytäntöönpanoa jatkettava.

MILLAISET RATKAISUT VOIVAT OLLA TÄYTÄNTÖÖNPANOKIELLON KOHTEENA?

Muutama vuosi sitten kuumana elokuun päivänä olin täytäntöönpanovuorossa eli korkeimpana oikeutena ratkaisemassa täytäntöönpanokieltoasioita. Esittelijä tuli esittelemään kiireellisenä seuraavaa asiaa:

Etelä-Suomessa oli vireillä riitaisa perinnönjakotoimitus, jossa käräjäoikeus oli määrännyt pesänjakajan myymään jäämistöön kuuluvan merkittävän maaomaisuuden. Hovioikeus oli pysyttänyt käräjäoikeuden päätöksen. Eräät kuolinpesän osakkaat hakivat korkeimmalta oikeudelta valituslupaa kaikilla perusteilla. Hakijat väittivät, että hovioikeuden ratkaisu merkitsi uusien oppien noudattamista myyntilupa-asioissa; se oli vastoin yleistä oikeuskäytäntöä; erään hakijana olevan osakkaan kuulemisessa oli virhe; asialla oli suuri merkitys kuolinpesän maita tähän asti viljelleille hakijoille. Hakijat pyysivät lisäksi hovioikeuden päätöksen täytäntöönpanon kieltämistä. Kieltoa he perustelivat sillä, että pesänjakaja oli myy-

¹ Jos täytäntöönpano on aloitettu, määrätään OK 30:23:n nojalla täytäntöönpano keskeytettäväksi. Yksinkertaisuuden vuoksi jäljempänä puhun vain täytäntöönpanon kieltämisestä, koska keskeyttäminen ja kieltäminen eivät esimerkiksi edellytyksien osalta eroa toisistaan.

mässä huutokaupalla kiinteistöjä ja jakaja oli kuuluttanut huutokaupan pidettäväksi siten, että esittelypäivänä siihen oli aikaa muutama päivä.

Tapaus vaikutti prejudikaattiperusteella kiintoisalta, jopa siinä määrin, että arvioni mukaan olisin itse voinut ajatella vakavasti valituslupan myöntämistä, jos olisin valituslupaa ratkaisemassa. Mutta selvänä pidin sitä, että hovioikeuden päätöksen täytäntöönpanoa en kieltäisi. Miksi? No siksi, että kyse ei ollut ratkaisusta, jonka täytäntöönpanon olisin OK 30:23:n nojalla voinut kieltää, eikä muutakaan oikeusperustetta kiellon antamiselle ollut.

OK 30:23 liittyy kiinteästi sitä edeltävään OK 30:22:een. Sen mukaan sellainen hovioikeuden ratkaisu, jonka osalta muutoksenhakuun tarvitaan valituslupa, pannaan täytäntöön niin kuin lainvoimaisesta tuomiosta on säädetty.

OK 30:22 ja 30:23:ssa tarkoitettulla täytäntöönpanolla on ymmärretty sekä lakia säädettäessä että myöhemmin sitä sovellettaessa vain sellaista täytäntöönpanoa, joka kuuluu täytäntöönpanoviranomaisten tehtäväksi.² Siis täytäntöönpanossa on kyse ulosottolain (UL), lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta annetun lain (HTTpL), rangaistuksen täytäntöönpanosta annetun lain (RTL) ja sakon täytäntöönpanosta annetun lain (SakkoTpL) mukaan täytäntöön pantavista asioista. Sen sijaan sellaisessa hovioikeuden päätöksen noudattamisessa, jonka pesänjakaja aikoi toimeenpanna, ei ole kyse OK 30:23:n tarkoitetusta täytäntöönpanosta, joka olisi kiellettävissä.³ – OK:ssa täytäntöönpanolla on siis suppeampi merkitys kuin arkikielessä, jossa täytäntöönpanoksi voidaan sanoa ratkaisun muutaakin noudattamista.

Lisäksi on pantava merkille, että OK:n tarkoittama täytäntöönpano koskee ainoastaan sellaisia ratkaisuja, jotka kelpaavat täytäntöönpanoperusteeksi ja jotka on lueteltu UL 2:2:ssa. Täytäntöönpanon perusteita ovat yleensä ainoastaan viranomaisten ratkaisut kuten tuomiot ja vain poikkeuksellisesti jotkut muut ratkaisut. Kun tuomioistuin kieltää osakeyhtiön yhtiökokouksen tai yhdistyksen kokouksen päätöstä koskevassa moiteoikeudenkäynnissä OYL 16:3:n tai YhdL 34 §:n nojalla kokouspäätöksen täytäntöönpanon, kyse ei ole OK 30:23:n tarkoittamasta täytäntöönpanon kieltämisestä. OK:n

² Ks. *Lindholm, Per*: Lainvoima ja täytäntöönpanokelpoisuus, LM 1981 s. 415 ss; *sama*: Rättegångsbalken 30:23; exigibilitet eller laga kraft? JFT 1979 s. 150 ss. ja *Leivonen, Johannes*: Kokemuksia ja näkökohtia korkeimman oikeuden uudesta valituslupajärjestelmästä, DL 1981 s. 217 ss.

³ Ks. myös jäljempänä av 8.

näkökulmasta kyse on kokouspäätöksien vahvistamisvaikutuksen lykkäämisestä tai OYL:n ja YhdL:n terminologian mukaan yhteisön sisäisen, hallinnollisen täytäntöönpanon kieltämisestä.

Toisaalta esimerkissä mainittu hovioikeuden myyntimääräyspäätös ei ole myöskään ole sellainen ratkaisu, jota koskisi OK 30:22. Se ei siis ole sellainen ratkaisu, joka olisi täytäntöön pantavissa kuten lainvoimainen hovioikeuden ratkaisu. Kyse on muotoamISRatkaisusta, joka laajentaa pesänjakajan toimivaltuuksia eli antaa hänelle kelpoisuuden myydä jäämistöomaisuutta. Muotoamistuomion oikeusvaikutukset alkavat säännönmukaisesti vasta sen lainvoimaisuudesta. Jakaja voi siis noudattaa myyntimääräystä vasta, kun se on lainvoimainen.

TUOMIO-OPPEJA

Tuomion oikeusvaikutuksista

Prosessioikeudellisen kirjallisuuden⁴ mukaan tuomiolla on monenlaisia oikeusvaikutuksia, joista tärkeimmät ovat: (a) oikeusvoima eli tuomion sitova vaikutus uudessa oikeudenkäynnissä; (b) muotoamis- eli konstitutiivinen vaikutus, josta on kysymys, kun tuomio muuttaa jotakin oikeussuhdetta, esimerkiksi henkilön sukuasemaa tai hänen toimintapiiriään tai -kelpoisuuttaan; (c) täytäntöönpanokelpoisuusvaikutus. Näiden lisäksi muita tuomion oikeusvaikutuksia ovat: (d) todistusvaikutus, jonka mukaan tuomiossa todetut tosiseikat voidaan ottaa huomioon oikeudenkäyntiaineistona tulevassa toisessa oikeudenkäynnissä; (e) tuomion prejudikaattivaikutus, jonka mukaan korkeimman oikeuden oikeuskysymyksessä ottama kanta voi tosiasiallisesti sitoa alempia oikeuksia. Tämän esityksen tarkoituksia varten tähän viisikohtaiseen luetteloon voisi liittää kuudennen kohdan, nimittäin (f) tuomion hallinnolliset vaikutukset. Niillä tarkoitan esimerkiksi sitä, että muotoamistuomion perusteella hallintoviranomaiset – esimerkiksi maistraatit – ovat velvollisia tekemään merkintöjä väestötietojärjestelmään ja kaupparekisteriin.⁵

⁴ Ks. esim. *Tirkkonen, Tauno*: Suomen prosessioikeus pääpiirteittäin. Toim. Jouko Halila. (5. p., 1980) s. 228–229.

⁵ Ks. myös *Lindholm, LM* 1981 s. 419, jossa kirjoittaja puhuu tuomiosta aiheutuvista hallinnollisista toimenpiteistä tai seurauksista.

Tärkeää on huomata, että kaikilla tuomioilla ei ole näitä kaikkia vaikutuksia. Olennaista on, että täytäntöönpanovaikutus liittyy vain määrätynlaisiin tuomioihin. Vaikka tuomiosta säännönmukaisesti seuraa arkielämässä monenkirjavia toimeenpano- ja noudattamistehtäviä – joita arkikielessä saateetaan kutsua täytäntöönpanoksi – sillä täytäntöönpanolla, jota täytäntöönpanovaikutuksella tarkoitetaan, on yleiskielistä merkitystä selvästi suppeampi merkitys. Täytäntöönpanovaikutus on vain sellaisen velvoitteen sisältävällä ratkaisulla, jonka täytäntöönpanoviranomaiset voivat pakkotoimin toimeenpanna.

Millaisilla tuomioilla on täytäntöönpanovaikutus?

Kysymys siitä, millaisilla tuomioilla on täytäntöönpanovaikutus, näyttäisi olevan ongelmallinen lähinnä, kun kyse on siviilijuttujen tuomioista. Rikostuomioiden täytäntöönpanovaikutus on yleensä helppo selvittää.

Rikosasiassa annettu tuomio on ROL 11:4.2:n mukaan joko syylliseksi tuomitseva (langettava) tai vapauttava. Langettavat rikostuomiot saattavat sisältää monenlaista täytäntöönpantavaa: vankeusrangaistuksen, sakon, valtiolle tuomittavan menettämisestä seuraamuksen tai korvauksen, asianomistajalle tuomittavan vahingonkorvauksen ja oikeudenkäyntikulujen korvauksen. Sen sijaan rikostuomiossa määrättyllä ehdollisella rangaistuksella ei ole täytäntöönpanovaikutusta vaan ainoastaan hallinnollinen vaikutus: ehdollinen rangaistus merkitään rikosrekisteriin.

Liiketoimintakieltoon ja lähestymiskieltoon ei liity täytäntöönpanovaikutusta.⁶ Näitä kieltoja koskevien lakien mukaan kieltoihin liittyy hallinnollinen rekisteröintivaikutus, mutta muuten niiden vaikutus näyttää olevan pelkästään toimintapiiriä rajoittava; voisi sanoa, että kyseessä on muotoamis- eli konstitutiivinen tuomio. Kieltojen tehosteena on rangaistusuhka (RL 16:9a ja 16:11). Niitä ei siis tehosteta uhkasakolla, joka antaisi ulosottoviranomaisille täytäntöönpanovaltuudet (UL 6a:16–17). Kieltoja valvoo poliisi, mutta kyse on lähinnä hallinnollisesta valvonnasta (LiikKieL 21a § ja LähKieL 15 §).

⁶ Ks. myös Linna, Tuula – Leppänen, Tatu: Ulosottomenettely (2. p., 2005) s. 71.

Siviiliprosessin päättävät tuomiot on kirjallisuudessa⁷ jaettu niiden lopputuloksen sisällön mukaan kolmeen ryhmään: (a) suoritustuomiot, (b) vahvistustuomiot ja (c) muotoamis- eli konstitutiiviset tuomiot.

(a) *Suoritustuomiossa* annetaan suorituskäskeä tavallisesti positiiviseen suoritukseen – rahamääräiseen maksuun, esineen luovuttamiseen tai majanmuuttoon eli häätöön. Joskus tuomio voi sisältää käskyn negatiiviseen suhtautumiseen kuten velvollisuuden olla tekemättä jotakin (kieltovelvoite) tai velvollisuuden sallia, että vastapuoli tekee jonkin toimenpiteet, jos käsketty ei sitä tee (sietämisvelvoite). Vain suoritustuomiot ovat täytäntöönpanolainsäädännön mukaisesti täytäntöön pantavissa. Niiden tärkein oikeusvaikutus onkin juuri täytäntöönpanokelpoisuus.

Ulosottolain mukaan täytäntöön pantavissa olevat suoritustuomiot on lueteltu UL 1:1:ssä. Ne ovat:

- maksuvelvoite
- luovutusvelvoite
- häätö
- tekemisvelvoite⁸
- kieltovelvoite⁹.

(b) *Vahvistustuomiossa* vahvistetaan, että asianosaisten välillä on voimassa tietty oikeussuhde tai sitä ei ole: vahvistetaan tai julistetaan, että kiinteistönkauppa tai yhtiökokouksen päätös on pätemätön. Tällainen vahvistustuomio ei vaadi tehokkuutensa tueksi mitään täytäntöönpanotoimia – siis sellaisia

⁷ Ks. esim. *Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus II* (2001) s. 357 ss.

⁸ Alussa esimerkkinä mainitussa tuomioistuimen PK 23:8.2:n nojalla pesänjakajalle antamassa määräyksessä omaisuuden myymisestä on kyse tuossa asiassa hakijana olevan jakajan itselleen hakemasta toimivaltuuksiansa laajentamisesta. Jakajan normaaleihin toimivaltuuksiinhan ei kuulu omaisuuden myyminen. Vaikka lain sanamuodon mukaan jakaja määrätään myymään omaisuus, jakajajärjestelmän kannalta kyse ei ole jakajaa velvoittavasta ratkaisusta, vaan siitä, että jakaja oikeutetaan myymään määrääomaisuus. Kyse ei siis ole sellaisesta tekemisvelvoitteesta, jota UL 6a:12–15 tarkoitetaan. Kyseisissä lainkohdissa on kyse asetelmasta, jossa kantaja on vaatinut vastaajan velvoittamista tekemään jotain. Kun kanne hyväksytään, vastaajalle määrätään velvollisuus yleensä sakon uhalla tehostettuna.

⁹ Kysymys siitä, koska kieltovelvoitteet – esimerkiksi OK 7:3:n nojalla annetut velvoitteet – ovat täytäntöönpantavissa, saattaa olla ongelmallista. UL 6a:16.1:n mukaan kieltovelvoitteen täytäntöönpano toimitetaan siten, että ulosottomies hakee kieltovelvoitteen tehosteeksi asetetun uhkasakon tuomitsemista tai jos uhkasakkoa ei ole asetettu, määräämällä ensin sakon uhan. Näin ollen voisi väittää, ettei kieltovelvoitteen täytäntöönpano ole mahdollista ennen kuin uhkasakon tuomitsemisen tai määräämisen edellytykset ovat käsillä.

täytäntöönpanotoimia, joita UL:ssa tarkoitetaan. Jos hovioikeus kumoaa käräjäoikeuden yhtiökokouksen päätöksen pätemättömäksi julistaneen tuomion, yhtiökokouksen päätös ei nytkään ole OK 30:22:n tarkoittamalla tavalla täytäntöön pantavissa lainvoimaisen tuomion veroisesti. Se, miten moitteenalaisen lainvoimaa vailla olevan yhtiökokouksen päätöksen hallinnollista toimeenpanoa yhtiön sisällä ja kaupparekisterissä voidaan jatkaa, riippuu osakeyhtiö- ja kaupparekisterilainsäädännöstä.

OYL 16:3:n nojalla tuomioistuimien voi kieltää yhtiökokouksen päätöksen moitetta koskevan oikeudenkäynnin yhteydessä päätöksen täytäntöönpanon. Edellä on jo huomautettu, että koska yhtiökokouksen päätös ei ole UL 2:2:n mukainen täytäntöönpanon perusta¹⁰, kyse ei ole OK 30:23:ssa tarkoitetusta täytäntöönpanon kieltämisestä, vaan tuomio-oppien näkökulmasta yhtiökokouksen päätöksen vahvistamisvaikutuksen lykkäämisestä tai OYL:n terminologian mukaan yhtiön sisäisen hallinnollisen täytäntöönpanon kieltämisestä. Yhtiökokouksen päätöksethän ovat sinänsä heti yhtiön sisällä hallituksen ja toimitusjohtajan toimin toimeenpantavissa, ellei erikseen ole muuta säädetty.¹¹

(c) *Muotoamistuomiossa* taas muutetaan tiettyä oikeussuhdetta tai oikeustilaa siten, että tuomio itsessään saa muutoksen aikaan. Tällaisia tuomioita ovat esimerkiksi avioero-, isyyden vahvistamis- ja kumoamisratkaisut sekä toimintakelpoisuuden rajoittamista koskevat holhousoikeudelliset ratkaisut. Muotoamistuomion ja vahvistamistuomion välillä ei suurta eroa ole, mutta perinnäisesti ero on nähty siinä, että muotoamistuomioon kuuluu indispositiivisluontoinen vahvistuselementti: esimerkkinä olevissa tilanteissa avioeroa, sukulaisuussuhdetta tai toimintakelpoisuuden rajoittamista ei voida pätevästi saada aikaan pelkästään asianosaisten välisin sopimuksin.

Tällaisista muotoamistuomioista seuraa erilaista toimeenpanoa: tuomioistuimien on velvollinen tekemään avioero-, isyys ja toimintakelpoisuusratkaisusta ilmoitukset väestötietojärjestelmään merkitsemistä varten, ja lisäksi toimintakelpoisuuden rajoitus ilmoitetaan kyseiselle holhousviranomaiselle. Erikseen on säännelty, missä vaiheessa ilmoitus ja rekisterimerkintä tehdään

¹⁰ Poikkeuksena AsOyL 84.2 §:ssa tarkoitettussa tapauksessa huoneiston haltuunottoa koskeva päätös, jonka nojalla yhtiö on oikeutettu saamaan virka-apua.

¹¹ Ks. esim. *Kyläkallio, Juhani – Iirola, Olli – Kyläkallio, Kalle: Osakeyhtiö* (3. p., 2002) s. 777 s.

– heti ratkaisun antamisen jälkeen vai vasta sitten kun ratkaisu on tullut myöhemmin noudatettavaksi (ks. A tuomioistuimen ilmoituksista väestötietojärjestelmään 3 § ja A holhoustoimesta 6–7 §).

Joku saattaa kutsua isyyden vahvistamistuomion täytäntöönpanoksi sitä, että perinnönjaossa lapselle, jonka isäksi perittävä on toimitusjaon aikana vahvistettu, jaetaan toimituksessa jako-osuutta. Mutta OK 30:22 ja 30:23 kannalta asia on selvä. Rekisterimerkinnät ovat hallinnollista toimeenpanoa eivätkä OK 30:22–23:n säännösten mukaista tuomioiden täytäntöönpanoa, ja isyyssratkaisun huomioon ottamisessa perinnönjaossa on kyse isyystuomion noudattamisesta eikä OK 30:22–23:n mukaisesta täytäntöönpanosta. Ja kun kyse ei ole OK 30:23:n mukaisesta täytäntöönpanosta, sitä koskevaan täytäntöönpanokieltopyyntöön ei voida suostua. Pahasti on erehtynyt se, joka väittää tällaisesta täytäntöönpanokieltopyynnön hylkäävästä ratkaisusta seuraavan, että jako-osuus voidaan luovuttaa lapselle heti, vaikka hovioikeuden tuomio ei olekaan lainvoimainen. Isyystuomiolla ei ole täytäntöönpanovaiikutusta vaan ainoastaan muotoamisvaikutus, joka käy noudatettavaksi vasta, kun se on lainvoimainen.¹²

Tuomion oikeusvaikutuksien alkaminen

Lähtökohtana on, että tuomion oikeusvaikutukset alkavat vasta tuomion lainvoimaisuudesta, siis viime kädessä silloin, kun korkein oikeus on antanut asiassa ratkaisunsa.

Tuomion täytäntöönpanovaikutukset on kuitenkin säädetty alkaviksi asteittain jo paljon ennen kuin tuomio on saanut lainvoiman. Esimerkiksi käräjäoikeuden lainvoimaa vailla olevan maksutuomion nojalla velallisen omaisuutta voidaan ulosmitata, ellei velallinen aseta torjuntavakuutta; ulosmittausta omaisuutta ei kuitenkaan saada myydä ilman velallisen suostumusta paitisi, jos kyse on nopeasti pilaantuvasta omaisuudesta (UL 2:5). Hovioikeuden sellainen maksutuomio, jonka osalta muutoksenhakuun tarvitaan valituslupa, saadaan panna täytäntöön kuten lainvoimainen tuomio, mutta velkoja ei kuitenkaan saa nostaa kertyneitä varoja muuten kuin vakuutta vastaan (UL 2:10.1 ja 6:1.2). Muut hovioikeuden velvoitustuomiot voidaan yleensä panna täytäntöön loppuun asti.¹³

¹² Ks. myös *Leivonen* DL 1981 s. 219.

¹³ Ks. *Linna – Leppänen* (2005) s. 119.

Poikkeuksellisesti myös tuomion muotoamisvaikutukset on erikseen säädetty noudatettavaksi aikaisemmasta ajankohdasta kuin lainvoimasta lukien. Esimerkiksi määrättyt käräjäoikeuden antamat holhoustoimilain mukaiset ratkaisut käyvät noudatettavaksi lainvoimaa vailla olevina (HolTL 85.1 §). Ja ellei hovioikeus erikseen muuta määrää, kaikkia hovioikeuden antamia HolTL 8 luvussa tarkoitettuja ratkaisuja tulee heti noudattaa, vaikka asiassa haettaisiinkin valituslupaa (HolTL 85.2 §). Liiketoimintakieltola ja lähestymiskieltoa koskevia ratkaisuja on noudatettava heti, kun ne on annettu, siis vaikka päätökset eivät ole lainvoimaisia. Muutoksenhakemusta käsittelevä ylempi tuomioistuin voi kuitenkin määrätä toisin, esimerkiksi, että ratkaisua tulee noudattaa vasta kun se on saanut lainvoiman (LiiktKieltL 9.2 § ja LähKieltL 7.1 §). Kun tuomion muotoamisvaikutukset näissä tapauksissa alkavat pääsääntöisesti ennen ratkaisun lainvoimaisuutta, sisältyy lakeihin siis mahdollisuus määrätä, että ratkaisun muotoamisvaikutusta tai sen noudattamisen alkamista lykätään. Kyse ei kuitenkaan ole täytäntöönpanon kieltämisestä vaan *muotoamisvaikutuksen lykkäämisestä*. Sen perusta ei ole korkeimman oikeuden osalta OK 30:23:ssa vaan kyseisissä erikoislaissa.

Yleisesti kannattaa panna merkeille lakien laatimisen systematiikka. Lait laaditaan siten, että tuomioistuimien ratkaisut ovat sekä täytäntöönpantavissa että muuten noudatettavissa vasta, kun ne ovat saaneet lainvoiman. Jos tästä on poikettu, siitä on säädetty erikseen.

OK 30:23 JA MUUT VÄLIAIKAISTA OIKEUSSUOJAA ANTAVAT NORMIT

Edellisten kohtien tarkastelun lähtökohtana oli OK 30:23:ssa tarkoitetun ’täytäntöönpanon’ merkityssisällön suppeus. Asiaa selvitellessä huomattiin kuitenkin, että oikeusjärjestyksessämme on monia erityissäännöksiä, joiden nojalla voidaan määrätä tuomioiden muiden oikeusvaikutuksien kuin täytäntöönpanovaikutuksen voimaantulosta. Voidaan puhua muotoamis- tai vahvistamisvaikutuksen voimaantulon lykkäämisestä (LiiktKieltL, LähKieltL ja HolTL) tai yhteisön sisäisen hallinnollisen toimeenpanon kieltämisestä (OYL 16:3 ja YhdL 34 §). Hakijan näkökulmasta voidaan sanoa, että kysymys on siitä, mistä hän saa *väliaikaista oikeussuojaa* muutoksenhakemuksen käsittelyn ajaksi.

Vaikka asian lopputulos saattaa olla eri tapauksissa samantyyppinen, määräyksen pyytäjän ja pyynnön ratkaisijan on syytä tietää, mihin oikeusperusteeseen pyyntö ja sen ratkaiseminen perustuvat. Pyyntöä ja sen ratkaisemista ei pidä perustaa OK 30:23:een silloin, kun oikeusperuste on jossain muualla lainsäädännössämme tai vaikkapa EY-oikeudessa.

Kiintoisana yleisempänä havaintona voi pitää sitä, että tällainen hyvin käytännöllinen erottelu – yhtäältä OK 30:23:een perustuva ja toisaalta erityissään-
nöksiin perustuva väliaikainen oikeussuoja – on ymmärrettävissä parhaiten perinnäisten tuomio-oppien luokittelujen pohjalta. Juridista ajattelua ohjaavilla luokitteluilla ja käsitteillä sekä systematisoinneilla on ennen muuta käytännöllistä voimaa. Tätä on Ahti Saarenpää useissa yhteyksissä korostanut.¹⁴

TÄYTÄNTÖÖNPANOKIELLON EDELLYTYKSET

Muodolliset edellytykset

Kiellon antamisen edellytyksenä on, että hovioikeus on antanut asiassa lopullisen ratkaisunsa. Kysymys siitä, onko pyynnön ratkaisemisen edellytyksenä myös se, että hakija on tehnyt eli pannut vireille myös valituslupahakemuksen ja valituksen, on kiistanalainen. Yhden kannan mukaan pääasian ei tarvitse olla vireillä. Jos pyyntöön suostutaan, täytäntöönpano kielletään sillä uhalla, että se raukeaa, jos lupahakemusta ja valitusta ei tehdä määräajassa. Toisen kannan mukaan kieltopyyntöön ratkaisemisen edellytyksenä on muutoksenhakemuksen vireilläolo. Kiiretapauksissa riittää ylimalkainen lupahakemus ja valitus. Käytännössä näiden kantojen erot eivät ole suuret. Joku voi väittää, että jo kieltopyyntöön sisältyy tulkinnallisesti karu lupahakemus ja valitus. Kun tietää kysymyksen kiistanalaisuuden, kannattaa äärimmäisen kiireellisissäkin pyynnöissä varmuuden vuoksi aina kirjoittaa jonkinlainen lupahakemus ja valitus, joita täydennetään myöhemmin.¹⁵

¹⁴ Ks. esim. *Saarenpää, Ahti*: Tasajaon periaate (1980) s. 26 ss. ja 42 ss.

¹⁵ Tunnetussa monopolisessa Rogersin poikien kaappausta koskevan asian viimeisessä päätöksessä eli täytäntöönpanoriidassa Itä-Suomen hovioikeus antoi perjantai-
aamuna 26.11.2004 päätöksen, jonka mukaan pojat tuli palauttaa äitinsä huostaan. Isä haki täytäntöönpanokieltoa kello 13. Korkein oikeus kielsi hovioikeuden päätöksen täytäntöönpanon saman päivän iltana. Hakemukseen sisältyi myös valituslupahakemus ja valitus, joita täydennettiin myöhemmin 1.12.2004. Valituslupa myönnettiin 8.11.2004, kun isä oli luopunut hänen hyväkseen säädetystä 60 päivän valitusajasta. Korkein oikeus antoi ratkaisunsa 21.12.2004 (KKO 2004:129).

Täytäntöönpanokiellon antaminen edellyttää kieltä koskevaa hakemusta vain silloin, kun asia tahdotaan saada ratkaistuksi ennen pääasian ratkaisua. Kun muutoksenhakemus on tullut vireille, täytäntöönpano voidaan kieltää myös viran puolesta, siis vaikka sitä koskeva hakemus ei sisältyisikään itse muutoksenhakemukseen. Dispositiivisissa jutuissa tämä voi tulla kyseeseen hyvin harvoin.

Vaikka siis kiellon antamisen edellytyksenä ei aina olekaan asiaa koskevan hakemuksen tekeminen, käytännössä kiellot annetaan miltei yksinomaan hakemukseen perustuen.

Täytäntöönpanokiello on mahdollinen myös ylimääräistä muutoksenhakemusta koskevissa jutuissa eli kantelu-, purku- ja määräajanpalauttamisjutuissa (OK 31:4.3; 31:13 ja 31:18.2). Käytännössä näissä asioissa kiellot ovat harvinaisia.

Aineelliset edellytykset

OK 30:23 asettaa kieltopäätöksen aineelliseksi hyväksymisedellytykseksi kiellon aiheellisuuden ”milloin syytä on”.¹⁶ Käytännön ratkaisutoiminnassa joudutaan harkitsemaan kahta seikkaa: ensiksikin sitä millä todennäköisyydellä hovioikeuden ratkaisu tulee muuttumaan; ja toiseksi osapuolten vahinkoriskejä.

Näiden seikkojen harkinta tapahtuu usein yhtä aikaa ja limittäin sekä vuorotellen toisiaan vasten punniten, mikä johtuu siitä, että hovioikeuden ratkaisun muuttumisen todennäköisyyttä joudutaan harkitsemaan summittaisemmin kuin valituslupa- ja valitusvaiheessa. Seuraavassa esittelen kaavamaisesti niitä seikkoja, jotka punninnassa otetaan huomioon siten, että ensin pohditaan ratkaisun muuttumistodennäköisyyttä ja sitten vahinkoriskejä.

Hovioikeuden ratkaisun muuttumisen todennäköisyys

Jotta täytäntöönpano tulisi kielletyksi, on edellytettävä jonkinasteista todennäköisyyttä, että hakijalle

- myönnetään valituslupa ja että hän myös
- voittaa pääasiansa.

¹⁶ Ylimääräisessä muutoksenhaussa edellytys on OK 31:4.3:n nojalla sama.

Jos hakemusta joudutaan harkitsemaan ennen valituslupaesittelyä, harkinta on tietysti summittaisempaa kuin valituslupavaiheessa. Prejudikaattiperusteen monipuoliseen pohdintaan ei tällöin ole samaa tilaisuutta kuin lupaesittelyssä. Jos asiassa on vedottu purkuperusteeseenkin, joudutaan usein tyytymään sen selvittelyyn, onko hovioikeuden ratkaisussa selvä, silmille hypäävä virhe

Vahinkopunninta

Jos lupa todennäköisesti myönnetään ja ratkaisu myös tulee hakijan eduksi muuttumaan, kieltopäätöksen harkinnassa on punnittava¹⁷:

- yhtäältä sen vahingon laatua ja määrää, joka hakijalle voi aiheutua mahdollisesta virheellisestä täytäntöönpanoperusteeseen nojautuvasta täytäntöönpanosta: mitä enemmän vahinkoa täytäntöönpanosta aiheutuisi hakijalle ja mitä vaikeampaa täytäntöönpanon peruuttaminen olisi, sitä perustellumpaa täytäntöönpanon kieltäminen on; ja
- toisaalta vahinkoa, joka velkojalle voi aiheutua täytäntöönpanon aiheuttomasta viipymisestä: mitä enemmän ja peruuttamattomampaa vahinkoa velkojalle kieltämisestä olisi, sitä perustellumpaa on hylätä kieltohakemus.

Punninnassa ovat vastakkain hakijan oikeusturva ja hänen vastapuolensa ainakin hovioikeudessa todettuihin oikeuksiin pääsy. Erityistä huomiota kiinnitetään täytäntöönpanosta aiheutuvan vahingon lopullisuuteen. Väärän vankeusrangaistuksen suorittamisen aiheuttama vapauden menetys on lopullista, vaikka valtio sen rahallisesti hyvittäisikin. Siviiliasioissa harkinnassa otetaan huomioon se, onko täytäntöönpano lainvoimaa vailla olevan hovioikeuden tuomion nojalla saatettavissa loppuun. Tässä suhteessa merkityksellistä on, että maksuvelvoitteen täytäntöönpano ei merkitse oikeudenmenetystä, koska velkoja saa nostaa kertyneet varat vain vakuutta vastaan (UL 2:10.1 ja 6:1.2). Sen sijaan muut velvoitteet – häätö-, luovutus-, tekemis- ja kieltovelvoite – ovat yleensä täytäntöön pantavissa loppuun saakka¹⁸ ja niissä myös oikeudenmenetys voi olla lopullista, erityisesti häätö ja pakkohuutokauppa on tapana mainita tästä klassisina esimerkkeinä.

¹⁷ Ks. Linna – Leppänen (2005) s. 124 ss. ja siellä mainittu kirjallisuus.

¹⁸ Ks. Linna – Leppänen (2005) s. 119.

TÄYTÄNTÖÖNPANOKIELTOASIAN KÄSITTELYSTÄ

Erillinen täytäntöönpanokieltopyyntö toimitetaan hovioikeuteen. Sieltä hakemus ja jutun asiakirjat toimitetaan korkeimpaan oikeuteen heti, siis esimerkiksi luvattua valituslupahakemuksen täydennystä odottamatta.

Tavallisissa valituslupajutuissa jo heti korkeimman oikeuden kirjaamossa tarkastetaan, sisältyykö hakemukseen kieltopyyntö. Jos kieltoa on pyydetty, asiakirjat merkitään sitä tarkoittavalla huomautuslapulla. Täytäntöönpanon vaihe on tarkastettava ennen pyynnön esittelyä. Tarkastaminen on viime kädessä esittelijän vastuulla.

Jos kieltopyyntö on tarpeen ratkaista ennen pääasian esittelyä, esimerkiksi ennen valituslupaesittelyä, pyynnön ratkaisee esittelystä yksi korkeimman oikeuden jäsen. Tavallisesti esittely tapahtuu suullisesti erillistä muistiota laatimatta, mutta tavatonta ei ole, että esittelijä laatii asiasta lyhyen muistion, joka on sitten pohjana hänen myöhemmälle valituslupamuistiolle. Vastapuolta ei yleensä kuulla. Esittelyssä olennaista ratkaisuaineistoa ovat hakijan hakemus ja hovioikeuden ratkaisu, ja käsillä ovat myös jutun asiakirjat. Esittelyssä keskitytään kiellon edellytyksien harkintaan, siis yhtäältä lupa- ja muuttumiskysymykseen ja toisaalta vahinkopunnintaan.

Läheskään kaikkia kieltopyyntöjä ei tuoda erilliseen esittelyyn. Esittelijät jättävät kieltopyyntönsä ratkaistavaksi valituslupaesittelyyn kolmessa tyyppitapauksessa: (i) kyse on hovioikeuden ratkaisusta, jolla ei ole täytäntöönpanovaikutusta; (ii) täytäntöönpanon vaihe ei vaadi erillistä ratkaisua; esimerkiksi kihlakunnanvouti tai rikosseuraamusvirasto on myöntänyt vankeusrangaistukseen tuomitulle lykkäystä rangaistuksen suorittamisesta (RTL 2:1b–1d); (iii) kyse on tapauksesta, jossa pyynnön, valituslupahakemuksen ja hovioikeuden ratkaisun perusteella on aivan selvää, ettei valituslupaa tulla myöntämään.

Erilliseen esittelyyn esittelijä tuo sekä sellaiset pyynnöt, jotka todennäköisesti johtavat kieltoon, että sellaiset pyynnöt, joiden ratkaisemisesta hän on epävarma.

Kuten edeltä selviää, täytäntöönpanokieltoasiat ovat selvästi esittelijäveltoisia. Tästä seuraa, että jos asiassa on tarpeellista ottaa johonkin henkilöön yhteyttä, kontakti pitää ottaa esittelijään.

RATKAISUN SISÄLTÖ

Pyynnön johdosta annettava ratkaisu on yleensä joko se, että kieltoa ei anneta, tai se, että täytäntöönpano kielletään. Ratkaisu on vain senhetkinen eikä saa oikeusvoimaa: kielteisestä ratkaisusta huolimatta täytäntöönpano voidaan kieltää asian myöhemmässä käsittelyvaiheessa – siis joko valituslupaa ratkaistaessa tai vielä valitusasian käsittelyssä. Kielto voidaan tuolloinkin antaa joko viran puolesta tai aikaisemman pyynnön tai uuden hakemuksen johdosta.

Asioissa, joiden täytäntöönpano toimitetaan UL:n nojalla, kiellon sisältöä määrättäessä UL 2:13.1:n nojalla noudatetaan soveltuvin osin UL 9:14–17:n säännöksiä. Tämä tarkoittaa, että siviiliasioissa kieltoja ei ole pakko määrätä joko–tai-periaatteella, vaan kielto voidaan määrätä myös kohteelltaan tai täytäntöönpanon vaiheeltaan osittaisena ja tilanteeseen räätälöitynä (UL 9:15.1). Määrättyyn täytäntöönpanovaiheeseen rajatulla kiellolla voidaan vähentää myös hovioikeudessa voittaneen velkojan riskejä.

Jos kieltopyyntöön ei suostuta, asiasta ei yleensä tehdä erillistä toimituskirjaa, vaan hakijalle ilmoitetaan asiasta esittelijän kirjeellä. Pynnön epämissen perusteita kirjeessä ei kerrota. Jos täytäntöönpano kielletään, ratkaisusta laaditaan toimituskirja, joka toimitetaan hakijalle ja esittelijän harkinnan mukaan myös vastapuolelle. Tästäkään ratkaisusta eivät sen perusteet ilmene. Jos kyse on jo alkaneen täytäntöönpanon keskeyttämisestä, asiasta ilmoitetaan ulosottomiehelle. Rikosasioissa ilmoitukset kiellosta tai keskeyttämisestä lähetään oikeusrekisterikeskukselle, rikosseuraamusvirastolle ja täytäntöönpanovaiheesta riippuen voudille tai vankilaan.

HAKEMUS

Vaikka täytäntöönpano voidaan kieltää viran puolesta, siviiliasiaissa kieltoa ei yleensä koskaan anneta hakemuksetta – ainakaan jos hakijan asiamiehenä on lakimies. Rikosasioissakin kielto viran puolesta voidaan antaa vasta valituslupavaiheessa tai sitäkin myöhemmin.

Jos kieltoon on asiallisia syitä, sitä pitää siis hakea. Toisaalta jos mitään todellista tarvetta kieltoon ei ole, sitä ei pitäisi pyytää, siis pelkästään tavan tai varmuuden vuoksi taikka siinä luulossa, että saisi lupahakemuksen nopeammin käsiteltyksi.

Kun asianajaja kirjoittaa erillisen täytäntöönpanokieltopyynnön tai sisällyttää sen valituslupahakemukseen, ammattitaitoisen asianajajan hakemuksen erottaa muiden hakemuksista seuraavat seikat:

1. pyynnöstä ilmenee totuudenmukaisesti täytäntöönpanon senhetkinen tila ja vaihe;
2. pyyntö on perusteltu: mikä on se lopullinen vahinko, jonka hakija kärsii, jos kieltä ei anneta.

Ja tietysti kaiken pohjalla pitää olla asiallinen ja jämpä valituslupahakemus sellaisessa asiallisessa asiassa, jossa valituslupa myönnetään.

OIKEUSINFORMATIIKKA

Ahti Saarenpää suomalaisen oikeusinformatiikan tienraivaajana

JOHDANTO

Professori Ahti Saarenpää on energinen ja monesta asiasta kiinnostunut persoona, joka opettajana ja tutkijana liikkuu suvereenisti useiden eri oikeudenalojen alueella niin kansallisilla kuin kansainvälisillä foorumeilla. Toisille Ahti on tuttu perhe- ja jäämistöoikeuden tutkijana, toisille taas oikeusinformatiikan suomalaisena kehittäjänä. Onpa Ahti ehtinyt sanansa sanoa myös oikeusteoreettisissa piireissä, oikeustieteellisen koulutuksen kehittäjänä, oikeushallinnon opettajana Pohjois-Suomen tuomarikoulussa, eri ammattiryhmien kouluttajana, luottamustehtävissä Suomessa ja ulkomailla sekä monessa muussa toiminnassa. Joillekin Ahti on ehkä tutumpi ruokakulttuurin vaalijana ”rotissöörien” eli paistinkääntäjien parista.

Tämän kirjoittajat ovat tutustuneet Ahtiin 1980-luvun lopulla tullessaan opiskelemaan tuolloisen Lapin korkeakoulun oikeustieteiden osastoon. Samoihin aikoihin kirjoittajat tutustuivat myös oikeusinformatiikkaan nousevana oikeudenalana. Ahti Saarenpää oli Suomessa ensimmäisiä oikeustieteilijöitä, jotka havahtuivat viimeistään 1980-luvun alussa informaatio- ja viestintäteknologian nopeasti kasvavaan vaikutukseen oikeudellisessa elämässä ja yhteiskunnassa. Kerran kipinän saatuaan hän on varsinaisen perusalansa persoonallisuus-, perhe- ja jäämistöoikeuden ohella jatkanut määrätietoista työskentelyään oikeusinformatiikan vakiinnuttamiseksi ja kehittämiseksi. Yli kaksikymmenvuotisen työskentelyn tuloksena pitkälti Ahdin vaikutusta on se, että meillä on nykyään useita oikeusinformatiikasta väitelleitä tohtoreita ja ensimmäinen alan vakinainen professuuri¹ Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnassa. Tiedekunnassa toimivat myös 1990-lu-

¹ Oikeusinformatiikan professuurin vakinaisen viran täyttö on tätä kirjoitettaessa parhailaan menossa. Hakijoita virkaan on yhdeksän, mikä sekin kertoo alan kehityksestä.

vun alussa perustettu oikeusinformatiikan instituutti sekä oikeusinformatiikan lehtori ja assistentti. Instituutissa työskentelee lisäksi tutkimussihteeri. Näidenkin taustalla on Ahdin sormenjäljet. Ahdin aherruksen myötä oikeusinformatiikka on tunnustetusti saanut tukevan jalansijan suomalaisessa oikeustieteessä.²

AHTI OIKEUSTIETEEN PARIIN

Ahti aloitti oikeustieteiden opintonsa Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 1960-luvun puolivälissä. Ilmeisesti pitkälti professori Aulis Aarnion innostamana ja jo opiskeluaikana tieteenteon kipinän saaneena Ahti työskenteli sittemmin Helsingin tiedekunnassa tutkimusapulaisena ja assistentin viroissa 1970-luvun alkupuoliskolla. Ahti oli myös mukana Aarnion oikeusteoreettisessa keskustelupiirissä, joka oli osaltaan tuottamassa suuren joukon nykyisiä oikeustieteen tohtoreita ja tällä hetkellä virassa olevia oikeustieteen professoreita. 1970-luvun jälkimmäisellä puoliskolla Ahti Saarenpää työskenteli myös Suomen Akatemian yhteiskuntatieteellisen toimikunnan tutkimusassistenttina.

Ahti väitteli huhtikuussa 1980 jäämistö-oikeudesta ja siirtyi jo seuraavana vuonna Rovaniemelle tuolloin vastikään perustetun Lapin korkeakoulun oikeustieteen osaston yksityisoikeuden professoriksi. Ahti olikin Rovaniemen oikeustieteen opinahjon ensimmäisiä opettajia ja on nyt ehtinyt vaikuttaa Rovaniemellä jo neljännesvuosisadan.

Ahdin viran varsinainen ala on persoonallisuus-, perhe- ja jäämistöoikeus. Rovaniemelle siirtymisen aikoihin alkoi kuitenkin myös Ahdin kiinnostus oikeusinformatiikkaan, jota hän on ihailtavasti jaksanut ylläpitää oman ”leipätyönsä” ohella. Voidaan liioittelematta väittää, että Ahti Saarenpää on käytännössä parikymmentä vuotta tavallaan hoitanut kahta professuuria yhtä aikaa ja vieläpä varsin tuloksekkaasti.

² Oikeusinformatiikan aseman tunnustamisesta osoituksena ovat esim. kymmenet alan hakanat teoksessa *Encyclopaedia Iuridica Fennica* (EIF), osa VII, Oikeuden yleistieteet. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja. C-sarja n:o 30. Helsinki 1999 sekä oikeusinformatiikan mukanaolo teoksessa Urpo Kangas (toim.): *Oikeustiede Suomessa 1900–2000*. WSLT. Helsinki 1998, s. 211–220.

AHTI SAARENPÄÄ OIKEUSINFORMATIIKAN OPETUKSEN KEHITTÄJÄNÄ LAPIN YLIOPISTOSSA

Ahdin kertoman mukaan hänen innostuksensa oikeusinformatiikkaan lähti vähitellen liikkeelle 1980-luvun alkupuolella hänen seurattuaan kansainvälistä keskustelua ja osallistuttuaan ensimmäisiä kertoja vuosittaisiin pohjoismaisiin oikeusinformatiikan konferensseihin. Tuolloin Ahti vakuuttui oikeusinformatiikan tulevaisuuden merkityksestä ja tehtävistä.³ Aika oli myös otollinen, sillä Lapin uuden tiedekunnan opetusohjelmaa kehitettiin ja oikeusinformatiikan tapaisen uuden asian mukaan tuominen oli suhteellisen vaivatonta vailla perinteiden taakkaa.

Ahti Saarenpään tietävästi ensimmäisiä merkittäviä oikeusinformatiikkaa puoltavia puheenvuoroja oli artikkeli *Tarvitaanko oikeusinformatiikkaa?*, joka ilmestyi vuonna 1986 Lapin korkeakoulun oikeustieteiden osaston juhla kirjassa. Vastauksena jo tuolloin oli ahtimaiseen tyyliin, että ”oikeusinformatiikka on tarpeellista ja välttämätöntä siitä riippumatta, mitä nimikettä tutkimuksesta ja opetuksesta kulloinkin halutaan käyttää. Jos ja kun tuon nimikkeen käytöllä voidaan edistää uusia kysymyksenasetteluita ja lainopin suuntautumista eteenpäin, oikeusinformatiikka on tervetullut käsitteellinen lisä oikeustieteeseen ja oikeustieteelliseen koulutukseen. Yhteiskunnallisen tehtävänsä täyttääkseen oikeustieteen on tarkoin ja kriittisesti seurattava tekniikan kehitystä. Tämän tehtävän täyttämiseksi yhteiskunnan on puolestaan tarjottava oikeusinformatiikalle riittävät välineet. Oikeustiede ei ole enää vain kirjasadonnainen tiede.”

Samassa artikkelissa Ahti Saarenpää myös painotti sitä, että teknisiä valmiuksia korostettaessa on kuitenkin muistettava teorian merkitys. Ahti katsoi, että oikeusinformatiikka on ja sen tulee olla kaikesta käytännönläheisyydestään huolimatta myös osa oikeusteoriaa. Tällä linjalla hän onkin pyssynyt johdonmukaisesti viimeiset kaksikymmentä vuotta, mikä käy ilmi konkreettisesti verrattaessa hänen ajatuksiaan Lapin yliopiston oikeustieteiden valintakoekirjanakin käytettävässä teoksessa olevan artikkelin *Oikeusinformatiikka*⁴ viimeisimpään versioon vuodelta 2005.

³ Ahti on kylläkin todennut, että oikeusinformatiikan opetuksen alkuvaiheita viivytti ja vaikeutti Suomessa osaltaan se, että hän tietystä vaiheessa seurasi pohjoismaita enemmän saksalaista oikeusinformatiikkaa, joka tuolloin eli eräänlaista lamavaihettaan. Näin Saarenpää, Ahti: *Oikeusinformatiikka*. Teoksessa Urpo Kangas (toim.): *Oikeustiede Suomessa 1900–2000*, 1998, s. 220.

⁴ Ks. Saarenpää, Ahti: *Oikeusinformatiikka*. Teoksessa Risto Haavisto (toim.) *Oikeusjärjestys 2000*, osa I. 4. täydennetty painos. Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja. Sarja C 39. Rovaniemi 2005.

Vuonna 1987 julkaistiin Lapin korkeakoulun Pohjoismaiden instituutin sarjassa *Juridica Lapponica* (nro III) oikeusinformatiikalle omistettu kolmi-kielinen teos, jossa Ahti Saarenpää kirjoittaa *Oikeusinformatiikan opetuksesta ja tutkimuksesta*. Tämän kirjoittajien aloittaessa tuohon aikaan opintojaan oli oikeusinformatiikka jo kiinteästi osa varanotaarin ja oikeustieteen kandidaatin opintojen pakollista sisältöä, jollaisena se jatkuvasti kehittyen on pysynyt näihin päiviin saakka. Vastaavalla tavalla oikeusinformatiikan merkitystä ei ole sisäistetty vielääkään kaikissa oikeustieteellistä opetusta antavissa yksiköissä lukuun ottamatta Vaasan yliopiston talousoikeuden laitosta, jossa oikeusinformatiikkaa pitkään harrastanut professori Asko Lehtonen vaikuttaa.

Pitkälti Ahti Saarenpään vaikutuksesta oikeusinformatiikka on siis kuulunut olennaisena osana oikeustieteellistä perustutkintoa Lapissa suorittavan opiskelijan koulutuksen sisältöön aina 1980-luvun puolivälistä lähtien. Jo useampi opiskelijapolvi on saanut Lapin yliopistosta oikeusinformatiikan perustaitonsa, mistä työmarkkinoilla on tullut vuosien varrella kiitosta. Nykyisellään Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnassa oikeustieteiden maisterin ja oikeusnotaarin tutkintojen perusopintoihin kuuluu 7 opintopisteen laajuinen pakollinen opintojakso *Oikeusinformatiikan perusteet*. Opetus sisältää 20 tuntia luentoja, 12 tuntia verkkopohjaisia pienryhmäharjoituksia sekä laajahkon kirjallisuuskuulustelun. Tämän lisäksi tarjolla on kuusi täydentävää 6–10 opintopisteen laajuista opintojaksoa mm. informaatio- ja tietotekniikkaoikeudesta, viestintäoikeudesta, tietosuojasta ja tietoturvallisuudesta sekä sähköisestä asioinnista. Edelleen vuosittain pidetään oikeusinformatiikan syventävien opintojen tutkimusprojekti, jossa ajan saatossa kymmenet opiskelijat ovat laatineet oikeusinformatiivisen tutkielmansa.

Ahdin aloitteesta Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnassa on järjestetty useana vuonna oikeusinformatiikan kesäkoulu yleensä englanninkielisenä. Kesäkoulun osanotto on ollut runsas, ja opiskelijat ovat voineet suorittaa perusopintojaksoon tai täydentäviin perusopintojaksoihin hyväksyttyjä opintoja. Oikeusinformatiikan kesäkoulussa on vierailut alan huipuja maailmalta, joista mainittakoon professorit Jon Bing, Peter Seipel, Wolfgang Kilian ja Peter Blume monen muun ohella.

AHTI SAARENPÄÄ SUOMALAISEN OIKEUSINFORMATIIKAN TEORIAN KEHITTÄJÄNÄ

Ahti Saarenpää on ollut 1960-luvun puolivälistä alkaneen oikeustieteellisen uransa aikana jatkuvasti kiinnostunut oikeusteoriasta, ja siinä oikeuden systematisoinnista sekä eri oikeudenalojen yleisten ja erityisten oppien kehittämisestä. Tämä näkyy nykyäänkin vahvasti hänen kirjallisessa tuotannossaan erityisesti oikeusinformatiikan ja henkilö- eli persoonallisuus oikeuden puolella. Ahti pitää oikeusteoriaa keskeisenä oikeusinformatiikan taustavaikuttajana.

Oikeusinformatiikan käsitteet ja oppiaineen sisäiset rakenteet vaihtelevat hieman maittain, jopa pohjoismaiden sisällä. Oikeusinformatiikka (rättsinformatik, retsinformatikk, Rechtsinformatik, legal informatics) hakee kehityksensä varsinaiset alkujuuret toisen maailmansodan jälkeen alkaneesta tietotekniikan ja ensimmäisten tietokoneiden kehityksestä, johon liittyvät esiin nousseet oikeudelliset kysymykset mm. hallintoautomaation, tietokoneohjelmien tekijänoikeuden ja ensimmäisten laajojen henkilötietorekistereiden käyttöönoton osalta. Käsitteet ja käsitykset muuttuvat ajassa – tällä hetkellä Ahti määrittelee oikeusinformatiikan seuraavalla tavalla: ”Oikeusinformatiikka on oikeustieteellinen tutkimus- ja opetusala, jonka puitteissa tutkitaan ja opetetaan oikeuden ja informaation sekä oikeuden ja tietotekniikan välisiä suhteita eri muodoissaan samoin kuin niissä ilmeneviä oikeudellisia sääntely- ja tulkintakysymyksiä.”⁵

Ahti Saarenpää on kirjallisessa tuotannossaan erityisesti viime vuosina hakenut oikeusinformatiikalle ns. yleisiä ja erityisiä oppeja. Ahti on nähnyt oikeusinformatiikan vahvasti yhteiskunnan muutoksen tieteenä ja samalla myös kansainvälisenä oikeustieteenä. Kansainvälisten vaikutteiden ja oman ajatuskehittelynsä pohjalta Ahti katsoo *oikeusinformatiikan yleisen osan* puitteissa tutkittavan ennen kaikkea verkkoyhteiskunnan oikeudellistumista, uutta informaatioinfrastruktuuria ja siihen liittyen informaation merkitystä yhteiskunnassa, uudistuvan oikeusvaltion informaationaalisia reunaeh-toja sekä lakimiesten ja yleisemmin lakimiesprofession ammattitaidolle verkkoyhteiskunnassa asetettavia vaatimuksia.⁶

Niin ikään Ahdin jaottelussa, joka on myös pohjana Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan oikeusinformatiikan opetuksessa⁷, *oikeusinforma-*

⁵ Saarenpää, *Oikeusinformatiikka* (2005), s. 1.

⁶ Ks. näistä lähemmin Saarenpää, *Oikeusinformatiikka* (2005), s. 17–30.

⁷ Ks. Lapin yliopiston oikeustieteiden opinto-opas 2006–2007. Lapin yliopistopaino 2006, s. 53.

tiikan erityinen osa jaetaan neljään tutkimusalaan: 1) oikeudellinen tietojenkäsittely, 2) oikeudellisen informaation tutkimus, 3) informaatio-oikeus sekä 4) tietotekniikka-oikeus. Näistä kaksi jälkimmäistä limittyvät nykyisellään pitkälti yhteen. Kansainvälisesti puhutaan IT-oikeudesta (Information Technology Law), joka meillä kattaisi tietotekniikka-oikeuden alueen, mutta sisältää paljolti informaatio-oikeudellista ainesta. Yhä yleisemmin puhutaan myös ICT-law-käsitteestä (Information and Communication Technology Law), jossa painotetaan viestinnän roolin kasvavaa merkitystä.⁸

Yhtenä lempilapsena oikeusinformatiikan erityisen osan nelikentässä on Ahti Saarenpäällä ollut jo pitkään *informaatio-oikeus*, jonka merkitys on vuosi vuodelta myös itsenäisenä oikeudenalana ollut nousussa.⁹ Informaatio-oikeudella katsotaan tarkoitettavan oikeudenalaa, jonka puitteissa tutkitaan informaation tuottamisen, käsittelyn, välittämisen, markkinoinnin, suojaamisen ja säilyttämisen oikeudellista sääntelyä sekä sääntelyn tarvetta ja mahdollisuuksia. Suppeammin tarkasteltuna informaatio-oikeudella voidaan ymmärtää yksityisyyttä, julkisuutta, televiestintää sekä tietoturvaa tarkastelevaa oikeudenalaa. Ahti Saarenpään tuotannossa ja opetustoiminnassa voikin nähdä selkeän painottumisen mm. yksityisyyttä, tietosuojaa ja tietoturvallisuutta koskeviin oikeudellisiin kysymyksiin.¹⁰

Edelleen yhtenä keskeisenä kiinnostuksen kohteena Ahti Saarenpäällä on oikeudelliseen informaatioon liittyvät kysymykset kehittyvässä oikeusvaltiossa. Ahti on puhunut ja kirjoittanut *oikeudellisen tietohuollon* ja *oikeudellisten perustietovarantojen* merkityksestä. Tällöin mielessä tulisi Ahdin mukaan jatkuvasti pitää verkkoyhteiskunnan oikeudellisen perustietovarannon kehittämisen ja ylläpidon keskeiset periaatteet eli vaatimukset oikeudellisen informaation saatavuudesta, tavoitettavuudesta, oikeellisuudesta, ymmärrettävyydestä, käytettävyydestä ja halpuudesta.

Myös oikeudellisen koulutuksen kehittäminen on pitkään ollut huolena Ahti Saarenpään toiminnassa. Tällöin hän on painottanut *lakimiehen ammatillisen perusmetodin* tärkeyttä. Hyvän lakimiehen perusmetodeihin Ahti on

⁸ Erityisen osan yksityiskohtaisemmasta sisällöstä, johon tässä artikkelissa ei voida mennä, ks. Saarenpää, *Oikeusinformatiikka* (2005), s. 30–86.

⁹ Tämä näkyy siinäkin, että Ahdin ”opetuslapsista” OTT Tuomas Pöysti ja OTT Rauno Korhonen ovat kumpikin väitelleet juuri informaatio-oikeudesta.

¹⁰ Tässä yhteydessä on hyvä mainita, että Ahti oli 1990-luvun puolivälissä mukana ensimmäisen tietosuojalakimme eli henkilörekisterilain uudistusta pohtineessa henkilötietotoimikunnassa. Toimikunnan työn tuloksena säädettiin nykyinen henkilötietolaki vuonna 1999. Nykyisellään Ahti toimii tietosuojalautakunnan varapuheenjohtajana.

katsonut väistämättä kuuluvan ainakin seuraavat keskeiset elementit: oikeuslähdeoppi, informaatiolähdeoppi, yleiset opit, oikeusteiden tuntemus, tulkintataito, justifiointitaito, viestintävalmiudet, oikeustieteen tuntemus, ammattietiikka sekä perustellun epäilyn vaatimus.¹¹ Kirjoituksissaan ja ope-
tuksessaan Ahti on näistä osatekijöistä erityisesti nostanut esille *informaatiolähdeopin* eli opin oikeudellisten informaatiolähteiden optimaalisesta sisällöstä ja käytöstä. Informaatiolähdeoppi ohjaa oikeuslähteille ja niitä oikein käyttämään. Ahti jakaa informaatiolähdeopin muodolliseen ja materiaaliseen osaan.¹² Oikeudellinen informaatiolähdeoppi on keskeinen alue oikeusinformatiikassa.

AHTI SAARENPÄÄ OIKEUSINFORMATIIKAN POHJOISMAISISSA YHTEYKSISSÄ

Ahti Saarenpää on usein oppilailleen muistellut ensiaskeleitaan oikeusinformatiikan pohjoismaisessa tiedeyhteisössä. Hän oli saanut Aulis Aarniolta vihjeen pohjoismaisesta oikeusinformatiikan alan tapaamisesta. Lounaalla hän suomalaiskansalliseen tapaan hakeutui istumaan hieman syrjemmälle kahden hengen pöytään. Saman tien kuitenkin hänen pöytänsä pyörähti erehdyttävästi Kari Suomalaisen Mustahattuista miestä muistuttava hahmo. Tämä herrasmies alkoi pyöreällä eteläisen norjan nuotilla tentata, mistä vieras mies oli kotoisin ja mitä hän ajatteli oikeusinformatiikasta. Siinä nuori suomalainen oikeustieteen professori sai otsa hiessä käydä keskustelua ruotsin kielen sanoja muistellen ja yrittäen parhaansa mukaan ymmärtää pöytäkumppaninsa kysymykset. Jälkikäteen oli turha kysyä, mitä lounaalla oli tarjottu, vaikka Ahti aina muutoin hyvän ruuan ystävänä tarkasti aterioiden ruoka- ja viinilistat merkille paneekin. Tuo hahmo muodostui sittemmin Ahdille tutumpaanakin tutummaksi henkilökohtaiseksi ystäväksi ja yhteistyökumppaniksi. Kyseessä oli tietenkin Oslon yliopiston oikeusinformatiikan professori Jon Bing, yksi oikeusinformatiikan pioneereista ja suurista hahmoista –

¹¹ Ks. tästä esim. Saarenpää, Ahti: Kadonneet systeemit. Teoksessa Juha Häyhä (toim.): *Minun metodini*. WSLT. Helsinki 1997, s. 261–278.

¹² Informaatiolähdeopista ks. Saarenpää, Ahti: Oikeudellinen informaatio. Lapin yliopiston oikeusinformatiikan instituutin verkkosivuilla <http://www.ulapland.fi/home/oiffi/julkaisut> jaksossa 6 tai Saarenpää, Ahti: Oikeudellinen informaatiolähdeoppi. Teoksessa EIF. Osa VII, Oikeuden yleistieteet, 1999, s. 545–554.

niin fyysisesti kuin henkisesti. Sama tuskainen tunne on tullut tutuksi monelle muullekin oikeusinformatiikan suomalaiselle tutkijalle, joka on löytänyt tiensä oikeusinformatiikan pohjoismaisiin piireihin ja on saanut keskustelukumppanikseen norjalaisen tai ”pahimmassa” tapauksessa tanskalaisen kollegan, esimerkiksi Kööpenhaminan yliopiston oikeusinformatiikan professorin Peter Blumen. Oikeustieteellisen tradition mukaisesti oikeusinformatiikan pohjoismaisten konferenssien, seminaarien, kokousten ja niin virallisten kuin epävirallistenkin tapaamisten kieliä ovat skandinaaviset kielet ruotsi, norja ja tanska. Se on edelleen luonteva ratkaisu ja perusteltu ratkaisu jopa teknologisesti suuntautuneen oikeusinformatiikan alalla. Ja Ahdin kertomuksen opetus on selvä: pieni hikoilu on vaivan arvoista. Tuloksena on vähintään avartava keskustelu ja parhaassa tapauksessa vuosikymmenien ystävyys- ja yhteistyösuhde.

Siitä, mikä tapahtuma aloitti oikeusinformatiikan pohjoismaisten konferenssien sarjan, on jouduttu jopa kiistelemään. Oliko se vuoden 1985 seminaari Oslolla vai Peter Seipelin jo aiemmin isännöimä kokous Mariefredissä, Tukholman lähistöllä? Ruotsalaisten mielestä Mariefredin kokous oli ensimmäinen, kun taas norjalaiset aloittivat laskemisen Oslon seminaarista. Joinakin vuosina tämä aiheutti ongelmia konferenssin numeroinnissa. Nyt numeroinnista on kuitenkin päästy sopimukseen, ja tänä vuonna järjestetään jo 22. oikeusinformatiikan pohjoismainen konferenssi, tällä kertaa Kööpenhaminassa. Tämä vuotuinen konferenssi on erinomainen esimerkki oikeusinformatiikan vahvasta tutkimusperinteestä Pohjoismaissa. Konferenssi on jo yli kahdenkymmenen vuoden ajan koonnut tutkijat ja käytännön lakimiehet yhteen keskustelemaan oikeudellista informaatiota ja informaatio-oikeutta koskevista ajankohtaisista kysymyksistä. Tänäkin vuonna esiintyjäjoukon ytimen muodostivat professorit Jon Bing, Peter Blume, Peter Seipel ja Ahti Saarenpää. Toki joukkoon voisi lisätä myös muita ansioituneita tutkijoita, mutta jo tuo ydinjoukko kertoo, miten vahva asema oikeusinformatiikan tutkimuksella on nimenomaan Pohjoismaissa. Kaikki mainitut professorit tunnustetaan maailmanlaajuisesti oikeusinformatiikan ja informaatio-oikeuden tutkimuksen merkkihahmoiksi. Esimerkiksi Peter Seipelin uraa uurtava väitöskirja *Computing Law* määritteli vuonna 1977 tämän uuden oikeustieteellisen tutkimusalueen ja sen keskeiset tutkimuskohteet. Unohtamatta muita pioneereja, kuten amerikkalaista Lee Loevingeria, voidaan epäilemättä todeta, että oikeusinformatiikalla tieteenalana on vankat juuret pohjoismaisessa oikeustieteessä. Ahti Saarenpää on ollut omalla merkittävällä tieteellisellä panoksellaan kasvattamassa näistä juurista uutta oikeustieteellistä tieteen-

alaa, jonka merkitys on viimeaikaisen informaatio- ja verkkoyhteiskuntakehityksen myötä vain entisestään kasvanut.

Oikeusinformatiikan pohjoismainen perheyhteys on vahva. Konferenssin ohella julkaistaan vuosittain samaa teemaa sivuten oikeusinformatiikan pohjoismainen vuosikirja, jonka ensimmäinen numero ilmestyi jo vuonna 1984 nuorten tutkijoiden Cecilia Magnussonin ja Olav Torvundin toimittamana. Nyt Cecilia Magnusson toimii Tukholman yliopiston oikeusinformatiikan instituutin johtajana ja Olav Torvund Oslon yliopiston oikeusinformatiikan instituutin johtajana. Tämä on oiva näyttö sen työn hedelmistä, jota pohjoismaisen oikeusinformatiikan puitteissa on nuorten tutkijoiden eteen tehty. Jälkikasvusta on pidetty systemaattisesti huolta. Yksi keskeinen työkalu tässä työssä on ollut oikeusinformatiikan pohjoismainen tutkijaverkosto. Tämä vuonna 1994 Lapin ja Tukholman yliopistojen oikeusinformatiikan instituuttien aloitteesta koottu verkosto on pyrkinyt tarjoamaan konferenssia epävirallisemman ja vapaamuotoisemman foorumin väitöskirjantekijöille esitellä omia tutkimustöitään niin nuoremmille kuin kokeneemmillekin kollegoille sekä kommentteja että kritiikkiä varten. Yhteistyömuoto osoittautui alusta alkaen tarpeelliseksi, ja se on toiminut esikuvana muiden oikeudenalojen vastaaville verkostoille.

Vastuussa pohjoismaisen konferenssin järjestämisestä ja vuosikirjan toimittamisesta ovat vuorovuosin tiedeyhteisöt Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa. Järjestelyt hoidetaan tiiviissä yhteistyössä käytännön lakimiesten kanssa. Tieteen ja käytännön vuorovaikutus on ollut oikeusinformatiikan opetukselle ja tutkimukselle ominaista, onhan kyse alueesta, jolla on paitsi vahva teoreettinen sisältö myös erityisen suuri käytännön merkitys. Suomessa vastuu konferenssista ja vuosikirjasta on luonnollisesti ollut Lapin yliopiston oikeusinformatiikan instituutilla sen perustamisen jälkeen, mutta mukaan järjestelyihin on mielellään otettu myös muut suomalaiset tiedeyhteisöt ja käytännön edustajat mm. Suomen IT-oikeudellisen (aiemmin atk-oikeudellisen) yhdistyksen puitteissa. Ensimmäinen suomalaisten järjestämä konferenssi pidettiin Hanasaaressa (1987), toinen Kittilän Levillä (1991/92), kolmas Turussa (1995), neljäs Rovaniemellä (1999) ja viides Helsingissä (2003). Ahdin panos on näiden kaikkien aikaansaamisessa ja läpiviennissä ollut vahva. Hän on jaksanut uskoa siihen, että Suomen on erinomaisen tärkeää pysyä mukana oikeusinformatiikan pohjoismaisessa perheyhteudessa, vaikka suomalaistenkin oikeusinformatiikan tutkijoiden yhteistyösuhteet ovat tänä päivänä kansainvälisiä, jopa globaaleja.

AHTI SAARENPÄÄN MUUT KANSAINVÄLISET YHTEYDET

Ahti Saarenpään tieteellinen aktiivisuus ei ole rajoittunut vain Suomeen tai Pohjoismaihin. Opettajana hän on aina pyrkinyt tuomaan esiin sen, ettemme voi tehdä oikeustieteen tutkimusta tuntematta ulkomaista tutkimusta. Jo gradun tekijät on ohjattu tutustumaan vähintään pohjoismaiseen oikeuskirjallisuuteen. Ahdin ohje onkin ollut, ettei oikeustieteen tutkielmaa voi tehdä tuntematta sitä, miten tutkittu asia on säännelty muissa Pohjoismaissa. Väitöskirjan tekijät taas on patistettu kehittämän kielitaitoaan ja tekemään tutkimustaan ulkomaisessa yliopistossa sekä esittelemään tutkimustensa tuloksia kansainvälisissä seminaareissa. Oikeusinformatiikan nuorille tutkijoille ovatkin tulleet tutuiksi Tukholman ja Oslon oikeusinformatiikan instituutit mainioine kirjastoineen ja myös monet muut eurooppalaiset alan tutkimuslaitokset.

Ahti itse on tehnyt työtään opettamansa mukaisesti. Hänen tutkimuksilleen on ominaista vahva kansainvälisyys. Oikeusinformatiikan alalla tämä toki on paljon välttämättömämpää kuin monilla muilla oikeudenaloilla, mutta sama kansainvälinen linja näkyy myös Ahdin muissa töissä niin persoonallisuus-, perhe- kuin jäämistöoikeudenkin alalla. Hän seuraa herkeämättä alansa keskeistä ulkomaista tutkimusta, osallistuu kansainvälisiin tieteellisiin tapaamisiin, työskentelee kansainvälisissä projekteissa, kirjoittaa ulkomaisiin julkaisuihin ja käy luennoimassa ja opettamassa ulkomailla. Luotettavaa tilastollista selvitystä Ahdin julkaisuista on vaikea tehdä, niin monimuotoisesti ja monilla foorumeilla hän tutkimustyötään tekee, mutta joka tapauksessa voidaan sanoa, että merkittävä osa hänen kirjoituksistaan on ilmestynyt muilla kielillä kuin suomeksi. Ruotsin ja englannin lisäksi niitä on julkaistu ainakin viroksi, saksaksi, ranskaksi, espanjaksi ja venäjäksi.

Kaikkia Ahdin kansainvälisiä yhteyksiä ei ole mahdollista tässä tuoda julki, ja tuskin hän itsekään kaikkia pystyisi listaamaan. Jos tätä toimintaa haluaa luonnehtia lyhyesti, niin ehkä leimallisinta Ahdin kansainvälisellekin työskentelylle on ollut tinkimättömyys. Hän panostaa sataprosenttisesti jokaiseen kirjoitukseensa, esitelmäänsä ja luentoonsa, pidettiinpä tai julkaistiinpä se millä foorumilla tahansa. Sama koskee valmistautumista tapaamiin ja keskusteluihin. Jokainen puheenvuoro on tarkkaan mietitty ja sisältää yleensä aina jotakin sellaista, joka saa muut heräämään ja katsomaan keskustelun kohteena olevaa asiaa kokonaan toisesta näkökulmasta. Vähäisiä eivät ole ne kerrat, jolloin joku kuulijakunnasta on esityksen jälkeen tullut

Ahdin kanssa keskustelemaan ja kertomaan, miten hän havahtui huomamaan aivan uusia vivahteita tutkimuskohteessaan. Asiat, jotka olivat tuntuneet turhankin tutuilta ja tutkituilta, näyttäytyivät toisessa valossa. Loistavan esiintymistaitonsa ja perinpohjaisten papereidensa ansiosta Ahti onkin suosittu esitelmöitsijä myös kansainvälisillä foorumeilla. Vieras kieli tai edes takelteleva tulkki ei onnistu hänen valovoimaansa vähentämään. Nekin kerat, kun hän on joutunut pitämään esitelmänsä tai luentonsa ummikkoyleisölle tulkki vierellään, hän on vienyt läpi ammattitaidolla. Loistavia esityksiä täydentävät yleensä vielä laajat, värikkäät ja ajatuksia herättävät kalvosarjat.

Varmasti yksi merkittävimmistä askelista Ahdin kansainvälisellä tutkijanuralla on ollut jäsenyys Euroopan komission DG XIII:n Legal Advisory Boardissa eli LABissa. Tämä asiantuntijaelin pääsi tutustumaan EU:n uusiin lainsäädäntöhankkeisiin informaatio- ja tietotekniikka-oikeuden alalla ja lausumaan niistä asiantuntevan mielipiteensä. LABissa kohtasivat toisensa EU-maiden johtavat oikeusinformatiikan ja informaatio-oikeuden asiantuntijat, mukana itseoikeutetusti myös Norjan Jon Bing. Tästä asiantuntijoiden ryhmästä juontavat juurensa monet Ahdin yhteistyösuhteet, ja löytyneepä esimerkiksi yhteiseurooppalaisten ENLIST- ja EULISP-hankkeiden taustalta samoja hahmoja.

Ahti Saarenpään aktiivisuus ei ole kuitenkaan rajoittunut EU:n alueelle. Hän on tehnyt merkittävää työtä oikeusinformatiikan ja muunkin oikeustieteen tutkimus- ja opetusyhteistyön kehittämisessä niin idässä kuin lännessä. Ahti oli mukana mm. siinä Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan delegaatiossa, joka kävi käynnistämässä yhteistyötä Murmanskin oikeustieteellisten yksiköiden kanssa, ja häneltä löytyy tieteellisiä kontakteja aina Kiinaan ja Japaniin saakka. Lännen suunnalla Ahti on tehnyt merkittäviä aloitteita yhteistyössä espanjankielisten yliopistojen kanssa. Hän on useita kertoja jaksanut muistuttaa oppilaitaan espanjan kielen kasvavasta merkityksestä ja on uhannut itsekkin opettelevansa kielen. Tiivis yhteistyö Zaragozan ja Chilen yliopistojen kanssa on kantanut monia hedelmiä niin tutkimus- ja kehitysprojehtien kuin vaihtosopimusten muodossa. Chilen yliopisto on jo isännöinyt menestyksellisesti kahta Lapin yliopiston vaihto-opiskelijaa, ja kolmas jo odottaa lähtöään. Viimeisimpänä, mutta ei varmasti vähäisimpänä, voidaan mainita Ahdin aktiivisuus kansainvälisessä opettajavaihdossa, niin vaihto-opettajana kuin vaihtojen isäntänä. Jopa kiireisenä dekaanina hän ehti tehdä oman osuutensa oikeustieteen opettajien vaihtolukujen eteen.

AHTI SAARENPÄÄN OIKEUSINFORMATIIVISESTA TUOTANNOSTA

Ahdin laajaa tuotantoa on tämäntyyppisessä kirjoituksessa vaikea lähteä oikeusinformatiikankaan puolelta purkamaan seikkaperäisesti, koska sitä on ilmestynyt erityisesti artikkelitasolla viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana niin lukuisasti eri kielillä ja eri maissa. Tarkkaa bibliografiaa on jopa nykyistenkin tiedonhakumenetelmien avulla vaikea koota, koska kirjoituksia on julkaistu erityyppisissä julkaisuissa Pohjoismaiden lisäksi mm. englanninkielisissä, saksankielisissä ja espanjankielisissä maissa aina Etelä-Amerikkaa myöten. Jonkinlaisen kuvan Ahdin kirjallisesta toiminnasta sekä erityisesti kiinnostuksen kohteiden laajasta kirjosta pelkästään oikeusinformatiikan alalla antanee kuitenkin seuraava epätäydellinen ja ilman julkaisutietoja oleva kronologinen luettelo suomenkielisten kirjoitusten otsikoista vuosien varrelta:

- Oikeudellisten tietopankkien mahdollisuudet ja vaarat* (1985)
- Tarvitaanko oikeusinformatiikkaa* (1986)
- Oikeusinformatiikan opetus ja tutkimus* (1987)
- ATK ja yksilön oikeussuoja* (1987)
- Kenen lakikirja?* (1992)
- Oikeusinformatiikka tiedettä ja toimintaa* (1992)
- Oikeustieteen opinnot ja ammattitaito – Näkökohtia lakimieskoulutuksesta informaatioyhteiskunnassa* (1993)
- Tieto ja varasto. Oikeudellisen elämän tietotekniikkaa* (1994)
- Tieto ja suoja* (1994)
- Tieto, suoja ja byrokratia – näkökohtia suomalaisen tietosuojan kehityksestä ja tulkinnoista* (1995)
- Laatu ja viesti* (1995)
- Potilas, oikeus, ihminen – näkökohtia itsemääräämisoikeutemme suojausta* (1997)
- Oikeus viestinä ja viestintänä* (1999)
- Tietokoneen pelosta kyborgin tarpeisiin* (2000)
- Verkkoyhteiskunnan oikeutta – johdatusta aiheeseen* (2000)
- Teoskynnys, ymmärryskynnys, hyväksymiskynnys – Vähäisiä näkökohtia verkkoyhteiskunnan tekijänoikeudesta* (2001)
- Oikeus tietoon ja velvollisuus oikeudelliseen tietoon* (2001)
- Henkilötietojen suoja ja oikeusvaltio* (2001)

- Verkoissa, verkoista, verkkoihin – verkkoyhteiskunnan niukkenevaa oikeutta?* (2001)
- Tietoturva ja tietosuoja, identiteetin näkökulmasta* (2002)
- Oikeusvaltio ja verkkoyhteiskunta* (2002)
- Yksityisyys, yksityiselämä, yksilön suoja – yksityisyyden käsitteellistä kuvausta* (2002)
- Yksityisyyden suoja tietämättömyyden yhteiskunnan uteliaisuusympäristössä* (2004)
- Tietojenkäsittelystä läsnä-älyyn – katkelmia oikeusinformatiikan kehityksestä* (2005)
- Ihmiskäsitys ja laki* (2005)
- Miltä oikeus näyttää Bodomín jälkeen?* (2006)
- Informaativäkiältä* (2006)
- Oikeustieteellisen tutkielman kirjoittamisen peukalosääntöjä* (2006)
- Oikeusinformatiikka* (vuosittain laajennettu artikkeli aina vuodesta 1999 lähtien, uusin versio ilmestyy 2007)
- Henkilö- ja persoonallisuus-oikeus* (vuosittain laajennettu artikkeli vuodesta 2001 lähtien, uusin versio ilmestyy 2007)

AHTI OPETTAJANA JA PERSONANA

Ahti on luennoitsijana karismaattinen. Hänen välillä kulmikkaan kriittiset ja kuulijakuntaa herättelevät näkemyksensä harvoin jättävät ketään välinpitämättömäksi. Ajoittain Ahdin luennointi tuo mieleen sen, että minkä sananjuulistajan kirkko onkaan menettänyt oikeustieteelle. Ihailla täytyy hänen kykyään jopa ilman muistiinpanoja luennoida tarvittaessa vaihtuvista aiheista erilaisille kuulijaryhmille suomeksi, englanniksi tai ruotsiksi. Esimerkiksi Pohjoismaisissa konferensseissa häntä kuunnellaan ja arvostetaan.

Ahdilla on kyky kerätä opetuslapsia ympärilleen. Persoonansa ja laaja-alaisen osaamisensa kautta hän on innostanut oikeustieteellisiin jatko-opintoihin eri oikeudenaloilla kymmenittäin vasta valmistuneita lakimiehiä ja myös pitkään käytännön työelämässä toimineita juristeja. Vaikka Ahti tunnetusti on aina menossa kotimaassa tai ulkomailla, on häneltä tarvittaessa löytynyt aikaa tutkimuksen ohjaukseen.

Vuosien varrella Ahdin oppii tuntemaan välittävänä ihmisenä, joka kylläkin osaa myös vaatia. Joku on joskus sanonut, että mikäli Ahti Saarenpää ei olisi, hänet pitäisi keksiä.

Jon Bing

Calculating the cases of the widow Brandt

THE LIFE AND DEATH OF THE MS BAGNA BRANDT

In 1913, Ms Bagna Brandt declared to the authorities in her local municipality, Ås, that she was leaving Norway. She had reason to dislike the local community. Her late husband had in 1911 sold the property Froen, and had been accused by this transaction unlawfully to evade the law on concessions in force at that time. This had made him unhappy and worried, and he died from a heart failure 1912. Ms Brandt herself became embittered, and told her lawyer and others that she never wanted to have anything to do with Norway in the future. She therefore sold the new property purchased by her late husband with all her furniture, and left Norway. She was at this time approximately 65 years old.¹

She spent the winter in Rome, looking for an apartment, as she found the climate of Italy invigorating. Failing to find appropriate lodgings, she returned north for the summer, intending to travel back to Rome in the autumn. Regrettably, she was prevented by the outbreak of the First World War, and took up residence in Copenhagen, where she lived throughout the war, only returning to Norway briefly for the funeral of a relative. During the war, she was granted the full rights of a Danish citizen with respect to fuel and rations coupons, and travelled to visit her daughter in Sweden on documents issued by Danish authorities.

In 1919, she visited her son in Norway for a month, then left for the south, and arrived once more in Rome after spending some time in Paris and Nice. Here she found an apartment, in which she settled and lived until her death in 1930. She visited in this period Norway rarely; in 1921 and 1922 she passed through on her way to a Swedish spa, and in 1924 and 1925 for

¹ She was born either 1845 or 1848.

consultations with Dr Holst, a professor of medicine, with respect to an operation which later was performed in Rome. She briefly visited Norway and Denmark 1927 and 1928. For the purpose of travel, she was issued a passport by the Norwegian consulate in Rome 1920 or 1921, renewed 1929 – the passport was not found at her death.

At her death, Ms Brandt had no real property in Norway, but an estate consisting of securities and bank accounts.

THE CASES OF MS BRANDT

The story of Ms Brandt is not very remarkable, but she is the cause of an extraordinary situation with respect to case law. Often relations between court decisions are discussed; there may be similar cases with diverging results. Such divergence may have at least two major reasons. One is that the courts deciding the issue have different views of the law. A second reason may be that there are underlying differences in facts between the two cases. The case report will never be complete with respect to the factual circumstances, the court limiting itself to describing the case with those circumstances necessary for arriving at a solution (and giving a general picture of the situation). Comparing two cases will be limited to comparing the *descriptions* of the two cases by the courts, and there will always be some uncertainty with respect to the occurrence in one case by a circumstance not mentioned in the other case. This omission may have been caused by the circumstance not occurring in the case, or by the court finding the circumstance of little or no importance to its reasoning, and therefore omitting mentioning it.

It is in this respect that Ms Brandt provides a rather unique opportunity. While residing in Copenhagen, an issue arose with respect to her tax liability for the year 1914–1915 to Ås, the municipality in which she had been living in Norway. This revolved around the question of whether Ms Brandt had lost her domicile in Norway at that time. She had not at this time settled abroad, but was living more or less temporarily in Copenhagen, waiting for the war to end. One may argue that she was *in transitu*, on her way from one place to the other. With respect to the Norwegian interlegal law and its modest theory on the domicile principle, it was not – perhaps – quite clear if one could lose a domicile without acquiring a new. And it was also a question of whether the Norwegian domicile really was lost.

The dispute ended before the Supreme Court,² which decided that that Ms Brandt had shown her intention of leaving Norway permanently. Domicile is seen in principle as composed of two conjunctive elements, a subjective (*animus*) and an objective (*factum*). In this case, the subjective element was satisfied, and as she was actually resident outside Norway, the objective element also was seen as satisfied. The court finds that the critical aspect is whether she has “broken off her relations to Norway and her former resident municipality”, and that she “had not at once taken residence at a certain place abroad, but drifted among several places” was not decisive for determining whether the relations were broken off. Therefore, Ms Brandt was not seen as liable for tax to Norway or the municipality Ås.

The Supreme Court decision is from 1917. Ms Brandt was still living in Copenhagen, but a couple of years later she found the apartment in Rome to which she moved and lived for the rest of her life. Her contact with Norway was very limited during the more than ten years to her death in 1930. According to the act on taxation of decedent estates,³ the tax was to be levied on the successor if the decedent was a citizen of Norway at the time of his or her death. According to the act of citizenship⁴ a person only lost his or her citizenship by “leaving Norway forever”. This has in legal theory been construed as a reference to the Norwegian principle of domicile.⁵ The estate must have been sufficient for the Ministry of Finance to take an interest, because a tax was levied, and contested by the successor, the son of Ms Brandt, landowner N Darre Brandt. Again the case worked itself up through the tiers of the court system, ending at the Supreme Court in 1937. And again the issue was whether Ms Brandt was domiciled in Norway.⁶

In this lies the unique quality of the two decisions of the widow Brandt. They are twenty years apart, but otherwise we know that the circumstances are identical, as the case refers to the same woman, and the focal point in both cases is whether she has broken off her relationship with Norway (1917) or left the country forever (1937).

² Rt-1917-972.

³ Act of 8 April 1905 sect 1(2).

⁴ Act 8 August 1924 sect 6(b)(1).

⁵ Cf Gjelsvik, Nikolaus: *Lærebok i mellomfolkeleg privatrett* I. Nikolai Olsen, Oslo 1936, p. 89.

⁶ Rt-1937-276.

It would be tempting to see this issue as an argument from the greater to the lesser: If Ms Brandt indeed had broken off her contact with Norway in 1917; it would seem that she twenty years later, scarcely without visiting the country in the meantime certainly should be considered as having left the country forever. But the Supreme Court found that Ms Brant had not left the country forever, that she therefore retained her Norwegian citizenship and that the estate was liable for tax in Norway.

The obvious explanation of this apparent contradiction for a lawyer would be to claim that though both the liability to pay income tax and liability to pay tax of the decedent estate referred to the principle of domicile, the detailed concept of domicile was not identical in these two areas of law. It is not unusual for a concept to have – at least in detail – somewhat different structure within different areas of law, even when as closely related as in this case.

But it also makes one curious, and it may be of interest to discover exactly what these differences are. To do so, one may apply some of the techniques of knowledge based systems in law.

FACTORISING AND MODELLING OF LEGAL EXPERT JUDGEMENTS

An approach would be to analyse the decisions for the purpose of reducing their “facts” to a set of “factors”, a process often described as “factorising”. This is based on the view that what generally is referred to as the facts of a case, can be represented as a set of circumstances. An analysis is performed, and from the case report is pulled the factual circumstances that one thinks have been relevant to the court. This is by no means a trivial process. Circumstances may be mentioned in the report in order to give a coherent description of the situation, but without any indication of the facts having had relevance for the decision of the court. The court may cite the arguments of the parties, here mentioning circumstances claimed to exist⁷ or be relevant, but of which there are no trace in the arguments of the court. Therefore, the analysis is a qualified task, similar to other ways of analysing case law.

⁷ In the 1917 case, the municipality had two witnesses claiming that Ms Brandt had retained rooms at the property Berg, in which some of her furniture was stored. The court tersely comments that “according to the other information in the case, this can not be so.”

Also, it is the issue of “granularity” of the circumstances. There may general or specific circumstances, and one should attempt keeping the circumstances on a level where they may deem to correspond with respect to generality. This hardly can be measured, and will again have to be justified by the person conducting the analysis. At the same time, one should try to specify the circumstances as close to the level of generality which the court uses in describing the case. If the court uses very specific language, the analyser will have to interpret this and decide whether the description fits a general category. The interpretation has to be defended by the analyser, and it may be argued that the granularity ought to be as fine as possible to reduce this influence.⁸

Factorising is a strategy used in several attempts for modelling cases, and for different purposes. In the cases of Ms Brandt, we want to explore a certain legal concept, domicile. This is a binary concept – one either is, or is not, domiciled with respect to the country of the *lex forum*. The interlegal law of a country may permit multiple domiciles;⁹ this does not alter the issue, as the court always is restricted to decide whether the person in question is domiciled within its jurisdiction.

In cases related to taxation, the issue before the court always will be whether one has *lost* domicile to Norway, as the duty to pay tax ceases in such a case. In other domains, it may be an issue whether domicile has been gained in Norway, for instance when deciding the applicable law of succession, which under Norwegian interlegal law is the law of the country of the last domicile. In order to compare cases, one therefore has to polarise¹⁰ the decisions.

In binary decisions, the circumstances comes in two versions – a positive version, indicating that the circumstances favour domicile in a new country; or in a negative version, indicating that the circumstances favour domicile in

⁸ There is the possibility of secondary specification, a general circumstance may be seen as a result from the existence of a set of more specific circumstances, allowing the analyser to stay close to the granularity of the court’s description and specifying the circumstances fitting the antecedent of a rule by which these specific facts combine to constitute a general circumstance.

⁹ It may be argued that Rt-1927-559 gives an example of this, a merchant, Thams, resided for parts of the year in Monaco where he by personal intervention by the Prince was permitted to settle. The Supreme Court mention in an *obiter dictum* that a person may be domiciled in two countries at the same time.

¹⁰ Cf Lawlor, Reed: “Computer analysis of juridical decisions” in Bryan Niblett (ed.): Computer science and the law. Cambridge University Press, Cambridge 1980, p. 219–232.

the current country, an extension of *status quo*. For the widow Brandt, there will be some circumstances favouring that she has lost her domicile in Norway (positive), and some favouring the Norwegian domicile to be retained (negative).

The domicile concept consists, as briefly mentioned, of two conjunctive elements, a subjective and an objective. The objective element is in practice decisive, a person claiming not to be domiciled in Norway when still living here, but wanting desperately to leave, will not be heard. The objective element is factual; there is little assessment in its consideration. On the other hand, the subjective element is not a reference to the opinion of the person in question, but rather to factual circumstance supporting his or her view. Somewhat confusingly, the residence of a person once more surfaces as a major circumstance in deciding this issue. But there are also other circumstances.

Domicile may be seen as an example of a legal expert judgement. The model is based on the theory of norms as first set out by Sundby,¹¹ but further elaborated. Such a judgement is seen as a model consisting of three elements:

- Categories of circumstances
- Value, *ie* the result favoured by the occurrence of this circumstances, in the case of domicile, the value is binary
- Weight, *ie* the relative weight of the circumstance with a certain value

The model can in general be represented as a table:

<i>Detailed circumstance</i>	<i>Value</i>	<i>Weight</i>
Circumstance No 1		
Circumstance No 2		
Circumstance No <i>n</i>		

By insisting that this is a *model*, one also emphasises that it is *not* identical to the expert judgement as it exists as part of applicable law. It is to some extent a simplification – as any model. On the basis of the underlying theory, two limitations are presumed to be imposed:

¹¹ Sundby, Nils Kristian: *Om normer*. Scandinavian University Press, Oslo 1974.

- In a legal expert judgement, one cannot *ex ante* specify which categories of circumstances may be relevant in a new case, there may appear circumstances which are relevant, but of a category not previously encountered.
- In a legal expert judgement, one cannot *ex ante* specify the relative weights to be assigned to the occurrences of circumstances and values in a new case.

These characteristics of legal expert judgements imply that they are non-deterministic; the outcome cannot in detail be determined by empirical studies. A model also has further limitations, for instance related to the manual analysis on which the factorisation is based, see above.

In our case, we are concerned with a binary expert judgement relating to domicile. We try to model the subjective element in this concept, and the following model is suggested:

<i>Detailed circumstance</i>	<i>Value</i>	<i>Weight</i>
Actual residence		
Duration		
Place of work		
Home and family		
Concentration of estate		
Decision by foreign authority		
Citizenship		
Public law relation		
Self declaration		

Applied to the case of Ms Brandt, the “actual residence” would be the country in which she was living at the time when domicile is to be decided. In the 1917 decision, this was Denmark, in the 1937 decision this was Italy. The “duration” indicates the length of the stay outside Norway; this certainly would be longer for the 1937 than the 1917 decision. The “place of work” was a type of circumstances not appearing in any of the decisions. The “home and family” of Ms Brandt was not unambiguous – she had her home outside Norway, but some

family ties to Norway. The “concentration of the estate” likewise was partly the property abroad and the securities *etc* in Norway. Citizenship was to some extent what was to be decided by the 1937 decision, but is related to her exercise of rights according to public law, the use of Danish or Norwegian passports are important examples. Also, her own declaration with respect to where she considered being living is relevant, and this clearly did not favour Norway.

In this brief discussion of how to classify the circumstances in the case of Ms Brandt, we have also explained the nature of the circumstances resulting of a factorisation. The factorisation is based on an analysis of Norwegian cases which includes both theory and case law.¹² The exemplification above is not sufficient to justify that these are the circumstances to be derived from the source material, but in the present paper no further attempt will be made. The discussion above will be valid even if one would find that the specified factors are incomplete or otherwise insufficient.

CALCULATING REPRESENTATIONS OF THE CASES: SARA

“Domicile” was one of the binary expert judgements explored by the early knowledge based system SARA¹³ developed in the 1980s by Johs Hansen at the Norwegian Research System for Computers and Law.¹⁴ The system was designed to analyse and explore a large number of legal decisions within a domain. There are poor tools for the analysis of large numbers of legal decisions; lawyers mainly rely on qualitative methods. In using SARA, the researcher would propose a model of the domain to be explored. Then for each decision, the researcher would indicate which circumstances occur, and with which value. On this basis, SARA would proceed to process the material.

SARA would identify decisions than could not simultaneously be explained (for instance, because identical circumstances with identical values occur, but the results are different), calculate trees of precedence (identifying sub-sets of decisions), *etc*. The overall objective would be to juggle the weights in order to arrive at a model of the decision which explained as

¹² Cf Bing, Jon: “Modeller av rettslige avveininger med et eksempel fra norsk interlegal rett”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1985, p. 395–431.

¹³ System for analyse av rettslige avgjørelser.

¹⁴ Cf for instance Hansen, Johs: *Et edb-system for analyse av rettslige avgjørelser*, *Comp-Lex* 1/81. Scandinavian University Press, Oslo 1981.

many of the cases as possible.¹⁵

It should be understood that SARA was developed as a tool for analysis. There are several presumptions with respect to the material that can be challenged. One is that the assessment is stable over the time period from which the decisions are sampled. Another – exemplified by the cases of Ms Brandt – is that it really is *one* expert judgement which are represented, and not two or more related, but somewhat different judgements.

In the case of “domicile”, court decisions on this issue were selected. All cases available at the time of the analysis (1984) were selected, but the number was a modest 27. This really is too low for the strength of SARA to become apparent, the system works much better with more than one hundred decisions. But it was chosen for demonstrational purposes and by luck and in the process the unique instance of the cases relating to Ms Brandt was disclosed.

One should expect that the analysis would have identified these cases as two which could not be explained at the same time. Surprisingly, SARA does not find them in conflict. The calculated model for each decision is set out below:

<i>The cases of Ms Brandt</i>	<i>Rt-1917-972</i>		<i>Rt-1937-276</i>	
<i>Detailed circumstance</i>	<i>Value</i>	<i>Weight</i>	<i>Value</i>	<i>Weight</i>
Actual residence	+	1.46	+	1.46
Duration	+	0.77	+	0.77
Place of work		0		0
Home and family		0	+	0.96
Home and family	–	0.90	–	0.90
Concentration of estate	–	1.37	+	0.85
Decision by foreign authority		0		0
Citizenship		0	–	0.53
Public law relation		0	–	2.66
Self declaration	+	0.04	+	0.04
Result calculated by SARA		0.0		–0.01

¹⁵ The problem of “juggling” is not trivial, but a “hard problem” in mathematical terms.

The results calculated by SARA are in both cases zero (though -0.01 for the latter decision, second decimal not counting in the comparison). In the analysis, the researcher will take a special interest in decisions with a calculated weight around zero. These are “doubtful” decisions, and it may be of interest to see the cause of the low weight in favour for a result. Even if we had not been aware of the special nature of the Ms Brandt cases, SARA would have identified them to us.

We know that the circumstances in the two cases are identical, with the exception of twenty years having passed while Ms Brandt stayed away from Norway. However, we see that the descriptions of the cases are not identical as they are presented for the system.

The major difference is “public law relation”. The underlying factual circumstance in the 1937 case was that Ms Brandt had requested and been given a passport from the Norwegian consulate in Italy.

The Supreme Court indicates that importance is placed on Ms Brandt herself taking the initiative to have the passport issued; such a document should not have been issued if she was not a Norwegian citizen, which again – according to the applicable law – depended upon her domicile. On the other hand, it is claimed that she did not have any valid passport at her death. The Supreme Court did not take into account that Ms Brandt had failed to make a declaration before the Norwegian consulate which the citizenship act (1888) required if she was not to lose her citizenship on leaving the country forever, nor did she make any written request according to the later act (1924) to regain her citizenship. Ms Brandt had herself first requested a Danish passport, but this required a residence in Denmark of 15 years. Only after the Danish passport had been refused did she request travel documents from the Norwegian consulate.

We note that this circumstance is not indicated in the 1917 case. It may be questioned whether this is correct, as the case reports that she was given Danish documents for travelling to Sweden – and also that she was given equal treatment with respect to fuel and rations coupons. As it is, the circumstance “public law relation” with a negative value has few occurrences among the cases analysed. Therefore SARA has been able to “force” the model by assigning a very high weight to this combination, outweighing the positive elements.

We also see that “citizenship” occurs with a negative value for the 1937 model. This may be seen as less than appropriate – it is correct that Ms

Brandt in the decision was found to have a Norwegian citizenship, but this is closely related to the question of her domicile, and it may therefore not be correct to operate with a value for this circumstance.

Perhaps this is sufficient discussion to indicate that an analysis of these two cases may give further insight into the law at that time. Today, it has only interest as an illustration, though it is easy to argue that “public law relations”, especially the question of passport, is more important to decide whether a deceased estate is liable to tax than whether a living person is domiciled in Norway for income tax purposes.

The cases of Ms Brandt do bring out some characteristics of an analysis by automated means based on factorising of decisions, and give a unique possibility to compare to cases in which it is known to what extent the underlying circumstances are identical.

INVERTING SARA

SARA has been developed as a tool for exploring binary expert judgements in law, a tool for legal research. Little of its potential has been discussed in this paper, which focuses on the curious case of Ms Brandt.

But it is rather easy to see SARA being “inverted” into a decision tool.

We presume that there is a domain in which a rather complex expert judgement of a binary nature has to be exercised. A model of this judgement is developed, discussed and trashed about until there is wide agreement on it being appropriate. Subsequently, a large number of decisions are registered as suggested above. These are then analysed by SARA, the result being examined – inconsistencies being weeded out, doubtful cases re-examined, re-registered and new runs being done until one will have a model on which there was broad consensus.

There would now be a data base in existence of prior expert judgements. To the text of the cases would be attached a meta-representation as a SARA model. Also, the calculated weights for each occurrence of circumstance and value would be available.

When a new case came along, one would – by a computer-assisted system – register which circumstances occurred with which values. A simple calculation would indicate the result as a pure extrapolation of the cases contained in the database.

However, the limitations of a model are taken into account. Therefore the decision maker is invited to check the result by comparing the current case to the precedents most similar. The system facilitates this, as the representation may be made into a vector and compared to the vectors constituted by the representations of all the cases in the database. This make it possible not only to find matches in the database (as would be the case for pure Boolean logic), but also “similar” cases.¹⁶

The system would then present the decision maker with two prior cases. The first would be the case most similar to the current case, and with a result corresponding to the result calculated for the current case. The second would be the case with the *different* result most similar to the current case.

In this way, one may argue that the two precedents represent some sort of boundaries of the decision space – it is in the gap between these two cases that the current case fits. The decision maker will check against these cases before making his or her final decision. When the current case has been converted into a decision, it goes into the database for future reference – supplying some dynamics to the database.¹⁷

There are obvious aspects of such a system that have to be examined critically. The major aspect is the conservation of prior decisions which such an approach implies, which may result in a less dynamic understanding of the law than desirable, making it more difficult for changes within the social context of the domain to be reflected in the expert judgements. On the other hand, it would allow complex judgements to be handled in a more efficient manner, and perhaps also requiring less expertise or familiarity with the domain, while retain legal certainty.

And if applied to the cases of the widow Brandt, SARA would have suggested – as we have demonstrated – two different results for the two cases, provided the decision maker represented the cases by the same circumstances as the Supreme Court on the two different occasions.

¹⁶ Similarity being measured as angles between the document vectors in the vector space.

¹⁷ But only to a limited extent – if new types of circumstances are found to be relevant in a new case, this will have to result in a revision of the representation which in principle presumes a revision of all represented cases.

Peter Blume

Fortiden, fremtiden og den personlige integritet

NY TEKNOLOGI

Fremkomsten af kommunikationsmidler, der gør det muligt at sprede oplysninger til mange på en praktisk overkommelig måde har historisk aktualiseret behovet for forskellige former for retlig regulering, der alle har det overordnede formål at sikre at disse teknologier bliver anvendt på en måde, der er samfundsmæssigt acceptabel. Teknologierne repræsenterer fremskridt og nye muligheder for at skabe et bedre samfund, men de medfører ikke nødvendigvis at menneskene bliver lykkeligere¹. Teknologierne har skyggesider, der kan indebære at deres brug medfører krænkelse af det enkelte individ. At forebygge og begrænse disse risici for krænkelse er et af den retlige reguleringens formål. Overordnet har retten på dette område den aspiration at civilisere teknologierne således at det ikke kun bliver disse, der er bestemmende for den samfundsmæssige udvikling. Retten symboliserer en form for menneskelig kontrol.

Det er eksempelvis velkendt at det først er med bogtrykket og dets understøttende teknologier (rotationspresse mv.) at en ophavsretlig regulering for alvor bliver opfattet som nødvendig. Teknologien aktualiserer et retligt behov. Ophavsretten tager i sit udgangspunkt sigte på at være et i forhold til andre hensyn afbalanceret værn af de personer, der i bred forstand skaber vores kultur, og beskyttelsen af enkeltpersoner i deres egenskab af at være informationsbærere er endnu mere tydeligt og mere klart fastholdt op gennem historien i den regulering, der er direkte orienteret imod værnet af individers privatliv og personlighed. På samme måde som ophavsretten har den-

¹ Se hertil Georg Henrik von Wright: *Myten om fremskridtet*. Munksgaard Forlag, København 1994, som p. 60 fremhæver, "at der ikke er en direkte sammenhæng mellem fremskridt i videnskab og teknik på den ene side og øget samfundsmæssig lykke".

ne privatlivsorienterede regulering udviklet sig ekspansivt som følge af at stadigt nye teknologier og ligeledes har nye samfundsmæssige målsætninger skabt udfordringer i forhold til de “rene” mål, som oprindeligt skulle opfyldes. Beskyttelse af ophavsret og beskyttelse af privathed deler mange fælles ideologiske træk, og de befinder sig begge i en form for kontrast til økonomiske behov, der udfordrer grundlæggende værdier².

PRIVATHED

I forhold til realiseringen af de samfundsmæssige målsætninger, der er forbundet med en optimal udnyttelse af den moderne teknologi, er et af de centrale spørgsmål hvorledes og med hvilken styrke privatlivet (“privacy”; privathed) og den enkelte borgers personlige integritet kan gives en retlig betinget tilværelse sammenholdt med de mange legitime behov, som taler for at denne tilværelse bør være forholdsvist begrænset. I almindelighed må dette karakteriseres som en meget vanskelig opgave for retssystemet, idet de ideelle hensyn til det enkelte individ konfronteres med kollektive behov, der synes at være forbundet med en samfundsmæssig fremdrift, som også er til fordel for det enkelte individ. Den retlige regulering skal præstere svar på et område hvor der ikke umiddelbart synes at foreligge rigtige svar.

Selvom al ret i nutidens samfund kan karakteriseres som flydende i den forstand at meget lidt er permanent, er denne karakteristik særligt dækkende for denne del af den samlede retlige regulering. Uanset at der kan være regler, som fremstår som stationære fordi de er udtryk for basale principper, er der under næsten alle privathedsregler et levende liv, der medfører at de i realiteten hele tiden ændres som følge af det pres, som konstant nye udfordringer indebærer. Floden vi træder ned i er aldrig den samme. Databeskyttelsesdirektivet, 95/46 EF, er uændret siden 1995, men dette er ikke nødvendigvis ensbetydende med at dets bestemmelser i alle tilfælde skal forstås på samme måde i 2006. Den legale databeskyttelsesret er nok frossen politik, men den er optøet retspolitik og bevægelig ret. I en vis forstand bliver man aldrig færdig med denne regulering og her står retsinformatikken hele tiden

² Se om denne problemstilling Peter Blume: Individet, ophavsretten og krisen, i Festskrift til Mogens Koktvedgaard. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003, p. 77–96.

over for noget nyt. De særlige spørgsmål, som drøftes senere i denne artikel, illustrerer i et vist omfang denne situation.

Forinden er dog grund til at se lidt nærmere på den måde, som privattheden bliver konstrueret som grundlag for oparbejdelse af en retlig regulering. Sædvanligvis foretages en række opdelinger, der har til formål at fremhæve bestemte aspekter af privathed, som de retlige regler herefter kan rettes imod. Denne øvelse skal ikke i noget synderligt omfang gennemføres her, idet det lægges til grund, at der er mange glidende overgange mellem de opdelinger, der kan foretages, hvorfor disse har en forholdsvis begrænset reel værdi³. Der er dog grund til at fremhæve den hovedopdeling, der traditionelt foretages imellem den fysiske og den psykiske privathed. Selvom denne opdeling ej heller er absolut er der en væsentlig forskel alt efter om reguleringens formål er at beskytte en persons krop og dens fysiske omgivelser eller den tager sigte på den information, der er knyttet til en person. Det er i betydeligt omfang forståeligt, at der ikke er fastsat de samme regler for beskyttelsen af disse to former for privathed.

Det er karakteristisk for retsudviklingen, at det oprindeligt i første række var det fysiske privatliv, der var i centrum for den retlige regulering, idet privatlivsbeskyttelsen først og fremmest havde en forfatningsretlig og strafferetlig karakter. Det klassiske udsagn, "My home is my castle", er relateret til denne form for beskyttelse. Denne regulering er i dag veludviklet selvom også den står overfor mange udfordringer, som primært er relateret til forholdet mellem stat og borger. Det fysiske privatliv er næppe i større omfang end tidligere udsat inden for rammerne af den private sektor. De principielle udfordringer foreligger, men de er ikke mere brede og omfattende end før den moderne informationsteknologi. På denne baggrund inddrages denne beskyttelse ikke direkte i det følgende, men der dog er grund til at betone, at der er en sammenhæng med det psykiske privatliv, idet et svagt eller intet værn af dette kan have den konsekvens, at det fysiske privatliv bliver udsat.

LEGAL DATABESKYTTELSE

Behovet for at beskytte den psykiske eller informationelle privathed er af noget nyere dato, men er især som følge af den elektroniske teknologi blevet

³ Jfr. Peter Blume: Databeskyttelsesret. 2. udg. København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, p. 11.

oplevet som stadig mere påtrængende. Hvorledes dette behov bliver honoreret fortæller en del om informationssamfundets tilstand. Den retlige regulering ser sig af denne grund ofte placeret midt i retspolitiske storme, hvoraf en af de aktuelt stærkeste er forbundet med ønsket om at forebygge terror⁴. Globalt betragtes behovet for beskyttelse af informationelt privatliv meget forskelligt, men især i Europa er der blevet udviklet en meget omfattende retlig regulering, som befinder sig på forskellige niveauer.

Det retlige udgangspunkt, der deles med den fysiske privathed, er artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention. Denne bestemmelse er praktisk væsentlig, men først og fremmest har den stor ideologisk betydning fordi den fremhæver privathed som en grundlæggende rettighed. Den gør det klart, at mange af de specifikke bestemmelser, hvis formål er at beskytte privatlivet i forhold til information, har en særlig status, som de deler med andre regler af menneskeretlig karakter. Reglerne er forbundet med en af demokratiets fundamentale værdier, og de er dermed ikke udtryk for et modelune. Det menneskeligt retlige fundament tilvejebringer i nutidens retssystem en særlig styrkeposition, men betyder dog ikke at disse regler uden videre får virkninger i forhold til den persondatabehandling, der finder sted. Sådanne regler har fortsat behov for at have en egen argumentativ kraft. Det er nødvendigt at reglerne i de konkrete situationer kan overbevise myndigheder og virksomheder, som har brug for persondata, at disse data skal behandles på en måde, der udtrykker omsorg for det enkelte individ. Dette er ikke altid en let opgave, og uanset den indsats, der faktisk gøres, er formidlingsaspektet ofte noget forsømt.

Menneskeretten udgør dog kun fundamentet for en del af den retlige beskyttelse af informationelt privatliv. Den vedrører kun kernen, idet den ikke giver beskyttelse til alle personrelaterede oplysninger, men kun til dem, som i den egentlige databeskyttelsesret kan karakteriseres som følsomme, og som derfor under dette perspektiv opfattes som en del af det enkelte individs privatsfære. Udgangspunktet tages i privathed frem for i information. Denne asymmetri i forhold til den egentlige databeskyttelsesret kan skyldes at menneskeretten er af ældre dato og er udformet før man kendte til moderne informationsteknologi.

Det er således på dette punkt, at den legale databeskyttelsesret kommer på banen. Startende i Europa med national lovgivning i Sverige 1973 og senere i 1981 med Europarådets konvention 108/81 er der blev udviklet en særdeles

⁴ Se hertil Peter Blume: Rejsen til Amerika, Ugeskrift for Retsvæsen 2004, p. 407–413.

sofistikeret retlig regulering, hvis foreløbige kronjuvel er EU's direktiv 95/46 EF, der er implementeret i alle 25 medlemsstater samt i EØS landene. Direktivet er databeskyttelsesrettens grundlov. Et nyt retsområde er herved blevet skabt på i realiteten ganske kort tid, men som andre nye områder har det fortsat visse børnesygdomme og har ligeledes som mange børn svært ved at opnå rigtig anerkendelse. Reguleringen mødes ofte med kærligheds-erklæringer, men det er langt fra altid at der ligger nogen egentlig kærlighed bag. Reguleringen betragtes i mange tilfælde snarere som et nødvendigt onde, der har kompliceret den samlede retlige regulering. Det er velkendt, at det i realiteten tager meget lang tid inden ny ret for alvor slår igennem og dette gælder i særlig udstrækning for nye retsområder, der som det er tilfældet for databeskyttelsesretten tit må opleve at blive betragtet som fremmedlegemer, som forstyrrer de vante cirkler. Et eksempel herpå er det fortsat bestående noget anspændte forhold mellem databeskyttelsesretten og forvaltningsretten; lidt som hund og kat.

BREDDE

En af flere årsager til disse vanskeligheder er den bredde, der karakteriserer den databeskyttelsesretlige regulering. Dens udgangspunkt, nogle ville sige dens dogme eller ortodoksi, er at enhver personoplysning er beskyttelsesværdig, fordi alle oplysninger kan bliver misbrugt med en hertil forbundet krænkelse af privatlivet og den hertil hørende personlige integritet. Selvom der foretages en vis differentiering mellem forskellige oplysningstyper med en opdeling mellem almindelige og følsomme persondata er der ikke nogen oplysninger, som falder helt uden for. Selv den mest trivielle personoplysning kan ikke frit behandles. Selvom bestemte anvendelsesformål kan blive betragtet som mere risikobetonede end andre er der ikke nogen, som falder uden for. Man mødes derfor som udgangspunkt af en regulering, der fremtræder som særdeles indgribende overfor alle sektorer i samfundet. Den omstændighed at enhver personoplysning er beskyttelsesværdig har altid været en del af den legale databeskyttelsesret uanset at der både på et praktisk og et teoretisk grundlag undertiden har været argumenteret for at kun de følsomme persondata bør være beskyttede. Der er ikke noget tegn på at dette dogme vil blive forladt og det kan da også opfattes som en art, ganske vist dialektisk, konsekvens af det miljø, som den moderne informationsteknolo-

gi skaber. Teknologien udsætter persondata for så stor en risiko at det retlige svar må være altomfattende, selvom dette medfører, at databeskyttelsesretten udsættes for det ry, at den nogle gange “skyder gråspurve med kanoner”.

Reguleringens bredde eller radikalitet blev yderligere skærpet ved gennemførelsen af direktivet, som lader omdrejningspunktet være behandling, der defineres som enhver operation, som foretages i relation til personoplysninger (artikel 2b). Det er nu ikke længere som tilfældet var i den tidlige regulering alene registrering og videregivelse af persondata, som indfanges af denne regulering. Enkelte områder er specifikt holdt uden for direktivet, men dette er, uanset den betydning som den tredje søjle i EU samarbejdet har fået, mindre øer i det store hav, som behandlingsbegrebet har tilvejebragt. Der er mange gode grunde til denne regulering og selvom hensynet til integritetsbeskyttelse på ingen måde er det eneste hensyn, der betinger udformningen af de konkrete regler, er det dette, som er årsagen til denne bredde. Dette skyldes, at man ved at benytte behandling som omdrejningspunkt mest sikkert kan indfange de mange praksisser, som informationsteknologien skaber grobund for.

I takt med samfundsudviklingen er det dog ikke åbenbart at dette er en fornuftig reguleringsmodel, idet det kan fremhæves at dens praktiske konsekvenser i en del tilfælde er vanskelige at overskue. Selvom behandling umiddelbart fremtræder som et klart begreb er det undertiden så vidtgående, at det er tvivlsomt om bredden faktisk har været intenderet. Det er derfor til stadighed nødvendigt at vurdere om de grundlæggende hensyn og afgrænsninger kan bære at udgangspunktet tages i behandlingsbegrebet⁵. Dette er naturligvis en større øvelse, som ikke kan gennemløbes på dette sted, og de temaer, der behandles i det følgende, udgør dermed blot en art eksemplifikation af denne type spørgsmål.

TEMAER

De problemstillinger, som drøftes i de kommende afsnit, tager under hensyntagen til en tidsdimension sigte på enkelte grænseområder, og de kan

⁵ Særligt i Sverige, hvor der er blevet udviklet en såkaldt misbrugsmodel, har man søgt at modificere nogle af de praktiske konsekvenser, som behandlingsbegrebet kan medføre. Om denne vej kan betrædes uden at komme i konflikt med direktivet henstår som noget usikkert.

umiddelbart fremtræde som noget specielle. De er ikke umiddelbart en del af den retspolitiske storm, der raser for tiden. Dette skyldes at denne storm nok har stor almen interesse og har betydning for os alle, men derimod ikke er velegnet til at vurdere de mere fundamentale træk ved den databeskyttelsesretlige regulering. Det konkrete retspolitiske ærinde kan blive for styrende. De problemstillinger, der drøftes nedenfor, kan i kontrast hertil karakteriseres som udramatiske.

Udgangspunktet tages i et forsøg på en nærmere refleksion over hvad der egentlig kan forstås ved personlig integritet i forhold til information og dermed i en indkredsning af hvorfor en retlig beskyttelse er rationel. På denne baggrund orienteres overvejelserne imod persondatas betydning for fremtiden, idet der først sættes fokus på spørgsmålet om beskyttelse af oplysninger om døde mennesker og dernæst i tilknytning hertil på de efterladtes muligheder for at få adgang til sådanne data. Herefter bliver fremtiden fjernere idet der gives en vurdering af mulighederne for at opbevare persondata for eftertiden som et led i kulturarven. Disse problemstillinger vedrører alle det fysiske menneske, men udelukker ikke at det fiktive menneske måske også kan have et behov for en art beskyttelse. Derfor inddrages til sidst, i tråd med denne bogs ånd, Julemanden.

PERSONLIG INTEGRITET

Den retlige regulering hviler på den antagelse, at oplysninger, som vedrører en bestemt person, har en betydning for denne persons individualitet og at der derfor må være regler om hvordan disse oplysninger kan anvendes af andre. Individet må ikke være informatorisk nøgent i samfundet. En regulering er påkrævet for at sikre at oplysningerne ikke bliver brugt på en måde, der er krænkende for personen og dermed for den integritet, som det er forudsat at personen har. Personen har en eller en anden grad af autonomi og i sidste instans er det menneskets værdighed, der begrunder et behov for regulering.

Dette udgangspunkt betyder at det bliver væsentligt at fastlægge hvem, der er en person, og hvorledes man kan forstå personens relation til andre. Særlige typer af personer inddrages lidt senere, men til en begyndelse kan det fastslås, at reguleringen tager henblik på enhver fysisk person og på denne persons relation til enhver, hvilket indebærer at der i denne relation ikke

blot optræder andre personer, men også f.eks. myndigheder og virksomheder. I almindelighed kan det konstateres, at databeskyttelse vedrører relationer og den retlige regulering kan hævdes at være karakteriseret af relativitet. Robinson Cruso (uden Fredag) har ikke brug for databeskyttelse, som således er forbundet med det menneskelige samfund. Det er dermed eksistensen af en kollektivitet, der begrundet regulerings hensyntagen til det enkelte menneske.

Det har været omdiskuteret om det er ønskeligt at indsnævre databeskyttelsen til de fysiske personer, idet det undertiden er blevet hævdet at også juridiske personer og andre virksomheder kan have en til integritet svarende interesse⁶, der bør være beskyttet af disse regler. Denne opfattelse er ikke fuldt ud overbevisende, da den bortser fra menneskets særlige karakter. At man eksempelvis taler om juridiske personer bør ikke forstås således at de faktisk er personer. I almindelighed kan det konstateres, at der er truffet et retspolitisk valg, som er begrundet i et ønske om at skabe en harmonisk regulering. Man har ønsket at fastholde et bestemt fokus. Virksomheder kan have et immaterielt betinget beskyttelsesbehov, men dette må varetages andetsteds i retssystemet. I lovgivningen er dette valg ikke gennemført fuldt ud eftersom der på nogle områder, med kreditoplysning som et ledende eksempel i en del nationale reguleringer, er givet virksomheder en databeskyttelse, jfr. eksempelvis den danske personoplysningslov (429/2000) kapitel 5 og 6. Som nævnt ovenfor er det dog de særlige egenskaber, der er forbundet med det fysiske menneske, som grundlæggende begrundet at der er behov for et integritetsværn.

Der findes en lang række teorier om hvad der nærmere skal forstås ved integritet, idet dette fundamentalt er et filosofisk frem for et retligt spørgsmål. Ingen af disse opfattelser er blevet endosseret retligt, men mange af dem bidrager med tankegange, der har betydning ved besvarelsen af specifikke retlige spørgsmål, selvom den enkelte teori ofte har en sådan generalitet, at det er vanskeligt at transformere den til noget konkret retligt. I almindelighed kan det konstateres, at integritet er relateret til menneskets oplevelse af sig selv og evne til at føle glæde, sorg, skam m.v. Integritetskrænkelser behøver ikke at være forbundet med egentlige materielle virkninger, der kan iagttages af omverdenen, men en krænkelse er grundlæggende forbundet

⁶ Se i denne sammenhæng Lee Bygrave: *Data Protection Law. Approaching its Rationale, Logic and Limits*. Kluwer Law International, The Hague 2002, p. 296–298, der er sympatisk indstillet over for at lade i hvert fald dele af beskyttelsen omfatte visse kollektive enheder.

med det enkelte menneskes egen forståelse af sit liv. Om end dette er tilfældet er det ikke udelukket, at integritet også kan krænkes allerede fordi det samfundsmæssige fællesskab oplever at personen er udsat for en sådan krænkelse. Selvom det enkelte menneske er i centrum er det for at et beskyttelsesbehov retligt anerkendes ikke i alle tilfælde påkrævet, at mennesket forstår eller oplever krænkelsen. Det er ligeledes ikke nødvendigt, at mennesket kan reagere over for en begået krænkelse. Det kan indtil videre lægges til grund, at integritet vedrører selvoplevelse og relationer til andre mennesker samt en overindividuel forståelse af det enkelte menneskes informationsfære. En blanding af subjektivitet og objektivitet.

Det er denne opfattelse, som i betydelig udstrækning er baggrunden for den regulering, der er fastsat. Den blander det individuelle med det overindividuelle. Der er ikke tvivl om at de mennesker, der besidder handleevne, har en forskelligartet opfattelse af hvilke former for informationsbrug, der er krænkende for dem. Det er eksempelvis ikke altid de samme persondata, der opfattes som følsomme. Databeskyttelsen har et individuelt præg, som også bliver tillagt betydning når der f.eks. af nationale datatilsyn tages stilling til på hvilken måde de enkelte regler konkret skal finde anvendelse. Den praktiske udfyldning af de generelle regler er ikke mekanisk, men er i del situationer præget af den individuelle oplevelse af den persondatabehandling, der konkret bliver bedømt.

Den retlige regulering er dog ikke indrettet således at personen har fuld råderet over sin integritetsinteresse. Dette ville være tilfældet såfremt behandlingen af oplysninger om personen i alle tilfælde var betinget af et samtykke og såfremt der kunne gives samtykke til alle former for persondatabehandling. Ganske naturligt er samtykke en fremtrædende figur i databeskyttelsesretten, men det er ikke den dominerende figur⁷. For at bruge en fornuftig terminologi er reguleringen ikke deklatorisk. Der er former for persondatabehandling, der uanset samtykke ikke kan finde sted; eksempelvis i dansk ret behandling foretaget af kreditoplysningsbureauer. Dette indikerer en almindelig samfundsmæssig interesse i integritetsbeskyttelse og en

⁷ I forhold til en forståelse af direktivets artikel 6 og 7 kan der iagttages forskellige opfattelser af den rolle samtykket tillægges. Nogle læser direktivet således, at samtykke udgør et af flere behandlingsgrundlag, som den dataansvarlige kan vælge imellem, medens andre står for den læsning, at samtykket er en hovedregel, som skal foretrækkes frem for de øvrige grundlag når dette er muligt. I forhold til direktivets artikel 8 begrundes dette med sammenhængen med menneskerettighedskonventionens artikel 8. Med en hensyntagen til direktivets udformning er min egen opfattelse, at samtykke er et alternativ ligestillet med de øvrige.

aspiration om at beskytte det svage individ, som reelt ikke retsbeskyttes af en adgang til at give samtykke, der forudsætter evnen til at overskue og vurdere sin egen integritetsinteresse⁸. Det er en til stadighed aktuel retspolitisk problemstilling i hvor vid udstrækning en adgang til samtykke skal anerkendes.

Det er ligeledes muligt at behandle persondata uden at der foreligger et samtykke. Den omstændighed, at personoplysninger kan behandles på et andet grundlag end samtykket, indebærer at dette kan ske på grundlag af dispositioner foretaget af blandt andet andre personer⁹. Der kan være tale om personer uden nogen relation til personen, hvilket ofte vil være tilfældet, idet der også kan være tale om virksomheder og myndigheder, men i forhold til de nedenfor drøftede problemstillinger har det her især interesse at sætte fokus på personer, der har en sådan relation til personen at de kan få en adkomst til at disponere. Disse tilfælde angår typisk situationer, hvor personen ikke selv kan opleve integritetskrænkelsen, men hvor dette ikke betyder at der ikke er en krænkelse, og der kan ligeledes være tilfælde, hvor personen nok oplever krænkelsen, men af faktuelle eller retlige årsager er afskåret fra at reagere mod den.

I disse situationer opstår spørgsmålet om andre kan reagere og disponere på personens vegne. Det er i almindelighed antaget, at sådanne muligheder foreligger, idet de er betinget af regulering fastsat andre steder i retssystemet, herunder i reglerne om fuldmagt. Har en person ikke retlig handleevne kan den, der varetager denne evne, agere. Hovedeksemplet på dette er forældre på vegne af børn, hvor det er et selvstændigt spørgsmål på hvilket tidspunkt barnet alene eller i konkurrence med forældre (= værger) kan varetage sin egen integritetsinteresse. Herom er den legale databeskyttelsesret tavs i den forstand at der ikke er fastsat en bestemt aldersgrænse. Om en person kan handle databeskyttelsesretligt afhænger af en modenhedsbedømmelse, hvilket er konsistent i forhold til at det er en integritetsinteresse, som betinger retsbeskyttelsen. Denne interesse er netop individuel og varierende. I dansk ret er grænsen ofte sat til 15 år, men det er ikke udelukket at også yngre personer kan agere i visse situationer.

⁸ Dette er tilfældet selvom de grundlæggende principper i direktivets artikel 6 virker ved siden af samtykket. Forudsætningen om saglighed yder eksempelvis en vis beskyttelse, men det er ofte svært at konstatere usaglighed når et samtykke foreligger.

⁹ I denne forbindelse er det væsentligt at være opmærksom på, at reguleringen giver den enkelte en lang række rettigheder, der er til stede også i de situationer, hvor grundlaget for behandlingen er et andet end en samtykke,

Sammenfattende kan det indtil videre konstateres, at nok er den personlige integritet personlig, men det er ikke noget krav at personen i alle tilfælde varetager denne interesse. Dette ville da også være en urealistisk regulering. Det kan dog også konstateres, at det forudsætter et uden for databeskyttelsesretten værende retligt miljø for at andre har kompetence til at handle som om de var personen. Der må være en retligt betinget berettigelse, hvilket indebærer at den blotte omstændighed at en person ikke kan overskue de integritetsmæssige konsekvenser af en bestemt informationsbehandling ikke i sig selv betyder, at andre kan træde til. Dette er også tilfældet i henseende til de handlemuligheder, som er tillagt tilsynsmyndigheden, der ikke i denne forstand har en omsorgsfunktion. Databeskyttelsesret er ikke socialret, og det er da også en af grundene til at denne regulering undertiden er blevet kritiseret for at varetage de ressourcestærkes interesser eller under et andet perspektiv for at være mandens og ikke kvindens ret¹⁰. Sådanne iagttagelser er under en kølig vurdering skåret lidt for stærkt til, men de er nyttige i den forstand at de udgør en advarsel imod at romantisere en regulering som den databeskyttelsesretlige, hvilket der undertiden kan være en tendens til. Databeskyttelsesretten er omsorgsfuld, men kun til en bestemt grænse, idet den også som aspiration har ikke at være formynderisk.

DE DØDE

Selvom alle, der ikke selv kan handle integritetsmæssigt rationelt, ikke hjælpes af databeskyttelsesretten, er der dog tilfælde, hvor reguleringen yder en sådan hjælp, og som et måske et lidt særegent eksempel herpå sættes der i det følgende fokus på spørgsmålet om hvorledes personoplysninger, der er relateret til døde mennesker, bliver vurderet. Indledningsvis kan det fremhæves, at der ikke findes nogen fælles europæisk opfattelse. I direktiv 95/46 EF er spørgsmålet ikke reguleret, idet det er overladt til medlemsstaterne at tage stilling om den databeskyttelsesretlige lovgivning skal omfatte denne form for oplysninger. Reguleringen er nationalretlig og varierer inden for EU idet f.eks. den engelske data protection act 1998, jfr. section 1(1), alene finder anvendelse i forhold til data om levende personer.

¹⁰ Jfr. hertil Judith Wagner DeCew: In pursuit of privacy. Cornell University Press, Ithaca 1997, p. 81–94.

I f.eks. dansk ret er døde menneskers data derimod beskyttet i en eller anden udstrækning. De almindelige databeskyttelsesretlige regler gælder i det omfang dette giver mening¹¹ og dermed så længe at beskyttelsen er integritetsmæssigt begrundet. Der er dermed en tidsmæssig afgrænsning, men denne er ikke fast idet beskyttelsesperiodens udstrækning afhænger en bedømmelse af den konkrete situation. Der er på denne måde tale om en problemstilling, hvor det netop sættes på spidsen hvad hensynet til integritet egentligt kan bære. Det må antages at der ved den konkrete vurdering kan tages hensyn til oplysningernes sensitivitetsgrad og hvilken form for behandling oplysningerne ønskes undergivet samt til om der findes indicier på hvorledes den afdøde så på denne behandling.

Af særlig stor praktisk betydning i denne sammenhæng er spørgsmålet om hvornår oplysningerne skal slettes. Det er først og fremmest i medicinske sammenhænge, at problemstillingen er aktuel, idet der findes en række tilfælde, hvor Datatilsynet har accepteret slettefrister, der ligger ganske betydeligt efter de registreredes død. Sådanne slettefrister er begrundet i et ønske om at understøtte medicinsk forskning, der har en almindelig samfundsmæssig betydning. Der er dermed tale om et eksempel på at kollektivitetens interesse sættes over individets, idet der sædvanligvis ikke tages hensyn til viden om den afdødes opfattelse af denne situation¹². Findes oplysningerne bliver de anvendt til de forskningsmæssige formål.

Ved vurderingen af reguleringen af data om døde er det naturligt at inddrage forholdet mellem integritet og omdømme. Denne problemstilling har især, men dog ikke udelukkende, betydning i forhold til personer, der af en eller anden grund er kendt i offentligheden. Omdømme er en art immaterialretlig figur og er i princippet uden tidsbegrænsning. Et omdømme bliver ikke forældet. Det må således lægges til grund, at det er muligt at krænke en afdøds omdømme uden databeskyttelsesretligt at krænke dennes informationelle integritet. I Danmark har det ofte været diskuteret hvorvidt H. C. Andersen var homoseksuel. Set fra hans ståsted vil en sådan antagelse meget alvorligt krænke hans omdømme, men den vil altså ikke retligt være integritetskrænkende uanset at oplysningen er følsom og uanset om den var falsk, da han har været død for længe (1875). Der kræves altså en vis nærhed for at

¹¹ De regler, som giver personen rettigheder, særligt artikel 10 og 11 om oplysningspligt, kan i sagens natur ikke finde anvendelse.

¹² Se nærmere om problemstillingen Mette Hartlev: Fortrolighed i sundhedsretten. Forlaget Thomson, København 2005, p. 693–695.

persondataanvendelsen vil kunne blive karakteriseret som en integritetskrænkelser og der skal ligeledes være tale om en krænkelse, der er relateret til konkrete oplysninger og ikke blot til personen.

Det er dog sandsynligt at det for integritetsværnets udstrækning har en vis betydning hvem personen er. Selvom der i hvert fald som udgangspunkt for de levende ikke er forskel på den kendtes og den ukendtes beskyttelsessfære¹³ er det sandsynligt, at der er en sådan forskel i henseende til oplysninger om døde. Det er nærliggende at data om kendte personer er beskyttet noget længere end data om ukendte, idet den kendte person i længere tid opleves som person. Omdømme har på denne måde en art afsmittende virkning. En kollektiv erindring kan begrunde et længere databeskyttelsesmæssigt liv. Det er dog ikke muligt at præcisere denne forskel nærmere, idet der i hvert fald ikke i dansk ret findes praksis herom. Den må her forblive en hypotese.

I forbindelse med gennemførelsen af den danske personoplysningslov (429/2000) blev det overvejet hvorvidt data om døde kun skulle beskyttes i den udstrækning, at de er relateret til en levende, typisk en pårørende¹⁴. Dette ville medføre en lidt mere præcis tidsmæssig afgrænsning. Denne opfattelse er i og baseret på et brud med det foran anførte hvorefter det ikke har betydning om den integritetskrænkede selv kan opleve krænkelsen. Dette skyldes, at det er den efterladtes oplevelse af en krænkelse på vegne af den døde, der her bliver det udslagsgivende moment. Dette kan fremtræde som fornuftigt, men konsekvensen vil være en ujævn beskyttelse, idet der ikke er nogen sikkerhed for at de efterladte har den samme opfattelse af integritet som den afdøde, hvorfor mere objektive, om end upræcise, kriterier blev foretrukket. Den døde betragtes fortsat som en selvstændig person.

Det er som tidligere nævnt ikke ifølge direktivet nødvendigt at beskytte dødes data, og der kan argumenteres for at denne problemstilling bedre håndteres i andre dele af retssystemet, men ud fra det generelle beskyttelseshensyn forekommer det hensigtsmæssigt at lade databeskyttelsesretten varetage denne opgave. Det er integritetshensynet, der begrunder beskyttelsen. Det er ikke ønskeligt at fastlægge en bestemt tidsperiode, da persondatabehandlingsituationerne er så forskelligartede. Det er derfor hensigtsmæssigt som

¹³ Den omstændighed at mange kendte mennesker selv offentliggør meget personlige oplysninger repræsenterer blot en praktisk betonet forskel og betyder ikke deres udgangsposition er anderledes end de ukendtes.

¹⁴ Se hertil Betænkning 1345/1997 p. 212–213, hvor det konkluderes, at beskyttelsen kun bør gælde "hvis oplysningerne direkte eller indirekte kan knyttes til identificerbare levende personer". Denne opfattelse blev forladt senere under lovforberedelsen.

tilfældet er i dansk ret at lade det nationale datatilsyn foretage en konkret afvejning af de modstridende hensyn ved den konkrete fastlæggelse af om en beskyttelse foreligger. Dette har ikke hidtil givet anledning til vanskeligheder.

ADGANG TIL DEN DØDES DATA

Spørgsmålet om de døde vedrører ikke blot de data, som andre har produceret om de pågældende, men også de data, som de selv efterlader. Der kan i denne situation være tale om alle former for personoplysninger. Sådanne persondata kan de pårørende have en interesse i at få adgang til. I den gamle papirverden var dette sjældent noget praktisk problem. Den dødes dagbog med det intime og det hemmelige blev eksempelvis uden videre tilegnet, og det var kun beskyttelsen af omdømmet, der efter omstændighederne kunne hindre en offentliggørelse. I andre tilfælde kunne de efterladte frit disponere, og den døde havde ikke krav på diskretion.

Internettet har aktualiseret et nyt problem i forhold til den hjemmeside og den blog, som bliver efterladt og hvor adgangen er kontrolleret af en søgemaskine, hvis privacy policy kan få praktisk betydning. Det har været overvejet om søgemaskinen har en omsorgspligt i forhold til den døde og dermed om sådanne data uden videre kan overlades til de efterladte, idet der i sagens natur ikke foreligger et samtykke.

Lægges det til grund at de pågældende data er den afdødes ejendom synes det at være nærliggende at lade dette spørgsmål afgøre efter de arveretlige regler, hvilket fører til det resultat, at medmindre afdøde har foretaget modstående testamentariske dispositioner, er det nærmeste arving, der har besiddelsesretten. Spørgsmålet har dog givet anledning til tvivl ikke mindst i USA, idet afdødes integritetsinteresse kunne hævdes at være mere tungtvejende end det, som de ordinære arveretlige regler medfører¹⁵. Det kan hævdes, at de arveretlige regler ikke har indtænkt en sådan situation, og at integritetsinteressen bør varetages på et selvstændigt retligt grundlag. En sådan opfattel-

¹⁵ Det kan nævnes, at Yahoo på et tidspunkt nægtede at udlevere en afdøds e-mail konto til dennes forældre, men at en domstol i Oakland County i 2005 afgjorde at dette skulle ske, hvilket indtil videre efterfølges af de forskellige selskaber selvom retsstillingen fortsat anses for uklar.

se vil dog næppe blive tillagt stor vægt i nordisk ret, hvor det må antages at de pårørende kan få adgang til sådanne data. Betænelighederne herved forekommer at være begrænsede. Dette er i overensstemmelse med den praksis, der i hvert fald i Danmark følges af søgemaskinernes ejere, idet det bør tilføjes at der vistnok ikke findes datatilsynspraksis herom.

KULTURARVEN

Spørgsmålet om brugen af oplysninger om døde vedrører den fremtidige anvendelse af data, der er blevet skabt på et tidligere tidspunkt. Her er den døde ikke fortid, men fremtid. Et blandt flere spørgsmål er på hvilken måde eftertiden kan anvende disse data. Denne problemstilling har en generel dimension. Der er en almindelig samfundsmæssig interesse i at bevare oplysninger med henblik på at man senere kan få et kendskab til nutidens samfund. Nutidens historie må ikke forsvinde i forhold til senere generationer. En sådan interesse er velkendt på mange områder og i forhold til informationssamfundet, hvis teknologier i denne sammenhæng er præget af flygtighed, er det naturligt at denne interesse i stadig større udstrækning vedrører personoplysninger. Disse er en meget væsentlig del af det, som bredt betegnes kulturarven. Uden adgang til persondata vil vor tid være vanskelig at forstå. Denne samfundsmæssigt begrundede interesse i at bevare persondata er vanskelig at håndtere i databeskyttelsesretten, idet disse vanskeligheder især beror på den moderne informationsteknologi og især Internettet.

Interessen i bevaring af information, herunder persondata, for en fjern eftertid er ikke ny og dengang disse oplysninger alene forelå i trykt form var den retlige regulering af bevaringen hvad enten den fandt sted i biblioteker eller i arkiver ikke i noget synderligt omfang udformet med henblik på integritetsbeskyttelse. I forhold til den arkivmæssige opbevaring, der traditionelt tager sigte på ikke offentliggjort materiale, blev der i forhold til tilgængelighedsfrister i forhold til hvornår oplysninger kan anvendes taget et vist hensyn hertil, medens den personlige integritet ikke spillede nogen rolle i forhold til selve opbevaringen. Ved den biblioteksmæssige opbevaring (pligt-afl levering) havde integritetshensynet ikke nogen betydning, idet det ved den retlige regulering blot blev sikret, at bevaringen og den hermed forbundne eksemplarfremsstilling ikke blev kategoriseret som en krænkelse af den ophavsretlige eneret, jfr. ophavsretslovens § 16, stk.5. Det er velkendt at der i

trykte materialer, såvel bøger som aviser, kan være medtaget personoplysninger, der er både krænkende og ukorrekte, men hensynet til kulturarven overskyggede fuldstændigt denne iagttagelse.

Denne prioritering af hensyn er ændret i dag dels som følge af den form for tilgængeliggørelse af information, som karakteriserer Internettet, dels som følge af den øgede betydning, som databeskyttelsen er blevet tillagt. Et nyt opmærksomhedsniveau er kommet til veje. Som særlige træk ved nutidens situation kan fremhæves, at information i mange tilfælde gøres tilgængelig på en dynamisk måde og dermed hele tiden skifter placering og indhold, og især at offentliggørelsen er blevet demokratiseret i den forstand at langt flere offentliggør betydeligt mere information end det tidligere var tilfældet. Tiden er bl.a. karakteriseret ved informationsdeling. Der er derfor langt flere persondata, som kan bevares, og en retlig regulering, der tager hensyn hertil og medtænker de beskyttelsesbehov, der herved aktualiseres, er påkrævet.

I direktiv 95/46 er der i en vis udstrækning taget hensyn til at der kan være foreligge en særlig behandlingsinteresse, idet det i artikel 6(1b) er fastslået at bevaring med henblik på et forskningsmæssigt formål ikke strider imod eller i hvert fald ikke hindres af formålsbestemthedsprincippet. Derimod er der ikke i direktivet indarbejdet en hensyntagen til bevaring begrundet i en interesse hos almenheden i en eftertid, hvilket måske kan skyldes, at man ikke var opmærksom på denne problemstilling, der da også er lidt speciel. En sådan bevaring skal derfor som udgangspunkt bedømmes efter direktivets almindelige regler.

Dette skaber en række problemer, som i det følgende belyses ud fra de overvejelser, der var aktuelle i forbindelse med den i 2004 i Danmark gennemførte pligtafleveringslov (nr.1439/2004). Som tidligere nævnt skelnes der i databeskyttelsesretten mellem forskellige kategorier af persondata og i almindelighed kan det konstateres at de alle optræder på Internettet og dermed alle kan blive høstet med henblik på bevaring for eftertiden. De mest følsomme persondata er dermed omfattet, og er naturligt en del af kulturarven, som selvsagt må omfatte alle former for oplysninger. Under dette perspektiv giver det ikke mening at holde sådanne data uden for bevaringen, idet de ofte vil have den største interesse. Dette har betydning ved vurderingen af om der databeskyttelsesretligt er tilstrækkelig hjemmel til denne bevaring. I denne forbindelse spiller det en rolle, at også offentliggjorte persondata er omfattet af databeskyttelsesretten, og med dette udgangspunkt har det især i relation til de følsomme persondata væsentlig betydning på

hvilken måde en personoplysning er offentliggjort. Dette skyldes at kan det konstateres at oplysningerne ud fra dette retsgrundlag er lovligt offentliggjort er der hjemmel til at behandle dem, idet dette dog yderligere forudsætter at de almindelige principper i direktivets artikel 6 er overholdt. Bevaringen må være saglig, formålsbestemt og proportional.

Som udgangspunkt er der hjemmel til behandling, inklusiv opbevaring, når oplysningerne er offentliggjort af den registrerede, jfr. direktivets artikel 8(2e) for så vidt angår følsomme persondata. Fører jeg en offentligt tilgængelig blog på nettet skulle man derfor umiddelbart tro at den uden videre kunne høstes for eftertiden. Det danske datatilsyn anlagde dog i forbindelse med forberedelsen af pligtafleveringsloven en restriktiv linie¹⁶, idet tilsynet antog at en sådan offentliggørelse ikke uden videre indebærer en accept af denne høstning. Et vist belæg for denne opfattelse kan ganske vist findes i forarbejderne til den danske personoplysningslov, men efter min opfattelse er dette at drive databeskyttelsen for vidt. De oplysninger en person frivilligt offentliggør om sig selv må vedkommende forvente kan blive brugt til ethvert lovligt formål. Dette er nærmest common sense. Andre, herunder også offentlige myndigheder, kan ikke have en anden forventning, og det er ikke rimeligt eller integritetsmæssigt velbegrundet, at fastlægge retlige restriktioner i denne situation. Selvom bevaringen forlænger oplysningernes levetid bør det lægges til grund at der er tilstrækkelig hjemmel hertil. I og for sig noget atypisk var Datatilsynet således på dette punkt noget usmidig.

En særlig form for offentliggørelse karakteriseres som lukket, idet oplysningerne nok er tilgængelige for en bred kreds, idet det dog kræver en særlig berettigelse for at få adgang til eksempelvis den hjemmeside, der indeholder oplysningerne. Et eksempel er betaling, men det som især påkaldte sig opmærksomhed i den retspolitiske diskussion var foreningers hjemmesider. Danmark er et land med et utal af foreninger og der er ikke tvivl om at der i fremtiden vil være en betydelig interesse for denne form for oplysninger. De udgør en vigtig del af kulturarven, som vil være ufuldstændig uden foreningsdata. Det kan dog konstateres at oplysningerne ikke er offentliggjorte når de kun er tilgængelige for foreningernes medlemmer, og derfor valgte man at benytte en særlig bestemmelse i direktivet (artikel 8(4)), der tillader persondatabehandling når denne er begrundet i en vigtig samfundsmæssig interesse. I dansk ret antages generelt at Folketinget kan skønne om en sådan interesse foreligger, idet Datatilsynet respekterer dette skøn, der i sagens natur

¹⁶ Jfr. hertil Datatilsynets Årsberetning 2004 p. 48–56.

er betinget af andre hensyn end det databeskyttelsesmæssige. Kulturarv blev betragtet som en vigtig samfundsmæssig interesse. Persondata, der hidrører fra foreninger, som man kun kan blive medlem af efter invitation, er dog, måske lidt inkonsistent, undtaget fra denne ordning, hvilket i øvrigt også er tilfældet for kreditoplysningsbureauers registre.

Hvor alvorligt man skal bedømme inddragelsen af foreningerne kan diskuteres, idet et mere vanskeligt spørgsmål generelt angår den situation, hvor oplysningerne er offentliggjort i mere usystematiseret form på Internettet af andre end personen selv. Denne situation forekommer ganske hyppigt og i mange tilfælde vil datakvaliteten være lav. Formålet kan ligeledes være usagligt (hadesider mm.). Internettet bruges i en del tilfælde som en art gabestok, der er uden for reel databeskyttelsesretlig kontrol. Der er en nærliggende risiko for at man vil komme til at opbevare ukorrekte oplysninger, som måske endda en gang i fremtiden vil blive betragtet som rigtige. Også her blev der truffet et retspolitisk valg, idet det på ny blev lagt til grund, at der foreligger en vigtig samfundsmæssig interesse med den konsekvens at disse oplysninger bliver bevaret uanset de databeskyttelsesmæssige konsekvenser herved. Hensynet til datakvalitet blev således ikke tillagt nogen egentlig betydning, og dette kan i og for sig være berettiget i denne sammenhæng. Det vil tit ikke være muligt at forstå fortidens samfund uden at have adgang til også de ukorrekte oplysninger, der kan have bevirket bestemte dispositioner.

Denne bevaring sker automatiseret ud fra bestemte kriterier, men uden at man ved bevaringen ved hvad det præcist er for data, der bliver høstet. Bevaringen sker i det såkaldte netarkiv¹⁷ og de mange persondata, som indgår i dette arkiv, aktualiserer naturligt spørgsmålet om hvem, der under hvilke betingelser skal have adgang til oplysningerne. Efter den herskende opfattelse kan selve registreringen af persondata implicere en integritetskrænkel- se, men der er ikke tvivl om at risikoen for en sådan forøges væsentligt når oplysningerne videregives.

Det næste slag i den retspolitiske proces vedrørte dette spørgsmål og medens databeskyttelsen tabte det første vandt den dette slag. Der er ikke i den fastsatte regulering sat nogen tidsgrænse for hvornår der er adgang til disse oplysninger, som således kan bruges også i den nære fremtid og dermed medens de pågældende personer er i live. I sig selv ganske bemærkelsesværdigt. Derimod er det bestemt, at oplysningerne kun kan anvendes til forskningsmæssige formål og kun når dette sker i overensstemmelse med den

¹⁷ Placeret i Statsbiblioteket, Århus. Se <http://www.netarkiv.dk>.

procedure, der er fastlagt i personoplysningslovens § 10. Dette indebærer først og fremmest at oplysningerne ikke i forskningsresultater eller på anden måde må kommunikeres i personidentificerbar form dels at det forudsætter en tilladelse fra Datatilsynet for at kunne anvende dem. Det har dermed fået vidtgående konsekvenser, at man i forhold til bevaringen har modificeret databeskyttelseshensynet. Først og fremmest har dette betydet at almenheden er blevet afskåret fra at få adgang til oplysningerne. Dette er en høj pris fordi den underminerer rationalet i en ordning, der er baseret på bevaring begrundet i fremtidens interesse. Kulturarven bliver forbeholdt de få og holdt skjult for de mange. Den vigtige samfundsmæssige interesse er på dette punkt blevet mindre vigtig. Alt i alt en ordning, der ikke forekommer fremtidssikret, men dette må her blive en anden historie¹⁸.

Denne tråd skal i det hele taget ikke spindes yderligere her, idet problemstillingen er medtaget for at vise at persondata kan have et langt liv og have en videregående interesse end bedømt i relation til personen selv. De har i en vis forstand deres eget immaterielle liv uafhængigt af den konkrete kontekst inden for hvilken de er tilblevet, men oplysningernes særlige status er fortsat beroende på den integritet, som er tilknyttet den enkelte person. Det er ved en forståelse af grænseområder som de her omtalte, at det er muligt at opnå en yderligere indsigt i hvad personlig integritet og det hermed forbundne informationelle privatliv egentlig indebærer og hvor stor en retlig betydning privatheden skal tillægges.

JULEMANDEN

Det er indtil videre blevet lagt til grund, at den databeskyttelsesmæssige interesse er knyttet til det fysiske menneskes personlige integritet. Det er da også utvivlsomt denne form for integritet, som den gældende retlige regulering tager sigte på. Når den årstid, som denne bog udkommer i, tages i betragtning er det dog naturligt at afslutte med en overvejelse af om også fiktive personer har en integritet, der kunne fortjene beskyttelse. Sådanne personer kan jo undertiden få en tilværelse, hvor de er tæt på at blive forvekslet

¹⁸ En alternativ model ville bestå i at tage udgangspunkt i den måde hvorpå reguleringen af adgangen til arkivmateriale sædvanligvis er tilrettelagt. Dette ville indebære lovbestemte tilgængelighedsfrister og når disse er udløbet en almindelig adgang for alle.

med de levende. Grænserne mellem det fiktive og det virkelige bliver slørede. En af de mest kendte fiktive personer er Julemanden, der er tæt på at have en global såvel materiel som immateriel tilværelse.

I forhold til Julemanden foreligger en beklagelig dansk finsk konflikt, som bl.a. har manifesteret sig i forbindelse med de nordiske retsinformatikkonferencer. Dette har især været tilfældet når disse er blevet afholdt i Rovaniemi. Ved disse lejligheder er der blevet begået en åbenbar integritetskrænkelse, idet Julemanden, der jo stammer fra og bor i eller tæt på Grønland, pludselig er blevet gjort til finne. Selvom man kan sige meget godt om finner og også om dem, der bebor Rovaniemi, er der alligevel tale om en krænkelse af personlighed og en tildeling af egenskaber, som ikke er Mandens egne¹⁹. De nævnte begivenheder giver derfor anledning til at påpege at et integritetsforsvar er påkrævet.

Som nævnt må man dog konstatere, at der ikke for tiden findes retlige virkemidler, som kan anvendes imod denne integritetskrænkelse. Det forekommer ligeledes desværre sandsynligt, at den ikke vil ophøre, hvilket må karakteriseres som en skærpende omstændighed. Der er derfor kun tilbage at opfordre Ahti og ligesindede til at overveje hvorledes de vil være stillet den dag hvor EU direktivet udvides til at omfatte de fiktive personer.

The rest is silence!

¹⁹ Louis Moe lod i Julemandens Bog. C. Corneliussens Forlag, København 1898. Julemanden bo på Nordpolen, der ganske vist ligger ca. 700 km. nord for Grønland, men dog nærmere end Rovaniemi. – Se yderligere om Manden i Den store danske encyklopædi bd. 10 p. 194.

Wolfgang Mincke

Die Kohärenz juridischer Aussagen

Unter den vielen Betätigungsfeldern unseres zu ehrenden Jubilars ist eines fast ganz in Vergessenheit geraten, die Rechtstheorie. An dieses Gebiet erinnert sich der Autor aber besonders gern, weil er in diesem Umfeld zur Freundschaft mit *Ahti Saarenpää* geführt wurde. Ihm seien daher die folgenden Ausführungen zu einem problematischen theoretischen Begriff gewidmet.

DER BEGRIFF DER KOHÄRENZ

Vor einigen Jahren ging in der rechtstheoretischen Diskussion ein neuer Begriff um, die Kohärenz. Die Jurisprudenz hat ihn damals begierig aufgegriffen, ohne daß letztlich völlig geklärt wurde, welchen Gewinn der Begriff der Diskussion geben konnte oder welche Bedeutung die Kohärenz in Abgrenzung zu anderen Begriffen hatte. Man kann sich an andere Begriffe erinnern, die ein ähnliches Schicksal hatten, den Topos und das Paradigma, die ebenfalls nie ganz deutlich wurden und ähnlich dem Joker im Kartenspiel eingesetzt werden konnten. Waren diese Begriffe ausgeschöpft und mußten einem neuen Begriff Platz machen? Heute kann es scheinen, als habe der Begriff der Kohärenz das Schicksal seiner Vorgänger erlitten: Als unproduktiv weil zu unbestimmt fallengelassen.

Skepsis scheint immer an-gebracht, wenn wieder nur ein theoretischer Begriff, zumal ein überholt scheinender, auf seine Signifikanz für juristische Tätigkeiten ausgeleuchtet werden soll. Mit der Kohärenz zeichnete sich aber eine neue Blickrichtung ab, die tatsächlich einen Einschnitt in der rechtstheoretischen Diskussion bedeuten könnte. Bei der Kohärenz geht es offenbar nicht um Methodisches, um juristische Tätigkeiten, sondern endlich wieder um deren Gegenstand, die Rechtsordnung. Mit ihr kann ein seit Jahr-

zehnten verschütteter Aspekt der Rechtsordnung, die Systematik wieder ins Bild rücken und zugleich deren problematischster Aspekt, die Frage, welchen Gerechtigkeitsgehalt die Systematik im Recht hat.

Der Ort der Kohärenz in der Systematik ergibt sich schon aus dem Wort-sinn. Kohärenz heißt "Zusammenhang"; wenn wir zwischen verschiedenen Erscheinungen einen Zusammenhang entdecken, ist dies regelmäßig der Beginn einer Ordnung, die systematisch gliedern will. Die erste und grundlegende Forderung, die wir an jedes System stellen, ist, daß es konsistent, d.h. widerspruchsfrei ist, denn in einem System, das einen Widerspruch enthält, läßt sich jede beliebige Aussage als wahr herleiten¹, damit würde das System wertlos. Kohärenz bedeutet aber etwas anderes und mehr als Konsistenz: Ich sammle für ein System Sätze und fange an mit dem Satz "Wasserstoff ist das einfachste Element". Dann nehme ich als zweiten Satz hinzu "Paul ist fleißig" und als dritten "Der Mond reflektiert das Licht der Sonne". Diese Sätze sind durchaus konsistent, weil sie keinen Widerspruch enthalten. Sie sind aber zusammenhanglos, inkohärent.

Wie verhält sich die Kohärenz zur Konsistenz? Wie und worin geht die Kohärenz über die Konsistenz hinaus? Einige Aussagen lassen sich intuitiv machen, wie eben die Aussage, daß die Kohärenz mehr verlangt als Konsistenz. Konsistenz ist etwas, was vorhanden ist, oder nicht vorhanden ist; Kohärenz dagegen scheint es auch in Abstufungen, in verschiedenen Graden zu geben. Läßt sich ein Optimum für die Kohärenz von Sätzen eines Systems angeben und nach welchem Kriterium wäre dieses zu beurteilen? Wir gehen davon aus, daß die Wirklichkeit widerspruchsfrei ist. Wenn wir durch einen Versuch feststellen, daß sich die Wirklichkeit anders verhält als es die Sätze unseres Systems erwarten lassen, passen wir die Sätze unseres Systems an. Bietet uns die Wirklichkeit ein ebenso sicheres Versuchsfeld für die Kohärenz?

Im ungeklärten Verhältnis der Kohärenz zur Konsistenz sehe ich vor allem den Bedarf nach weiterer Auseinandersetzung mit dem Begriff in rechtlichen Zusammenhängen. *Aarnio* hat die Kohärenz definiert als "...compatibility with everything that is otherwise to be justified".² Eine Normbehauptung im Recht soll nur dann gültig sein, wenn sie kohärent ist"...with the

¹ $\sim A$; $\sim A \rightarrow \sim A \vee B$; $\sim A \vee B$; $A \rightarrow B$; wird jetzt unterstellt, daß nicht nur $\sim A$, sondern auch A wahr ist, ist jede beliebige Aussage B wahr.

² *Aulis Aarnio*, Truth and Validity in Legal Interpretations, in: *Aarnio*, Philosophical Perspectives in Jurisprudence, Helsinki 1983, S. 176.

statement cluster accepted as sources of law”.³ Die Erklärung der Kohärenz als eine Kompatibilität scheint zunächst wieder auf die Konsistenz zu verweisen, auf die bloße Vereinbarkeit von Sätzen eines Systems. Für die Geltung eines Satzes liegt hierin nur ein sehr schwaches Argument. Aarnios Erklärung weist aber über die gewöhnliche Konsistenz hinaus. Entscheidend ist nicht die Kompatibilität der Normbehauptungen untereinander, sondern die Kompatibilität mit den Sätzen, die das Recht begründen⁴. Diese Sätze liegen auf einer anderen logischen Ebene. Kohärenz scheint dann so etwas wie eine Konsistenz zu sein, die verschiedene logische Ebenen miteinander verbindet.

Ein ähnlicher Aspekt findet sich bei *MacCormick*. Er trennt ausdrücklich Konsistenz und Kohärenz;⁵ über die Widerspruchsfreiheit hinaus bedeutet die Kohärenz für eine Menge von Rechtsregeln, daß sie alle einem einzelnen, allgemeineren Prinzip genügen oder Anwendungen dieses Prinzips sind.⁶ Die Kohärenz eines Normenkomplexes ist damit abhängig von dem Grad seiner Rechtfertigung durch Prinzipien oder Werte höherer Ordnung; diese Prinzipien müssen dabei in ihrer Gesamtheit eine befriedigende Lebensform (*form of life*) ergeben.⁷ Wie bei Aarnio bedeutet auch hier die Kohärenz eine Verbindung verschiedener logischer Ebenen in einer systematischen Ordnung. Was aber das Kriterium der Kohärenz ist, außer daß sie einer Ordnung in besonderer Weise Sinn gibt, bleibt undeutlich.

Diese letzte Frage versucht *Alexy* zu beantworten.⁸ Auch er unterscheidet Kohärenz und Konsistenz, auch für ihn ist die Kohärenz eine Frage des Grades⁹. Sein Ausgangspunkt ist dem von Aarnio und *MacCormick* wenigstens ähnlich. Auch für ihn hat die Kohärenz ihren Kern in der Begründung von

³ *Aarnio*, a. a. O. (Fn. 3).

⁴ Er definiert: "A norm contention (interpretation contention) is true if and only if there is a coherence between the contention and the interpretative material presented in support of it." *Aarnio*, (Fn. 3), a.a.O.

⁵ *Neil MacCormick*, Coherence in Legal Justification, in *Theorie der Normen*, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin 1984, S. 38.

⁶ *MacCormick*, (Fn. 6), S. 40: "... a set of rules is coherent if they all satisfy or are instances of a single more general principle".

⁷ *MacCormick*, (Fn. 6), S. 42.

⁸ *Robert Alexy*, Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: Behrends, Dießelhorst, Dreier (Hg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, S. 95 ff. Alexy untersucht den Begriff der Kohärenz im Rahmen eines größeren Forschungsprojekts zusammen mit *Aleksander Peczenik*.

⁹ *Alexy*, (Fn. 9) S. 97 f.

Aussagen.¹⁰ „...der Begriff der Begründung (ist) der Schlüssel zum Begriff der Kohärenz. Dies kann er sein, weil zwischen den Begriffen der Begründung und der Kohärenz eine begrifflich notwendige Beziehung besteht.“¹¹ Allgemein bestimmt er die Kohärenz: „Je besser die Begründungsstruktur einer Klasse von Aussagen ist, desto kohärenter ist diese Klasse von Aussagen.“¹² Die Qualität der Begründungsstruktur wird durch die Zahl, Länge und Verknüpfung der Begründungsketten bestimmt, wobei die Gründe zu gewichten bleiben.¹³ Zur Kohärenz trägt weiter bei, daß die Aussagen sich gegenseitig stützen.¹⁴ Die Kohärenz wird in dieser Darstellung zu einem außerordentlich komplexen Mechanismus, der wie bei Aarnio und MacCormick wesentlich zur Rechtfertigung der Aussagen in einem System beiträgt.

Um einen klareren Begriff von der Kohärenz zu bekommen, empfiehlt es sich vielleicht, sie zunächst in Systembildungen außerhalb des Rechts mit seinen notorischen Schwierigkeiten zu betrachten. Der klassische Fall zweier konkurrierender Systeme ist für uns immer noch der Streit des ptolemäischen mit dem kopernikanischen Weltbild. Aus diesem Streit, der für uns schon lange entschieden ist, lassen sich vielleicht auch Rückschlüsse für die Kohärenz ziehen.

I Beispiel: *Ptolemäus vs. Copernicus*

Ptolemäus hatte – gestützt auf ältere Quellen – ein Weltbild entworfen, in dessen Mittelpunkt die Erde stand. Um diesen Mittelpunkt bewegten sich die Himmelskörper in Kreisbahnen. Diese Vorstellung traf gut mit den Beobachtungen der Bewegung von Sonne und Mond zusammen. Sie führte aber bei den Planeten in Schwierigkeiten. Die Planeten schienen auf ihrer Bahn am Himmel seltsame Schleifen zu vollziehen. Mit der Vorstellung einfacher Kreisbahnen um die Erde war dies nicht zu erklären. Man mußte zu komplizierteren Modellen greifen. Man nahm eine selbständige Kreisbewegung der

¹⁰ Nicht ganz deutlich ist mir, ob damit auch verschiedene logische Ebenen, die ich bei Aarnio und MacCormick erkenne, vorausgesetzt sind. In den Ausführungen zu den „Eigenschaften der Begründungsstruktur“ deutet sich das an.

¹¹ Alexy, (Fn. 9), S. 96.

¹² Alexy, (Fn. 12), S. 97.

¹³ Alexy, (Fn. 9) S. 98 ff.

¹⁴ Alexy, (Fn. 9), S. 101 ff.

Planeten zuhulfe, die sog. Epizykeln, die selbst wieder auf einem Kreis, dem Deferenten, die Erde umliefen.

Gegen diese Erklärung trat Copernicus auf. Er stellte anstelle der Erde die Sonne in den Mittelpunkt des Systems. Das Modell wurde von Brahe und Kepler ergänzt, wonach die Planeten die Sonne auf Ellipsenbahnen umliefen. Diese Beschreibung, von der wir als der kopernikanischen Wende sprechen, setzte sich durch. Trotzdem sehen wir die ptolemäische Darstellung heute nicht als falsch an. Sie entspricht vielmehr "nach heutiger physikalischer Ausdrucksweise der näherungsweisen Beschreibung kinematischer Vorgänge in einem ungünstig gewählten und damit umständlichen Bezugssystem unter Verwendung unrealistischer Einschränkungen".¹⁵ Die unrealistischen Einschränkungen liegen in der Annahme, daß sich die Planeten auf Kreisbahnen bewegen.

Wenn die ptolemäische Beschreibung nicht falsch ist, worin liegen dann die Vorzüge des kopernikanischen Systems? Das Modell von Copernicus ist einfacher, vielleicht das einfachstmögliche. Es braucht viel weniger Mittel, um dieselbe Beobachtung zu beschreiben. Anstatt Kreisen, Epizykeln und Deferenten kommt es mit einer einzelnen geometrischen Figur, der Ellipsenbahn aus. Ich würde – noch intuitiv – sagen, daß das neue Modell *kohärenter* ist.

II Beispiel: *Das periodische System der Elemente*

An einer anderen Stelle haben wir eine grandiose und überzeugende Systembildung erlebt. Ursprünglich stand der Mensch der Fülle der ihn umgebenden Stoffe wohl einigermaßen hilflos gegenüber. Dabei hatte er mit dem, was er unmittelbar wahrnehmen konnte, erst einen kleinen Ausschnitt der möglichen Gestaltungen vor sich. Sein Versuch, diese Fülle mit vier Elementen: Feuer, Wasser, Luft und Erde zu erklären, hat etwas Rührendes an sich. Diese Elemente bezeichnen eher die Extreme, die vier Eckpunkte seiner Wahrnehmung, als daß sie die zwischen ihnen liegende Vielfalt erklären. Unrealistisch waren daher auch die Erwartungen an die Beständigkeit der Stoffe und die Hoffnungen der Goldmacher, Stoffe verwandeln zu können.

Das periodische System der Elemente hat die Zahl der Elemente vervielfältigt. Anstatt vier hat es über hundert Elemente. Aber erst dadurch hat es

¹⁵ Richard-Heinrich Giese, Einführung in die Astronomie, Darmstadt 1981, S. 5.

einen Erklärungswert erhalten; es zeigt uns welche Stoffe überhaupt voneinander unterschieden werden müssen und welche Stoffe nur als andersartige Kombinationen von schon Bekanntem anzusehen sind. Es macht uns grundsätzlich alle Stoffe darstellbar. Für das, was das periodische System an Erklärung leistet, stellt es wohl auch wieder das einfachstmögliche Modell dar. Wieder würde ich behaupten, daß ein System hier ein Optimum an Kohärenz hat.

III Beispiel: *Das System der subjektiven Rechte*

Um nun zum Recht zurückzukehren: Auch im Zivilrecht hat es Versuche gegeben, ein System zu schaffen, das die gesamte Rechtsordnung in einem möglichst einfachen Zusammenhang darstellbar macht. Die Pandektisten in der deutschen Rechtswissenschaft des vorigen Jahrhunderts verfolgten dieses Ziel. Das grundlegende Konzept, auf das sie ihre Versuche aufbauten, war das subjektive Recht. Die Herausarbeitung des Begriffs des subjektiven Rechts bei Savigny war überhaupt erst die Voraussetzung für das systematische Unterfangen.

Der Gedanke, das Zivilrecht als ein System darzustellen, das auf einem einheitlichen Konzept des subjektiven Rechts beruht, hat etwas Faszinierendes. Es böte sich an, zunächst zu klären, wer Rechte haben kann (die Rechtssubjekte), dann was Gegenstand von Rechten sein kann (die Rechtsobjekte), die Innehabung von Rechten im Allgemeinen, den Erwerb von Rechten (Rechtsgeschäfte). Danach könnten wir zur Regelung einzelner Rechte übergehen und hätten so das gesamte Zivilrecht dargestellt. Tatsächlich folgen die Pandektenlehrbücher diesem Aufbau, und er ist in seinen Grundzügen auch im Allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches zu finden. Das Projekt ist daran gescheitert, daß ein einheitliches Konzept des subjektiven Rechts im vorigen Jahrhundert nicht gefunden wurde und bis heute nicht gefunden ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch vermeidet den Begriff.

Wir können das System des Zivilrechts über den Begriff des subjektiven Rechts nicht aufbauen, weil wir die gemeinsame verbindende Struktur obligatorischer und dinglicher Rechte nicht zeigen können. Bei der Obligation sehen wir die Befugnisse des Gläubigers gegen den Schuldner, die Ansprüche, bei den dinglichen Rechten steht die Herrschaft über einen Gegenstand im Vordergrund. Technischer gesprochen: Die dinglichen Rechte sehen wir

als Prädikate mit zwei Argumenten, dem Berechtigten und dem Gegenstand der Berechtigung, die obligatorischen Rechte dagegen scheinen uns nur mit drei Argumenten sinnvoll; der Anspruchsgegner, der Verpflichtete muß mit hinzugenommen werden. Die dinglichen Rechte können wir uns als Zuordnung eines Gegenstandes vorstellen, bei der nur ein Rechtssubjekt beteiligt ist, die obligatorischen Rechte dagegen nur als Beziehung zwischen zwei Rechtssubjekten.

Wir leben mit diesem Zustand, er enthält für uns keinen Widerspruch, der das Gefüge des Zivilrechts in Frage stellt. Aber andererseits bleibt dieser Zustand, wie die andauernden Bemühungen zeigen, unbefriedigend. (Tatsächlich ist es ärgerlich, daß wir auch obligatorische Rechte in manchen Beziehungen so behandeln, als ordneten sie dem Berechtigten einen verfügbaren Gegenstand zu, so z. B. bei der Zession.) Ich würde diesen Zustand so bezeichnen, daß er systematisch zwar akzeptabel ist, daß uns aber eine befriedigendere Systematik vor Augen steht – wie sie der Allgemeine Teil ja auch andeutet. Von dieser befriedigenderen Systematik würde ich wie vom kopernikanischen Weltbild oder vom periodischen System der Elemente sagen, daß sie kohärenter ist. Es ist die verbesserungsfähige Kohärenz, die uns am gegenwärtigen systematischen Zustand stört.

DAS KRITERIUM DER KOHÄRENZ

In den drei eben dargestellten Beispielen habe ich jeweils die größere oder sogar die optimale Kohärenz eines Systems behauptet. Was dabei genau das Kriterium der Kohärenz war, blieb offen. Dies will ich nun zunächst als These formulieren: Die Kohärenz zeigt an, wie weit ein System auf dem Wege zur Axiomatisierung fortgeschritten ist.

Wir stellen an ein axiomatisches System drei Forderungen:

- I Das System muß konsistent, d.h. widerspruchsfrei sein.
- II Das System muß vollständig sein, d.h. alle im System geltenden Sätze sollen im System herleitbar sein.
- III Die Axiome des Systems sollen einfach und voneinander unabhängig sein.

Von diesen Forderungen gilt die erste, wie oben schon angesprochen, strikt. Enthält das System einen Widerspruch, so ist es insgesamt hinfällig. Die

zweite und die dritte Forderung müssen nicht erfüllt sein, damit man überhaupt von einem axiomatischen System sprechen kann. Sie bestimmen aber über die "Qualität" des Systems. Die Kohärenz ist das Ergebnis der dritten Forderung nach Einfachheit und Unabhängigkeit der Axiome. Die Kohärenz steigt in dem Maße, in dem es gelingt, die Sätze des Systems auf einfache und voneinander unabhängige Sätze zurückzuführen.

Die Forderung nach Einfachheit und Unabhängigkeit der Axiome bedeutet die Aufforderung zu einer vollständigen Analyse der Sätze des Systems. Wenn ich an der Grundlage des Systems zwei Sätze finde, die noch eine gemeinsame Voraussetzung haben, dann soll ich diese Sätze nicht als Axiome stehen lassen. Die Sätze sind nicht einfach, weil sie eine Zusammensetzung enthalten, an der die gemeinsame Voraussetzung beteiligt ist. Und sie sind nicht unabhängig, weil sie durch die gemeinsame Voraussetzung verbunden sind. Der Satz, der die gemeinsame Voraussetzung enthält, kommt dann eher als Axiom in Betracht.

Es klingt zunächst vielleicht widersprüchlich, daß die Kohärenz, also der Zusammenhang wächst, wenn die Axiome, die grundlegenden Sätze unabhängig und einfach sind. Der Widerspruch verschwindet aber, wenn man sich vorstellt, daß mit fortschreitender Analyse das Axiom an der Herleitung einer immer größeren Zahl von Sätzen des Systems beteiligt ist.¹⁶ Das Axiom "verklammert" eine immer größere Zahl von Sätzen. Bei Ptolemäus gab es drei Bewegungen: Kreis, Epizykel und Deferent, die jede für sich zu erklären waren. Im kopernikanischen Weltbild gab es nur noch eine Bewegungsbahn, die Ellipse, die für alle Körper galt und erst die Erklärung der Bewegung durch die Gravitation möglich machte. Mit Natrium als einfachem und unabhängigem Stoff in einem chemischen System stelle ich einen Zusammenhang unter allen Natriumverbindungen her, die sonst disparat nebeneinanderstünden. Ohne einheitliches Konzept des subjektiven Rechts müssen gleichartige Vorgänge wie beispielsweise die Übertragung von Rechten durch Zession und Übereignung in getrennten Zweigen des Systems dargestellt werden. Ließe sich die Übertragung beim einheitlichen subjektiven Recht darstellen, wäre der Gesamtzusammenhang des Systems, seine Kohärenz größer.

¹⁶ Hier kann man eine Parallele zu den kohärenzerhöhenden Eigenschaften der Begründungsketten sehen; vgl. *Alexy*, (Fn. 9), S. 99 f., wo das Kriterium ist, daß sich möglichst viele Aussagen auf möglichst wenige Grundsätze stützen.

KOHÄRENZ UND VERSTEHEN ALLGEMEIN

Die theoretische Diskussion der letzten Jahre geht meist von der Prämisse aus, daß es ein objektives Verstehen nicht gibt. Verstehen sei immer etwas Subjektives: Jeder versteht für sich allein. Tatsächlich mag es so sein, daß nicht zwei Menschen eine Nachricht völlig gleich verstehen. Es gibt vielleicht unzählige verschiedene Grade des Verstehens; das schließt aber nicht aus, daß sich durchaus bestimmen läßt, wer von zwei Empfängern einer Nachricht mehr verstanden, d.h. die Nachricht besser verstanden hat. Unter den Bedingungen des Verstehens spielt die Kohärenz eine hervorragende Rolle, wie ich im Folgenden zeigen will.

Hierfür zunächst ein einfaches Beispiel: Der Rundfunk verbreitet im Juni die Nachricht, daß es in Rom schneit. Diese Nachricht versteht in einem gewissen Sinn jeder, der weiß was Schnee ist und nun erfährt, daß an einem Ort namens Rom Schnee fällt. In einem anderen Sinne kann das Verständnis der Nachricht aber auch sehr verschieden sein. Einer der nicht weiß wo Rom liegt oder der glaubt Rom liege irgendwo im hohen Norden, wird an der Nachricht nichts besonderes finden. Ein anderer, der weiß wo Rom liegt und Kenntnis von den Temperaturen dort im Juni hat, wird die Nachricht für sehr außergewöhnlich, für eine Sensation halten. Ein dritter Empfänger der Nachricht sei Meteorologe; er kennt nicht nur das normale Klima in Rom, er weiß auch von welchen Faktoren es bestimmt wird. Dieser Dritte wird ganz bestürzt sein über die Nachricht und anfangen über das Schicksal der Klimazonen nachzudenken. Vielleicht wird er einen besorgten Blick zum Himmel senden, ob die Erde ihre gewohnte Neigung noch hat.

Jedermann würde wohl sagen, daß der letzte Empfänger, der Dritte, am meisten verstanden hat. Das lag nicht an der Nachricht, die für alle drei dieselbe war. Verstehen hat offensichtlich mehr mit dem Empfänger der Nachricht, als mit der Nachricht selbst zu tun: Die Kenntnisse, das Wissen, die Erwartungen entscheiden darüber, was einer versteht. Das scheint jetzt auf den aus der Hermeneutikdiskussion bekannten Begriff des Vorverständnisses abzielen; ich will diese Art des Verstehens aber mit einem anderen Begriff umschreiben. Derjenige hat einen Satz am besten verstanden, der die gesamte Information des Satzes erfaßt hat.

Was heißt es, "die Information eines Satzes erfassen"? Was ist überhaupt die Information eines Satzes? Das läßt sich am besten an einem kleinen, primitiven Modell erläutern. Denken Sie sich eine Welt, in der es nur drei Individuen gibt, Anton, Berta und Caesar. Und es gibt in dieser Welt nur

zwei Eigenschaften "fleißig" und "groß". Anton, Berta und Caesar können jeder eine, beide oder keine der zwei Eigenschaften haben. Die möglichen Zustände dieser Welt erhalten wir, indem wir die verschiedenen denkbaren Fälle durchkombinieren. Es gibt $2 \text{ hoch } 3 \text{ hoch } 2 = 64$ verschiedene Zustände, in denen diese kleine Welt sein kann. Wenn ich bisher noch überhaupt keine Kenntnisse von dieser Welt habe, ich weiß nur, daß es drei Individuen und zwei Eigenschaften gibt, dann sind die 64 Zustände für mich gleich wahrscheinlich. Erfahre ich nun durch einen Satz, daß

$Fa \ \& \ \sim Ga \ \& \ Fb \ \& \ Gb \ \& \ \sim Fc \ \& \ Gc$

dann habe ich das höchste Maß an Information erhalten, das in dieser Welt möglich ist. Die Welt ist für mich vollständig beschrieben, indem ich erfahre, welcher Zustand herrscht und daß die anderen 63 Möglichkeiten ausgeschlossen sind. Mehr Information kann man in dieser Welt sinnvoll nicht bekommen.

So vollständig sind die Nachrichten, die wir erhalten aber meist nicht. Ich erfahre vielleicht nur, daß Anton fleißig und groß ist. Über den Fleiß und die Größe von Berta und Caesar weiß ich nichts. Mit der Nachricht "Anton ist fleißig und groß" bleiben immer noch 16 verschiedene Zustände möglich, ausgeschlossen sind jetzt nur noch 48 Fälle. Die Information der Nachricht ist jetzt schon deutlich geringer. Mit der Zahl der verbleibenden oder der ausgeschlossenen Fälle, bezogen auf die Gesamtzahl der möglichen Fälle haben wir sogar ein Maß für die Information.¹⁷

Das Modell, das ich hier benutzt habe, ist natürlich ein sehr spezieller Fall und seine Übertragung auf die Nachrichten, die wir über unsere Wirklichkeit erhalten, nicht ohne weiteres möglich. Schon die Vorstellung einer Gesamtzahl der möglichen Zustände in der Wirklichkeit ist wahnwitzig. Aber sinnvoll bleibt das Modell doch. Es läßt sich auf das Beispiel oben von der Nachricht über den Schnee in Rom übertragen: Die Information der Nachricht – und damit das Verstehen – hängt von dem ab, was der Empfänger schon weiß, oder kurz von seinem Weltbild und von seiner Fähigkeit, sich die Auswirkungen der Nachricht auf das Weltbild bewußt zu machen. Für den ersten Empfänger hatte die Nachricht kaum Information; sein Wissen

¹⁷ Zum semantischen Informationsbegriff: *Yehoshua Bar-Hillel*, *Semantic Information*, in: *Language and Information*. Reading, Palo Alto, London 1964, S. 219 ff.; *Yrjö Ahmavaara*, *Informaatio*, Tapiola 1970, S. 77 ff.

von der Welt wurde nur um ein Faktum erweitert. Für den zweiten Empfänger war die Information größer; in seinem Weltbild schneite es im Juni in Rom nicht, er muß sein Weltbild insoweit ändern – jedenfalls in diesem Punkte. Für den dritten Empfänger ist das Weltbild nicht nur in diesem Punkt berührt; er muß sein Weltbild in allen Punkten, die seine bisherige Erwartung begründeten, ändern. Auch hier läßt sich von einer Zahl der verbleibenden oder der ausgeschlossenen Fälle sprechen und damit das Weniger oder Mehr an Information begründen. Nur ein absolutes Maß läßt sich nicht angeben, weil die Gesamtzahl der Fälle nicht festzustellen ist.

Es stellt sich die Frage, ob es Bedingungen gibt, durch die der Prozeß der Informationsverarbeitung und damit des Verstehens beeinflusst und verbessert werden kann. Das ist offensichtlich der Fall. Man denke sich einen Empfänger, dessen Weltbild ausschließlich in einzelnen, unverbundenen Sätzen enthalten ist. Wie soll er die Auswirkungen einer Nachricht auf sein Weltbild feststellen? Ihm wird wohl nichts übrigbleiben, als einen Satz nach dem anderen zu nehmen und zu prüfen, ob die Nachricht diesen Satz irgendwie berührt. Der Gedanke eines solchen Weltbildes in Einzelsätzen ist ebenso absurd wie die Erwartung, daß der Empfänger die Auswirkungen der Nachricht auf sein Weltbild auf diese Weise wirklich erschließen kann.

Eine sinnvolle Informationsverarbeitung ist – ohne maschinelle Hilfe wenigstens – wohl überhaupt nur möglich, wo das Wissen von der Welt eine irgendwie systematische Gestalt hat. Dort gilt es, im System den Punkt zu finden, der von der Nachricht berührt ist. Damit sind die von diesem Punkt abhängigen Bereiche zugleich als diejenigen gekennzeichnet, in denen die Nachricht sich auswirkt. Systematische Ordnung des Wissens hilft unmittelbar, die Information einer Nachricht zu erfassen, also die Nachricht zu verstehen.

Kohärente Systeme zeichnen sich auch hinsichtlich der Informationsverarbeitung aus. In einem System, das zwar widerspruchsfrei ist, in dem aber auf die Unabhängigkeit und Einfachheit der Axiome kein Wert gelegt wurde, ist die Information einer Aussage weniger leicht zu erfassen als in einem kohärenten System. In einem nur widerspruchsfreien System können in einer komplexen Aussage Einzelaussagen enthalten sein, die dort nicht leicht zu entdecken sind. In einem System, in dem die Axiome einfach und unabhängig sind, in einem System also, in dem die Kohärenz am größten ist, sind alle Einzelaussagen offengelegt. Die Auswirkungen einer Nachricht auf das System lassen sich daher leichter und sicherer feststellen. Die Kohärenz eines Systems verbessert damit die Voraussetzungen für das Verstehen, das die Information einer Aussage erfassen will.

Das hier dargestellte Verstehen erschöpft den Begriff des Verstehens vielleicht nicht; ich glaube aber, daß es ein elementares und unerläßliches Verstehen ist, das für jede andere Art des Verstehens Voraussetzung ist. In der Umschreibung durch das Erfassen der Information einer Aussage hat es eine objektive Grundlage. Es behält aber auch subjektive Bedingungen: Subjektiv bleibt die Auswahl des Systems oder des Weltbildes, an dem die Auswirkungen untersucht werden.¹⁸ Aber auch bei dieser Auswahl kann die Kohärenz als Kriterium helfen. Unter mehreren in Frage kommenden Systemen ist das zu wählen, das die größere Kohärenz hat. Subjektiv bleibt das Verstehen in den Fähigkeiten, die es beim Empfänger einer Nachricht erwartet. Dies ist zunächst die allgemeine Fähigkeit, mit komplexen Systemen umzugehen. Dann wird insbesondere die Fähigkeit verlangt, die Aussage, deren Information erlassen werden soll, so zu analysieren, daß die Punkte des Systems erkennbar werden, welche die Aussage berührt.

KOHÄRENZ UND VERSTEHEN IM RECHT

Man könnte Zweifel anmelden, ob die vorgetragene Auffassung vom Verstehen und der Rolle der Kohärenz auch für das Recht Gültigkeit hat. Dafür, daß ein Verstehen ohne eine ausgearbeitete Systematik möglich sein muß, könnte man auf das römische Recht verweisen. In den Digesten des Corpus Juris liegt uns ein gewaltiger Bestand von Aussagen zum Recht vor, der zwar im Einzelnen nicht völlig widerspruchsfrei sein mag, in seiner Gesamtheit aber doch durch seine Geschlossenheit beeindruckt. Es gab zwar Ansätze für eine Systematik, diese reichte aber nicht aus, um eine solche Stofffülle zu beherrschen. Es ist uns nicht mitgeteilt und wir können nur mutmaßen, wie die Römer mit diesem Problem fertig geworden sind. In ähnlicher Weise stellt sich die Frage in den Ländern des Common Law. Wie wahren die englischen Richter Geschlossenheit und Kontinuität ihres Rechts, das ihnen in Präzedenzfällen über viele Bände verstreut vorliegt?

Man ist versucht in Metaphern auszuweichen. Es gibt vielleicht so etwas wie eine "juristische Musikalität", die ein falsches Ergebnis oder ein fal-

¹⁸ Hier liegt ein Berührungspunkt mit dem Begriff des Vorverständnisses in der juristischen Methodendiskussion; s. zu diesem kritisch *Tomasz Gizbert-Studnicki*, Der Vorverständnissbegriff in der juristischen Hermeneutik, ARSP 1987 S. 476 ff.

sches Argument spürt wie einen falschen Ton. Tatsächlich ist der Mensch wohl in der Lage, unbewußt aber sicher auch mit komplizierten Regelwerken umzugehen. Ich selbst habe an anderer Stelle den Vergleich mit der Beherrschung einer Sprache herangezogen, die ein Mensch in drei bis vier Jahren lernt, und vom "native lawyer" in Analogie zum "native speaker" gesprochen.¹⁹ Ich halte es nicht für ausgeschlossen, daß auch hier die Kohärenz eine Rolle spielt, vielleicht ein angeborenes Kohärenzgefühl, daß ohne die ausdrückliche Formulierung eines Systems systematische Zusammenhänge zu erfassen vermag. Es mag dasselbe Gefühl sein, das uns eine Argumentation oder einen mathematischen Lösungsweg "elegant" oder "schön" erscheinen läßt. Eine solche Kohärenz, die für uns zunächst einen ästhetischen Wert hat, nehmen wir auch an einem Roman oder an einer Novelle wahr, die wir für gelungen halten.

Selbst wenn sich auch heute bei einem erfahrenen Juristen ein solches Kohärenzgefühl, eine systematische Sicherheit einstellt – im Deutschen gibt es sogar ein eigenes Wort dafür: "Judiz" – genügt uns das nicht mehr. Dafür gibt es verschiedene Gründe. Ein Recht, in dem derart aus dem Judiz gewonnene Ergebnisse akzeptiert werden, setzt ein außerordentliches Vertrauen in die Juristen voraus. Dieses Vertrauen ist nicht mehr vorhanden. Dem Juristen, der als Vertreter einer Partei auftritt und aufzutreten hat, ist insoweit auch nicht zu trauen. Aber auch dem Richter und seinem professionellen Urteil trauen wir nicht mehr ohne weiteres. Die Verweisung auf seine professionelle Kompetenz genügt uns nicht; wir verlangen, daß er seine Entscheidung in der Rechtsordnung begründet. Er muß uns sein Ergebnis systematisch notwendig machen.

Vielleicht sind die Zweifel an unserer Fähigkeit, intuitiv ein richtiges Urteil zu finden durchaus berechtigt. Das intuitiv richtige Verhalten ist wohl davon abhängig, daß es keine Regeln kennt. Regelkenntnis stört die Intuition. Wir verkrampfen, wenn wir versuchen, uns bei eingeübten Verhaltensabläufen der sie beherrschenden Regeln bewußt zu werden. Das Regelbewußtsein verunsichert den Ablauf; eine Sprache kann man erst sprechen, wenn man sich ihre Regeln nicht mehr bewußt zu machen braucht. Juristen haben heute alle ein zu ausgeprägtes Regelbewußtsein, als daß sie sich noch auf eine ungestörte Intuition verlassen könnten. Unter diesen Umständen bleibt uns keine Wahl, als die bestmögliche Beherrschung des Regelwerks zu versuchen, die in der systematischen Darstellung liegt. Ein Satz aus Höl-

¹⁹ Wolfgang Mincke, Thibaut vs. Savigny, Juristische Arbeitsblätter 1985 S. 150, 152 f.

derlins Hyperion: "Ideal wird, was Natur war" hat Savigny beeindruckt.²⁰ In ihm klingen das Bedauern um den Verlust und die Scheu vor der Verpflichtung an.

Unser Recht heute ist ganz wesentlich auf Kommunikation angelegt. Wir erhalten das Recht, anders als im römischen Recht, in Gesetzen als Regelwerk. In der Ausbildung vertrauen wir nicht mehr darauf, daß sich durch Anschauung eine bestimmte Vorstellung einstellt. Diese Vorstellung des Rechts, das Judiz läßt sich unmittelbar nicht mitteilen. Der Rechtsunterricht muß daher versuchen, das Recht als Regelwerk mitzuteilen. Ebenso nimmt die wissenschaftliche Auseinandersetzung auf ein Regelwerk Bezug und streitet über dessen Inhalt. Erst über ein Regelwerk werden rechtliche Weltbilder kommunizierbar. Um als Regelwerk mitteilbar zu sein, ist das Recht auf eine systematische Darstellung angewiesen. Damit tritt die Kohärenz als Kriterium wieder auf den Plan: Wenn kohärentere Systeme die besseren Systeme sind, sind kohärentere Darstellungen des Rechts auch für die Lehre und die wissenschaftliche Auseinandersetzung die besseren Darstellungen. Für eine Zeit, die der professionellen Intuition nicht mehr vertraut und wohl auch nicht mehr vertrauen darf, scheint die Darstellung des Rechtsstoffs in einem kohärenten System ohne Alternative.

Die Möglichkeit einer Axiomatisierung von Rechtsordnungen wird allgemein kritisch beurteilt. Die bisherigen Versuche ermutigen auch nicht gerade. Die Axiomatisierung ist nach dem oben dargelegten aber eine Voraussetzung der Kohärenz. Die Voraussetzungen einer erfolgreichen Axiomatisierung sind bisher auch noch nicht genügend geklärt. Ungeklärt und kontrovers ist z. B. schon die Frage, welcher Art Sätze wir am Boden unserer Rechtsordnungen benutzen müssen. Überall dort, wo man sich um die deontische Logik bemüht, wird wohl vorausgesetzt, daß dem Recht letztlich Verhaltensanweisungen zugrundeliegen. Im Zivilrecht wenigstens läßt sich behaupten, daß es nicht um Verhaltensvorschriften sondern um Vermögenszuordnungen geht. Die deontische Logik wäre dann nicht nötig; eine andere Frage wäre zu beantworten, ob die grundlegenden Sätze Beziehungen zwischen Rechtssubjekten darstellen oder ob sie einem Berechtigten einen Gegenstand zuordnen. Auch die Antwort auf diese Frage hätte Bedeutung für die Form der Axiome. Letztlich kann ich mir eine rationale Rechtswissenschaft ohne die Basis einer systematischen und axiomatisierbaren Rechtsordnung nicht vorstellen.

²⁰ Zu diesem Satz s. *Hans Kiefner*, Ideal wird was Natur war, in: *Quaderni Fiorentini* 9 (1980), S. 515 ff.; vgl. *Mincke*, (Fn. 20), S. 153.

KOHÄRENZ UND GERECHTIGKEIT

Die Kohärenz rechtlicher Systeme und ihrer Aussagen wurde bisher im Wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der Überschaubarkeit gesehen, und betraf damit das Verstehen oder allgemeiner, die Kommunikation unter den Juristen. Dient die Kohärenz darüberhinaus auch der Richtigkeit des Rechts, der Gerechtigkeit? Dieser andere Aspekt der Kohärenz findet sich bei allen drei oben angeführten Autoren. In der Definition von Aarnio²¹ geht es ausdrücklich um die Wahrheit von Normbehauptungen; dies läßt sich auch als Frage nach der Richtigkeit interpretieren. Bei MacCormick wird gefragt, "why coherence justifies".²² Die Kohärenz, die hier als Herleitbarkeit einer Entscheidung oder Rechtsregel aus der vorhandenen Rechtsordnung verstanden wird, soll nur eine schwache Rechtfertigungswirkung haben; die materielle Gerechtigkeit kann der Kohärenz entgegenstehen.²³ Die Kohärenz bietet nur eine formale, relative Rechtfertigung.²⁴ Alexy, der die Güte der Begründungsstruktur das Maß der Kohärenz bestimmen läßt, zeigt damit deutlich eine Verbindung zur Frage nach der Richtigkeit rechtlicher Aussagen.²⁵

Die Auseinandersetzung mit der Kohärenz drängt offenbar zur anderen Frage, welchen selbständigen Gerechtigkeitsgehalt die Systematik hat. Ein gängiges Vorurteil sieht in der Systematik gerade das Gegenteil von Gerechtigkeit, das Prokrustesbett, den "Kamm, über den alle geschoren werden". Gerechtigkeit läge dann nur in der Beschäftigung mit dem Einzelfall. Allenfalls wird der Systematik zugestanden, daß sie der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung und damit der Gleichheit dient. Die Kohärenz scheint insofern eine neue Perspektive zu öffnen. Was hier die bestimmenden Faktoren sind, ist allerdings noch undeutlich. Auch meine Argumentation wird provisorisch, abhängig von weiteren Voraussetzungen und spekulativ sein.

Gehen wir davon aus, daß das Recht – das Zivilrecht wenigstens – primär nicht befiehlt, nicht Verhaltensvorschriften macht sondern ordnet. Es ordnet

²¹ S.o. Fn. 5.

²² So die Überschrift des abschließenden Abschnittes zur Normenkohärenz, (Fn. 6), S. 46.

²³ *MacCormick* (Fn. 6), S. 47.

²⁴ *MacCormick* (Fn. 6), S. 46.

²⁵ Vgl. o. bei Fn. 9. Seine Kohärenzkriterien stimmen z.T. gut mit der hier dargelegten Erklärung der Kohärenz überein. Was er zur Zahl der Begründungsrelationen, zur Länge der Begründungsketten und zur Verknüpfung der Begründungsketten sagt, paßt allgemein auch zu einem auf unabhängige und einfache Axiome zurückgeführten System.

dem Einzelnen in den subjektiven Rechten geschützte Positionen zu. Das subjektive Recht privatisiert die Position für den Einzelnen. Diese Positionen sind verletzbar, sie können miteinander kollidieren. Das Recht hat die Zuordnung im Falle solcher Störungen zu regeln. Ein Richter könnte dies reaktiv machen; er wartet, bis ihm der Fall vorgetragen wird und entscheidet dann. Die Rechtsordnung muß die Störungen vorhersehen und vorhersehend ordnen. Wie ist das überhaupt möglich? Tatsächlich werden ja nicht Rechte verletzt, sondern der Schuldner zahlt nicht oder eine Sache wird beschädigt. Die Berechtigungen an der Sache können sehr kompliziert sein. Die Feststellung, daß ein Recht verletzt ist, ist schon eine hilfreiche Abstraktion.

Ich benutze noch einmal das Bild vom periodischen System der Elemente. Wie sollte ein Wissenschaftler eine Ordnung in die möglichen chemischen Reaktionen bringen, wenn verschiedene Verbindungen aufeinandertreffen? Wenn er von den Verbindungen ausgeht, würde er allenfalls für einzelne Teilgebiete Darstellungen geben können; eine umfassende Darstellung, die Vorhersagen erlaubt und Argumentationen, kann er nur geben, wenn er von den Elementen ausgeht und von deren Reaktionsbereitschaft (und auch dabei bleibt noch genügend Raum für Überraschungen).

Im Recht ist es wohl ganz ähnlich. Um sagen zu können, wo welche Störungen auftreten können und wie sie ausgeglichen werden sollen, muß ich die Elemente, die Einheiten der Rechtsordnung kennen, die betroffen sein können. Das Element, die Einheit ist durch Einfachheit und Unabhängigkeit definiert. Und indem ich eine Ordnung nach diesen Kriterien aufbaue, bin ich wieder auf dem Wege zu einem System, das auf eine größtmögliche Kohärenz hin angelegt ist. In diesem Sinne ist die Kohärenz Voraussetzung einer jeden gerechten Ordnung.

Die Kohärenz schafft die Gerechtigkeit nicht. (Ein Logiker möge zeigen, daß man durch eine formale Operation ein gerechtes System in sein Gegenteil verkehren kann, ohne daß die Kohärenz vermindert wird.) Sie reicht für eine gerechte Ordnung nicht hin. Sie scheint für eine solche Ordnung aber eine notwendige Bedingung zu sein.

Oikeudellisen tiedon niukkuus ja henkilötietojen suoja

JOHDANTO

Vuonna 1997 *Ahti Saarenpää, Viveca Still, Mikko Sarja, Ruxandra Balboa* ja tämän artikkelin kirjoittaja nostivat suomalaiseen oikeustieteelliseen keskusteluun informaatio- ja verkkoyhteiskunnasta kysymyksen *sääntelyriskistä*. Sääntelyriskillä tarkoitimme uhkaa siitä, että sääntely epäonnistuu tai aiheuttaa tarkoittamattomia kustannuksia ja muita epäedullisia vaikutuksia tai sääntelystä johtuvia epäoikeudenmukaisia seurauksia. Sääntelyriskien välittöminä syinä saattaa olla sääntelyn epätarkoituksenmukainen sisältö, systematiikka ja tekninen muoto tai myös lainsäätäjän tai muun sääntelijän harhittamaton tai muuten oikeudenmukaisuuden vajeisiin johtava passiivisuus nopeasti kehittyvässä ja muuttuvassa yhteiskunnassa.¹

Ajatus sääntelyriskistä ei ole kansainvälisessä sääntelyteoreettisessa tai oikeustaloustieteellisessä keskustelussa erityisen uusi näkökulma. Sääntelyriski oli ja on edelleen suomalaisessa ja kansainvälisessä informaatio- ja viestintäteknologian sääntelyä ja sääntelytarpeita koskevassa keskustelussa ajankohtainen näkökulma. Informaatio-oikeus oikeustieteellisenä yhtäältä lainoppiin ja toisaalta monitieteiseen oikeuden yleistieteeseen, oikeusinformatiikkaan kuuluvana tieteenalana on määritelty myös opiksi informaation tuottamiseen, käsittelyyn ja suojaamiseen liittyvästä sääntelystä sekä sen tarpeista ja mahdollisuuksista. Tällöin tarkasteltavaksi tulevat myös sääntelyn ja sääntely-yritysten riskit.² Informaatio-oikeus oikeusinformatiikkaan kuu-

¹ Sääntelyriskistä, ks. Saarenpää, Ahti (toim.) – Pöysti, Tuomas (toim.) – Sarja, Mikko – Still, Viveca – Balboa, Ruxandra: Tietoturvaluksisuus ja laki, näkökohtia tietoturvaluksisuuden oikeudellisesta sääntelystä, Helsinki 1997, s. 45–47.

² Ks. Saarenpää, Ahti: hakusana Informaatio-oikeus, teoksessa *Encyclopaedia Iuridica Fennica*, osa VII, Oikeuden yleistieteet, Helsinki 1999, s. 206–215.

luvana tieteenalana pyrkii luomaan oppeja, joilla sääntelyriskejä voidaan hallita.³

Suomalaista yhteiskuntaa voidaan sanoa vahvasti lainsäädäntöyhteiskunnaksi. Lainsäätäjät on oikeusjärjestyksen ja sen kehittämisen keskiössä.⁴ Lainsäädäntöriski on tällöin merkittävin sääntelyriski. Lainsäädäntöriski on riski siitä, että laki epäonnistuu tavoitteissaan ja tehtävissään oikeuden toteuttamisessa ja täsmentämisessä tai siitä, että laki aiheuttaa kohtuuttoman paljon oikeuden, oikeudenmukaisuuden tai yhteiskunnan ja sen jäsenten kannalta kielteisiä arvioitavia sivuvaikutuksia.

Oikeuden niukkuus on analyttinen ja teoreettinen näkökulma oikeusjärjestykseen empiirisinä toimintoina.⁵ Oikeuden niukkuudella voidaan yleisesti tarkoittaa ilmiötä, jossa erilaisten oikeudelliseen informaatioon, tietoon ja oikeusjärjestyksen rakenteisiin, lakimiesten ammatilliseen toimintaan ja profession kulttuuriin sekä laajemmin oikeuskulttuuriin liittyvien seikkojen johdosta oikeus ja oikeudenmukaisuus eivät toteudu optimaalisella tavalla.⁶ Oikeuden niukkuus on oikeuden toteutumisen vajetta. Oikeuden optimaalisella toteutumisella ymmärretään oikeuden niukkuuden yhteydessä oikeusvaltion kantavien periaatteiden toteuttamista käytännössä ja varsinkin ihmis- ja perusoikeuksien toteuttamista reaalisisissa oikeussuhteissa.⁷

³ Informaatio-oikeuden sisällöstä ja tehtävistä, ks. Pöysti, Tuomas: *Communicational Quality of Law in Festschrift Peter Seipel, Magnusson Sjöberg, Cecilia – Wahlgren, Peter (ed.): Nordstedts Juridik 2006*, p. 463–493, s. 465–466, Pöysti, Tuomas: *ICT and Legal Principles: Sources and Paradigm of Information Law in IT Law*, Wahlgren, Peter (ed.), *Scandinavian Studies in Law 2004*, Volume 47, Stockholm University / Jure, p. 559–600 sekä Seipel, Peter: *IT Law in the Framework of Legal Informatics in IT Law*, 2004, p. 32–47 ja Bing, Jon: *Internationalisation and Constant Change in IT Law 2004*, p. 12–30.

⁴ Lainsäätäjistä oikeusjärjestyksen keskeisenä toimijana ja tämän seikan merkityksestä oikeusvaltiota ja vallanjakoa koskevan keskustelun ja yleensä valtiosääntöoikeuden yleisten oppien kannalta, ks. Tuori, Kaarlo: *Tuomarivaltio – uhka vai myytti*, Lakimies 2003, s. 915–943.

⁵ Oikeuden ja oikeudellisen tiedon niukkuuden teoria kiinnittyy oikeuden tarkasteluun toimintana ja prosessina sekä siten realisiin oikeuslähdeorioihin ja oikeuden tarkasteluun reaalisisina toimintoina, tästä näkökulmasta oikeuteen ks. Tolonen, Hannu: *Oikeuslähdeoppi*, Helsinki 2003, s. 3–11 ja s. 50–66.

⁶ Oikeuden niukkuus liittyy näin oikeuden tehokkuuden ja sääntelyn tehokkuuden ongelmiin. Oikeuden niukkuuden lähtökohtana ovat oikeuden tehokkuuden ongelmat ja se seikka, ettei oikeutta voida käyttää rajattomasti yhteiskunnan ja sen jäsen ohjauksessa vaan oikeus on tehokkaan ohjauksen ja sääntelyn näkökulmasta niukka voimavara, ks. Pöysti, Tuomas: *Tehokkuus, informaatio ja eurooppalainen oikeusalue*, Helsinki 1999, s. 530–531.

⁷ Saarenpää, Ahti: *E-Government and Good Government, An Impossible Equation in the New Network Society*, in *IT Law*, 2004, p. 246–273, s. 246–250.

Tarkemmin määriteltynä oikeuden niukkuudella voidaan ymmärtää oikeuden materiaalin – oikeudellisen informaation – ja oikeudellisen tiedon ja osaamisen vajeita sekä tiedon kokoamisen ja hyödyntämiseen käytännön oikeudellisissa toiminnoissa liittyviä toimenpidekustannuksia (transaktiokustannuksia), joiden johdosta oikeudellinen argumentaatio on sille asetettavien oikeusvaltiollisten periaatteiden ja rationaalisen argumentaation teorian valossa puutteellista. Argumentaatio on suppeaa, jos siinä ei käytetä riittävästi potentiaalisia argumentteja tai argumentaation näkökulmat ovat voimakkaasti rajoittuneita. Vastaavasti lainsäädäntö on perusteluiltaan ja näkökulmiltaan niukkaa, jos laille ei ole asetettu selkeitä tavoitteita, vaihtoehtoja ei ole tarkasteltu eikä sääntely edusta elävää ja rikasta sekä perusteltua käsitystä oikeuksista ja oikeudenmukaisuudesta. Oikeudellisen tiedon niukkuudella voidaan tarkoittaa muitakin oikeudellisen informaation ja tiedon tai niiden saavutettavuuden puutteita, jotka osaltaan estävät oikeuden optimaalista toteutumista. Oikeudellisen informaation ja tiedon niukkuuden tarkastelussa on laajalti kyse oikeudellisen informaation ja tiedon saatavuudesta sekä määrästä ja laadusta.⁸ Kyse on myös siitä, milloin oikeudellinen informaatio ja sitä kautta oikeus tulevat näkyviksi.⁹

Yksityisyyden suoja ja sen osana henkilötietojen suoja ovat perusoikeuksia, joiden yhteydessä käytännössä usein tulevat esille oikeuden niukkuuden ja varsinkin oikeudellisen informaation ja tiedon niukkuuden ongelmat sekä lainsäädäntöriski. Tämä johtuu pitkälti henkilötietojen suojan luonteesta oikeusjärjestyksen horisontaalisesti leikkaavana perusoikeutena, joka joutuu kohtaamaan monien eri alojen lainsäädäntöä ja oikeudellisia perinteitä. Tietosuojalainsäädännön toteuttaminen on varsin infrastruktuurisidonnaista, mikä aiheuttaa suuria haasteita perinteisille käsityksille lainsäädännön täsmällisyydestä ja pysyvyydestä sekä lainsäädännön ohjausvaikutuksen toteut-

⁸ Oikeusinformatiikassa on laajalti keskusteltu oikeudelliselle informaatiolle yleensä asetettavista laatuvaatimuksista, ks. esim. Wahlgren, Peter: Quest for Law, law libraries and legal information management of the future, Jure 1999, jossa asiaa tarkastellaan informaatiojärjestelmien näkökulmasta. Wahlgren on tarkastellut kysymystä myös oikeudelliseen metodiin sisältyvän riskien hallinnan kannalta, ks. Wahlgren, Peter: Mot en säkrare juridisk metod, Jure 2003. Ahti Saarenpää on puolestaan tarkastellut kysymystä useissa eri yhteyksissä juristin perusmetodin ja osaamisen näkökulmasta, ks. esim. Ahti Saarenpää: hakusanat oikeudellinen informaatio ja oikeudellinen informaatiolähteoppi teoksessa *Encyclopaedia Iuridica Fennica*, osa VII, s. 538–554.

⁹ Ks. Saarenpää, Ahti: Personal Data Protection and Constitutional State in DATAPROT, Training for Trainers in Data Protection, Judicial Academy of Northern Finland Publications 3/2001, p. 3–75, s. 57–59.

tamisesta.¹⁰ Tietosuojalainsäädäntöä koettelee yleisemminkin suomalaisen oikeusjärjestyksen ongelmana oleva sääntelykierre. Henkilötietojen suojaa ja erilaisia rekistereitä koskee yli useampaan sataan säädökseen sisältyvät säännökset.¹¹ Siitä huolimatta, että henkilötietolaki (523/1999) on tietosuojan yleislaki, on henkilötietojen suojaa koskeva lainsäädäntö kokonaisuutena pirstaleinen. Sääntelykierre johtuu osaltaan eduskunnan perustuslakivaliokunnan ja hallintovaliokunnan perustuslain 10 §:n antamasta tulkinnasta ja sen liian mekanistisesta ymmärtämisestä säädösvalmistelussa.

Tässä artikkelissa analysoidaan oikeudellisen tiedon niukkuutta yleisenä ilmiönä sekä siihen johtavia lainsäädäntöriskejä suomalaisessa henkilötietojen suojan sääntelyssä. Artikkelissa selvitetään ja kehitetään ensiksi oikeuden niukkuutta oikeustieteellisenä käsitteenä. Sen jälkeen tarkastellaan henkilötietolainsäädäntöä ja siinä ilmenneitä lainsäädäntöriskejä, joiden toteutuminen osaltaan johtaa oikeudellisen tiedon niukkuuden ilmiöihin ja ongelmiin. Näkökulma on samalla rajattu nimenomaan oikeudellisen tiedon niukkuuden riskeihin. Lainsäädäntöriskiä sääntelyn kielteisinä vaikutuksina tai vaikuttavuuden ja tehokkuuden puuttumisena ei tässä yhteydessä käsitellä laajemmin.

OIKEUDELLISEN TIEDON NIUKKUUS

Oikeuden niukkuus on teoreettinen käsite, joka kuvaa eräitä oikeuden piirteitä empirisenä ilmiönä. Sen avulla voidaan hahmottaa oikeuden ulottuvuuksia ja ominaisuuksia. Oikeuden niukkuus liittyy erityisesti oikeuteen reaalisina yhteiskunnallisina toimintoina sekä oikeuden informaatioulottuuteen ja oikeudelliseen tietoon ja osaamiseen.¹²

¹⁰ Hallituksen esityksen sähköisen viestinnän tietosuojalaiksi perusteluissa pohdiskellaan verkkoyhteiskunnan tietosuoja- ja tietoturvallisuussääntelyn dilemmana olevaa jännitettä teknologianeutraalisuuden ja täsmällisyyden välillä, ks. HE 125/2003 vp. Verkkoyhteiskunnan sääntelyn sidonnaisuudesta infrastruktuuriin, ks. Pöysti: Verkkoyhteiskunnan viestintäinfrastruktuurin metaoikeudet teoksessa Kulla, Heikki ym.: Viestintäoikeus, Helsinki 2002, s. 35–81.

¹¹ Pelkästään Finlexin ajantasaisen lainsäädännön tietokannasta, johon on valittuna noin 1700 oikeusministeriön tärkeimmäksi katsomaa säädöstä, löytyy yli 400 sellaista säädöstä, jossa säädetään jostakin rekisteristä.

¹² Oikeusjärjestyksestä informaatiojärjestyksenä ja oikeudellisen tiedon järjestelmänä, ks. Pöysti: Tehokkuus, informaatio ja eurooppalainen oikeusalue, s. 133–139.

Oikeuden niukkuus oikeusvaltion kantavien periaatteiden ja tavoitteiden optimaalisen toteutumisen esteinä johtuu erilaisista oikeuden vajeista, puutteista ja epätäydellisyyksistä. Tarkemmassa analyysissä epätäydellisyys on yksi oikeuden ja oikeusjärjestyksen reaalisenä järjestyksenä perustavista ominaisuuksista erityisesti realistisessa tarkastelussa. Oikeuden niukkuuden tarkasteluissa on analyttisen erittelykykyisyyden ylläpitämiseksi erotettava tarkasti oikeudellisen informaation ja tiedon niukkuus, oikeudellisen analyysin ja argumentaation niukkuus, oikeudellisen ja oikeuden kautta käytettävän vallan niukkuus sekä oikeudenmukaisuuden, etiikan ja moraalien niukkuus oikeudessa.¹³

Oikeudellisen argumentaation puutteet voivat johtua yhtäältä siitä, ettei rationaalisen oikeudellisen tai muun normatiivisen argumentaation yleisiä periaatteita ole riittävästi noudatettu. Oikeudellisen argumentaation teorias- ja laajemmin diskurssiteoreettisessa yhteiskuntateoriassa on hahmoteltu rationaalisen argumentaation yleisiä periaatteita. Hyvä esimerkki tästä tutkimuksesta on *Robert Alexyn* teoria normatiivisten väittämien perustelemisesta. Oikeudellisen argumentaation rikkauden ja tiedon kannalta erityisen kiinnostavia argumentaatiopelin perus- ja rationaalisuussääntöjä ovat esimerkiksi seuraavat:

- eri osallistujat eivät saa käyttää samaa ilmaisua eri merkityksissä,
- jokainen väittämä on perusteltava tai oltava valmis perustelemaan ellei sitten erikseen perustella sitä, miksi väitettä ei tarvitse perustella,
- jokainen voi ottaa osaa diskurssiin ja voi siinä esittää uuden väittämän tai kyseenalaistaa esitetyn väitteen, eikä ketään saa estää käyttämästä oikeuttaan osallistua diskurssiin tai pakottaa tai painostaa siinä mitenkään.¹⁴

Argumentaation säännöistä erityisesti näiden funktiona on varmistaa, että kaikki relevantit argumentit voidaan esittää pelissä. Argumentaation sään-

¹³ Oikeuden niukkuudesta yleensä ja niukkuuden ulottuvuuksista, ks. Pöysti: *Communicational Quality of Law*, p. 475–478 sekä erityisesti tietoturvallisuuden ja yleensä turvallisuuden sääntelyn näkökulmasta Pöysti, Tuomas: *Forskning om rätt och säkerhet i Peter Seipel (red.): Rätten och säkerheten i IT-samhället, Nordisk årsbok i rättsinformatik 2004, Jure 2006, s. 95–111.*

¹⁴ Alexy, Robert: *A Theory of Legal Argumentation, The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon Press 1989, p. 188–206.

töihin kuuluu myös, että jokainen perusteltu väittäjä on otettava huomioon. Tämän vaatimuksen funktiona oikeudellisen tiedon ja argumentaation niukkuuden kannalta on se, että vaatimus estää argumentaation supistamisen vain yhden dominoivan väitteen ympärille. Vaatimus siitä, ettei diskurssissa saa käyttää samaa ilmaisua eri merkityksissä, on välttämätön ehto henkilöiden välisen viestinnän onnistumiselle. Kielen olisi siten oltava yleistettävissä olevaa, jotta viestinnässä voitaisiin onnistua. Argumentaation onnistumisessa tarvitaan viestinnällisten ongelmien välttämiseksi usein myös kielellis-analyyttistä diskurssia viestinnällisten ongelmien selvittämiseksi.¹⁵ Viestinnän tutkimuksen analyysit ymmärtämistä helpottavista ja vaikeuttavista seikoista ovat muodollisen logiikan ja muiden muodollisten kielten avulla tehtävän analyysin ohella hyvin käyttökelpoinen lähestymistapa.¹⁶

Oikeudellisen argumentaation ja tiedon niukkuuden ilmiö tulee esille Alexyn hahmottelemassa argumentaatioteoriassa. Yleinen praktisen diskurssin teoria ja argumentaation sääntöjen noudattaminen luovat ainoastaan edellytykset yhteisymmärrykselle. Käytännössä yhteisymmärrystä ratkaisusta tai varmuutta normatiivisten väitteiden pätevyydestä ei kuitenkaan voida aina saavuttaa. Erityisesti argumentaation rationaalisuutta koskevia sääntöjä eli sääntöjä, joiden mukaan (1) jokainen väite on pyydettyä perusteltava, (2) jokaisella on osallistumisoikeus diskurssiin, (3) jokainen osallistuja voi esittää minkä tahansa väitteen tai riitauttaa aikaisemman väitteen sekä ilmaista asenteensa, tarpeensa ja toiveensa ja (4) argumentaatiopelissä ei voi harjoittaa minkäänlaista pakkoa tai pakottamista, voidaan käytännössä noudattaa vain rajoitetusti.¹⁷

Oikeuden, erityisesti oikeudellisen niukkuuden teoria täydentää kuitenkin merkittävästi rationaalisen argumentaation teoriaa. Argumentaatioteoriassa tarkastellaan argumentaation loogisia sääntöjä ja pelisääntöjä. Näkökulma on siten prosessuaalinen. Yhteisymmärrys ja ylipäänsä argumentaation edellyttävät myös informaatiota, jonka varassa väitteitä voidaan esittää. Argumentaatio voi jäädä puutteelliseksi sen vuoksi, ettei kukaan esitä muodollisesta mahdollisuudesta huolimatta argumentteja puutteellisen informa-

¹⁵ Alexy: *A Theory of Legal Argumentation*, p. 190–191.

¹⁶ Alexy suosittelee varovaisesti muodollisten kielten avulla tehtävää analyysiä, kuten deonttista logiikkaa ymmärrystä koskevien ongelmien analyysiin, ks. Alexy: *A Theory of Argumentation*, p. 207. Viestinnän tutkimuksen antamista näkökulmista ks. tiiviisti Pöysti: *Communicational Quality of Law*, p. 490–491.

¹⁷ Alexy: *A Theory of Legal Argumentation*, p. 206–207.

tion tai tiedon johdosta. Oikeuden niukkuuden teoria tarkastelee tällöin yhtäältä rationaalisen argumentaation informaationaalisia reunaehtoja mahdollisten tiedon puutteiden näkökulmasta. Toisaalta niukkuuden teoria tarkastelee analyytisesti rationaalisen argumentaation käytännön puutteita ja epätäydellisyytilanteita.

Argumentaation puutteet johtuvat usein aikapulasta sekä oikeudellisen doktriinin ja sen näkökulmien rajoittuneisuudesta argumentaatiokontekstin ja historiallisen taustan johdosta. Jokainen argumentaatiotilanne on sidoksissa historialliseen kontekstiinsa, jossa erilaiset normatiiviset esikäsitykset voivat vaikuttaa merkittävästikin.¹⁸ Oikeuden yleisten oppien ja oikeuskulttuurin tasolla voi olla seikkoja, jotka osaltaan vahvistavat tiettyjä näkökulmia ja vaimentavat toisia. Yleiset opit ja niiden taustalla oleva oikeus- ja lakimieskulttuuri voivat näin rajoittaa näkökulmia ja mahdollista tietoa. Henkilötietojen suojan yhteydessä on usein havaittavissa informaatio-oikeudellisen osaamisen vajeita, joita usein vahvistaa informaatio-oikeudellisen systeemin vakiintumattomuus ja vielä muotoutumassa oleva suhde muihin oikeudenaloihin. Oikeuskulttuurin lisäksi niukkuuteen vaikuttaa merkittävästi juristien ja muiden keskeisten oikeuselämän toimijoiden informaatiokulttuuri sekä hallituksen ja lainsäädäntövaltaa käyttävän eduskunnan sekä tuomioistuinten informaatio- ja viestintäpolitiikka.

Oikeuden luominen ja oikeudellinen ratkaisutoiminta tapahtuvat hermeneuttisessa kehässä, jossa tuomari tai muu soveltaja tai lainvalmistelija taikka lainsäätäjä soveltaa yleistä abstraktia tietämystään – oikeusjärjestelmää abstraktin tiedon järjestelmänä – ja abstraktia oikeudellista informaatiota konkreettisen ongelman hahmottamiseen ja käytännölliseen ratkaisemiseen sekä ratkaisun perustelemiseen argumentaation avulla. Ongelman konkreettinen ratkaisu on siten hermeneuttisessa kehässä syntyvän ymmärtämisen lopputulos ja synnyttää sitten yhteisöön uutta oikeudellista tietoa ja siten muuttaa oikeusjärjestelmän institutionaalista ja samalla tiedollista kokonaisuutta. Jokainen oikeudellinen ratkaisu ja uuden lain säätäminen tai voimassa olevien lakien muuttaminen objektiivat samalla oikeusjärjestelmää kokonaisvaltaisesti järjestelmänä, joka on käytettävissä yhteiskunnalliseen ja sen jäsenten suhteita koskevaan ongelmanratkaisuun. Kunkin toiminto tai ratkaisu on näin seuraavien oikeudellisten toimintojen lähtökohta. Oikeuden luomiseen ja soveltamiseen kuuluu näin kaksinkertainen tai kaksisuuntainen hermeneutiikka, jossa traditio ja aikaisempi tieto vaikuttavat ratkaisuun

¹⁸ Alexy: A Theory of Legal Argumentation, p. 206–207.

mutta samalla jokainen ratkaisu samalla muuttaa oikeutta kokonaisuutena. Jokainen ratkaisu on siten sekä edellisen oikeudellisen toiminnon tulos että myös seuraavien oikeudellisten toimintojen lähtökohta. Kaksoishermeutiikka sisältää näin myös hermeneuttisen jatkuvuuden, jossa uuden luominen lähtee traditiosta ja sen muokkaamasta esitiedosta ja samalla syntyy uutta oikeudellista tietoa.¹⁹

Lainsäätäminen, ennakkotapausten ja muiden uusia näkökulmia avaavien kiperien tapausten ratkaiseminen sekä rutiiniasioiden ratkaiseminen tapahtuu hermeneuttisessa kehässä. Oikeudellisten ongelmien tunnistamisen ja argumentaatiota varten relevanttien kysymysten sekä argumenttien tunnistamisen ja muodostamisen perustana on kunkin oikeudellisen toimijan henkilökohtainen esitieto, tämän henkilökohtaisen esitiedon suhde koko oikeusyhteisön hallussa olevaan yhteisölliseen tietoon sekä oikeusyhteisön yhteisöllisen tiedon ja tiedollisen ja kommunikaatiomiljöön laatu ja määrä.²⁰ Esitieto ohjaa vahvasti argumentaation linjan ja strategian valintaa sekä kysymysten asettamista ja siten myös argumentaatiossa käytettävän informaation etsimistä ja tuottamista.

Oikeudellinen tieto on situationaalista. Kukin oikeudellinen toimija ja hänen yhteisönsä ovat tiettyssä mielessä historian ja ympäristön sekä niiden kautta syntyneiden ennakkokäsitysten ja vakaumusten sitomia. Kunkin toimijan ja hänen yhteisönsä historialliset kokemukset, arkipäivän kokemukset, vakaumukset ja uskomukset sekä kulttuuriset sidonnaisuudet vaikuttavat vahvasti siihen, miten kukin toimija näkee asemansa ja mahdollisuutensa oikeudellisissa toiminnoissa. Situationaalisuuden rakenteellisia elementtejä ovat taloudellinen, sosiaalinen ja poliittinen todellisuus, episteemiset mahdollisuudet eli minkälaista tietoa on mahdollista saavuttaa sekä toimijan henkilökohtaiset ja ideologiset sidonnaisuudet.²¹

Situationaalisuus eli kokemuksen sekä ymmärtämisen historiallisuus ja kontekstuaalisuus määrittävät sekä yksilön että hänen yhteisönsä yhteisöllistä esitietoa sekä asettaa rajoituksia mutta myös antaa mahdollisuuksia toimintatavoille ja näkemyksille lain soveltamisessa ja kehittämis-

¹⁹ Hermeneuttisesta jatkumosta, ks. Tolonen: Oikeuslähdeoppi, s. 5–11.

²⁰ Tieteen tutkimus on osoittanut, että yhteisön tason kommunikaatiolla ja tiedollisella miljööllä on suuri merkitys myös yksilöllisen tiedon ja innovaatioiden syntymiselle.

²¹ Situationaalisuudesta oikeustieteellisen analyysin ongelmana ja lähtökohtina, ks. Korhonen, Outi: *International Law Situated, An Analysis of the Lawyers' Stance Towards Culture, History and Community*, Kluwer 2000, p. 6–15.

sä.²² Situationaalisuus vaikuttaa myös lainsäädännön tulkinnan, systematisoinnin ja kehittämisen taustalla oleviin teoreettisiin ja filosofisiin käsitteisiin.²³ Tarkemmin voidaan puhua sekä oikeusyhteisön että sen yksilötoimijoiden situaatioista. Oikeusyhteisön tasolla kyse on oikeuskulttuurin sisältyvistä rajoitteista, sidonnaisuuksista ja mahdollisuuksista. Situationaalisuus vaikuttaa erityisesti siihen, miten oikeusjärjestys ymmärretään abstraktina oikeudellisen tiedon järjestelmänä ja miten tätä järjestelmää käytetään yhteiskuntatodellisuutta koskevan informaation ohella lähtökohtana oikeudellisissa toiminnoissa. Situationaalisuus vaikuttaa näin oikeuden toteutumisen optimaalisuuteen. Tiedon situationaalisuus muo-
vaa oikeudellisiin toimintoihin osallistuvien eri ammattikuntien – professioiden – itseymmärrystä omasta roolistaan ja toimintatavastaan. Rikkaassa oikeuskulttuurissa professiot ja niiden jäsenet sekä koko oikeusyhteisö on myös tietoinen rajoituksistaan ja pyrkii aktiivisesti ylittämään ne, jolloin situationaalisuus ei muodostu ennakolta ratkaisutoimintaa määrittäväksi ja rajoittavaksi. Ylittämättömät rajoitteet näkyvät puolestaan oikeuden niukkuuden ilmiöinä.

Tiedon situationaalisuus ja vaatimus itseymmärryksestä, joka pyrkii ylittämään situationaalisuuden asettamat rajoitteet, ei koske vain juristeja. Yhteiskunnan laajamittaisen oikeudellistumisen seurauksena monet muut ammatillaiset ovat vastuussa oikeudellisesti hyvinkin merkityksellisistä toiminnoista. Henkilötietojen suojan ennakkollisen ja tehokkaan toteuttamisen kannalta esimerkiksi ratkaisevassa asemassa ovat usein tietohallinnon ja tietotekniikan ammatillaiset, jotka vastaavat teknisen infrastruktuurin ja sen arkkitehtuurien ja järjestelmien suunnittelusta ja ylläpitämisestä. Lainsäätäjät ovat toinen merkittävä ja politiikan ammattimaistumisen myötä niin ikään omaksi ammattikunnakseen muodostunut ryhmä. Suomalaisen oikeusjärjestyksen sääntelykierreongelmat johtuvat osaksi siitä, ettei lainsäätäjillä ole

²² Käsitteiden esitiedon merkityksestä ja vaikutuksesta oikeudellisen ongelman ymmärtämiseen ja sitä kautta oikeudelliseen ratkaisuun perustuu Hans-Georg Gadamerin teoriaan, ks. Gadamer, Hans-Georg: *Wahrheit und Methode*, 6. Auflage, J.C.B. Mohr 1990, s. 270–290. Esitieto ei ole välttämättä subjektiivinen ennakkokäsitys, joka johtaa harhaan vaan se on tiedon saavuttamiseen ymmärtämisenä liittyvä vaihe.

²³ John R. Searle kirjoittaa osuvasti, kuinka monet tieteenfilosofiset ja tiedettä koskevat kiistat ovat itse asiassa kiistoja tieteen taustalla olevasta teoriasta tai tiedettä koskevasta ymmärryksestä, kognitiivisesta taustasta (cognitive background), joka on samalla tieteellisen ymmärryksemme ja toimintamme lähtökohta, ks. Searle, John R.: *Mind, Language and Society, Philosophy in the Real World*, Basic Books 1999, p. 12–20.

aina selkeää näkemystä ja ymmärrystä siitä, mikä on lain paikka ja käyttöta-
pa yhteiskunnassa. Riittävän lakia ja lainsäätäjän toimintaa koskevan itse-
ymmärryksen puuttuessa laki muuttuu joko tekniseksi tai symbolisesti käy-
tettäväksi yhteiskunnallisten ongelmien ratkaisemisen välineeksi ilman
laajempaa ja syvällisempää ajatusta lain merkityksestä oikeuden ja oikeu-
denmukaisuuden toteuttamisessa. Itseymmärryksen ollessa rajoittunutta laki
voi myös näyttää vain tekniseltä välttämättömyydeltä, jota perustuslaki edel-
lyttää. Jälkimmäinen lähestymistapa tulee ajoittain vastaan suomalaisessa
henkilötietojen käsittelyn erityislainsäädäntöä koskevassa keskustelussa.

Oikeudellisen argumentaation puutteet voidaan liittää osaksi laajempaa
oikeudellisen tiedon ja informaation niukkuuden problematiikkaa. Niukkuu-
den tarkastelussa on myös tärkeää erottaa yhtäältä informaatio ja tieto infor-
maatietieteessä vakiintuneella tavalla sekä laajempi kysymys oikeuden to-
teutumisen puutteista. Informaatiolla tarkoitetaan tässä inhimillisesti ymmär-
rettävissä olevia merkkejä ja lauseita, mutta informaatioon ei välttämättä lii-
ty oikeustieteellisessä auditoriossa hyväksyttyä totuusarvoa tai käytännön
ongelmanratkaisuvoimaa. Tiedolla tässä yhteydessä tarkoitetaan informaatiota,
johon liittyy oikeustieteellisessä auditoriossa määritelty totuusarvo tai tie-
teeseen perustuen selkeä pragmaattinen ongelmanratkaisuvoima oikeudelli-
sissa toiminnoissa. Ongelmanratkaisuvoimaisuuden vaatimuksen kautta oi-
keudellisen tiedon määrittely tulee lähelle tiedon lajia, jota voidaan kutsua
nimellä *fronesis* – käytännöllinen järki, johon liittyy hyve. Oikeudellisen
tiedon niukkuus on käytännön ongelmanratkaisuvoimaisuuden tai hyveelli-
syyden puutetta.

Niukkuus on vahvasti taloustieteellinen käsite. Taloustieteellisestä näkö-
kulmasta informaatio ja tieto ovat julkishyödykkeitä, joissa yhden henkilön
kulutus ei estä toisia samanaikaisesti hyötymästä hyödykkeestä.²⁴ Taloustie-
teellisestä näkökulmasta oikeudellisen informaation ja tiedon niukkuus on-
kin informaation ja tiedon alituotantoa.²⁵ Informaation hyödyntämisen ja
tuottamisen niukkuutta sekä sitä kautta oikeudellisen tiedon ja ymmärtämi-
sen niukkuutta aiheuttavat oikeudellisen informaation kokoamiseen ja käsit-
telyyn sekä ymmärtämiseen liittyvät transaktiokustannukset. Erityisesti oi-
keuden muutos aiheuttaa muutuskustannuksia, jotka johtuvat oikeudellisen

²⁴ Sen sijaan esimerkiksi oikeuden saatavuus oikeudenkäynnin muodossa ei ole aidolla ta-
paa julkishyödyke, sillä tuomioistuinlaitoksen resurssit ovat rajalliset ja tällöin eri oikeu-
denkäynnit tosiasiaassa kilpailevat ajasta ja resursseista keskenään.

²⁵ Ks. tästä Pöysti: *Communicational Quality of Law*, p. 476.

oppimisen vaatimasta ajasta sekä muutokseen liittyvästä epävarmuudesta.²⁶ Lainsäätäminen ja lainsoveltaminen vaativat aikaa ja käyttävät ainakin ajan osalta niukkoja intellektuaalisia voimavaroja. Oikeudellisia transaktiokustannuksia ovat myös uuden oikeuden oppimiseen liittyvät kustannukset eli kustannukset, jotka liittyvät uuden teknisen ja yhteiskunnallisen todellisuuden arviointiin vanhan lainsäädännön valossa sekä yleensä oikeuden sisältöä ja soveltamista koskevasta epävarmuudesta johtuvat kustannukset.²⁷

Oikeudellisen oppimisen ja oikeutta koskevan tiedollisen epävarmuuden kustannukset ovat yleensä käänteisessä suhteessa lainsäädännön selkeyteen sekä oikeudellisen systematiikan havainnollisuuteen ja ymmärrettävyyteen. Hyvä systematiikka ja sille perustuva selkeä lainsäädäntö auttavat soveltamistilanteissa kiinnittämään heti huomiota olennaisiin kysymyksiin ja pienentävät siten lainsäädännön asettamien vaatimusten oppimiseen ja soveltamiseen liittyviä transaktiokustannuksia.

Hallituksen erityisenä tehtävänä säädösvalmistelusta vastaavana valtioelimenä on huolehtia siitä, että säännökset ja säädökset sijoittuvat toimivalla ja helposti sovellettavalla tavalla osaksi sääntelyn kokonaisuutta ja että sääntely kokonaisuutena ja yksittäiset säädökset ovat helposti ymmärrettäviä. Eduskunnan ja varsinkin sen valiokuntien tehtävänä on puolestaan tarkistaa tämä sekä arvioida kriittisesti säädösehdotusten taustalla olevia olettamuksia ja säädösehdotuksissa tehtyjä arvovalintoja sekä tehdä arvovalinnoista ja periaatteista lopulliset päätökset. Kielellisen ja ilmaisullisen eli viestinnällisen ymmärrettävyyden lisäksi tärkeää on, että lainsäädäntö perustuu johdonmukaisella ja havainnollisella tavalla yleisille periaatteille. Tällöin nämä yleiset periaatteet muodostavat myös rungon runsaan säädösinformaation jäsentämiselle ongelmanratkaisuvoimaisena ja yhteiskunnallista ja moraalista hyvettä edustavana oikeudellisena tietona.

Oikeudellisen oppimisen helpottaminen ja tiedollisen epävarmuuden vähentäminen on oikeusjärjestelmän eri toimijoiden työnjaossa keskeisesti myös oikeustieteen tehtävänä. Nimenomaan oikeustieteen tehtävänä on objektivoida yksittäisistä säädöksistä ja niiden tulkinnoista systemaattinen ja

²⁶ Oikeuden muutoskustannukset (legal transition costs) on Michel Van Alstinen käyttämä käsite, jolla kuvataan oikeuden muutokseen liittyvistä oppimistarpeista ja muutoksen aiheuttamasta oikeustilan epävarmuudesta aiheutuvia kustannuksia, ks. Van Alstine, Michel P.: Treaty Law and Legal Transition Costs, Chicago–Kent Law Review 2002, p. 1303–1324.

²⁷ Oikeudellisen tiedon ja oppimisen kustannuksista sekä oikeudellisen epävarmuuden kustannuksista tarkemmin ks. Pöysti: Communicational Quality of Law, p. 476–479.

hahmotettava tiedon järjestelmä, oikeusjärjestelmä. Lainsäätäjä omalla toiminnallaan ja varsinkin hallitus lainvalmistelijana ja säädösten toimivuuden arvioijana luovat taas perusteet ja lähtökohdat tälle oikeustieteen tehtävälle. Hermeneuttinen jatkumo sekä kaksisuuntainen hermeneutiikka, joissa oikeudellinen toiminnon tulos on lähtökohtana tuleville toiminnoille, kuvaa näin myös lainvalmistelijan, lainsäätäjän ja oikeustieteen välistä työnjakoa ja toimintaa. Oikeudellisen tiedon niukkuuden teoria on eräs lähestymistapa, jolla sekä oikeustieteen että lainvalmistelun onnistumista eräissä keskeisissä yhteiskunnallisissa palvelutehtävissään voidaan arvioida. Oikeudellisen tiedon niukkuuden ilmiöt empiirisessä oikeuselämässä kertovat vääjäämättä sekä oikeustieteen että lainvalmistelun ja lainsäätäjän onnistuneen vain osittain tehtävissään. Samalla ne kertovat lainsäädäntöriskin toteutumisesta.

LAINSÄÄDÄNTÖRISKIN TOTEUTUMINEN OIKEUDELLISEN TIEDON NIUKKUUTENA HENKILÖTIETOJEN SUOJAN SÄÄNTELYSSÄ

Henkilötietojen suojan herkkyys oikeudellisen tiedon niukkuuden riskeille

Henkilötietojen suoja on oikeudenala, jossa käytännön oikeuselämässä hyvin usein kohdataan pulmia, jotka voidaan jäsentää oikeuden niukkuuden ilmentymiksi. Erityisesti henkilötietojen suojan yhteydessä on havaittavissa oikeudellisen informaation, tiedon ja osaamisen sekä niiden osana oikeudellisen argumentaation niukkuutta.

Perustuslain 10 §:n systematiikassa, joka nojautuu Euroopan ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännössä syntyneeseen doktriiniin, henkilötietojen suoja sijoitetaan osaksi yksityiselämän suojan perusoikeutta. Yksityiselämän suoja on ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä tulkittu laajana ja dynaamisena oikeusperiaatteena, jonka alle on voitu sijoittaa lukuisia henkilön itsemääräämisoikeuteen ja yksityisyyteen liittyviä oikeuksia. Siten perusoikeudessa yksityiselämän suojaan on käytännössä kyse oikeudesta yksityisyyteen.²⁸

²⁸ Oikeus yksityisyyteen on nähtävissä yhdeksi tietoa ja viestintää koskevaksi metaoikeudeksi eli perusoikeussäännösten taustalla olevaksi kantavaksi oikeusperiaatteeksi. Tietoa ja

Yksityisyyden suoja ja sen osana henkilötietojen suoja ovat vahvasti oikeusperiaatetyyppejä perusoikeuksia, joiden soveltamiseen liittyy runsaasti punnintaa muiden oikeuden kantavien perusoikeusperiaatteiden ja muiden oikeusperiaatteiden kanssa. Punninnan tarvetta ja vaativuutta lisää se seikka, että yksityisyyden ja henkilötietojen suoja toteutetaan usein jonkin muun lain ja kyseiselle sektoreille ominaisten oikeusperiaatteiden hallitsemassa ympäristössä. Lisäksi henkilötietojen suojan soveltamistilanteissa on aitoja jännitteitä perustavanlaatuisten periaatteiden ja oikeudenmukaisuusargumenttien välillä. Kiperien perusoikeuksien välisten punnintatilanteiden esilletulo todetaan selkeästi myös Euroopan yhteisön henkilötietodirektiivin johdannossa, jossa annetaan yleisen tason periaatteellisia standardeja muun muassa taiteellisen ilmaisun vapauden ja henkilötietojen suojan sekä yleensä ilmaisun ja viestinnän vapauden ja henkilötietojen suojan välillä. Jännitteinen suhde vallitsee usein myös henkilötietojen suojan ja julkisuusperiaatteen välillä.²⁹ Soveltamistilanteessa on varsin harvoin kyseessä henkilötietolain suhteellisen mekaanisesta soveltamisesta lainsäädännössä tyypilliseksi ajateltuun tilanteeseen. Tällainen soveltamis- ja argumentaatioasetelma on jo lähtökohtaisesti varsin vaikea ja altis riskille argumentaation ja näkökulmien suppeudesta.

Oikeuden niukkuuden ja lainsäädäntöriskin ajankohtaisuus tietosuojalainsäädännössä johtuu osaksi siitä, että yksityisyyden suojan ja henkilötietojen suoja ovat oikeusperiaatteita, joita toteutetaan nopeasti muuttuvissa teknologisissa ja taloudellisissa oloissa, ja kyseisten perusoikeuksien tehokkuus riippuu vahvasti siitä, miten ne on sisäistetty teknisessä infrastruktuurissa ja liiketoiminnan ja hallinnon toimintamalleissa. Tämä seikka koettelee oikeusvarmuutta sekä ajatusta lain ajallisesta pysyvyydestä, sillä usein täsmälliset normit olisivat sidoksissa teknologiseen ympäristöön ja ratkaisuihin, jotka muuttuvat nopeasti. Konkreettiset oikeussuojan tarpeet ja soveltamisongelmat muuttuvat kun taas yksityisyyden suojan kantavat periaatteet ovat suhteellisen pysyviä.³⁰ Lainsäätäjän ja lainsoveltajan ongelmaksi tulee tällöin

viestintää koskevat metaoikeudet muodostavat modernin informaatio-oikeuden yleisten oppien ja oikeusperiaatteiden rungon, ks. Pöysti: Verkkoyhteiskunnan viestintäinfrastruktuurin metaoikeudet ja ks. myös Pöysti: ICT and Legal Principles.

²⁹ Eri periaatteiden ja perusoikeuksien välistä punnintaa käsitellään EY:n henkilötietodirektiivin johdannon kohdissa 17, 36–37, 43 ja 72.

³⁰ Vaikka yksityisyyden suoja koskeva oikeudellinen doktriini on viimeisten vuosikymmenien ja vuosien aikana huomattavasti kehittynyt, on monet Warren ja Brandeisin klassisen artikkelin oikeudesta yksityisyyteen esille ottamat teemat, oikeus olla yksin ja määrätä

yhdistää abstraktien oikeusperiaatteiden avulla tehtävä lainsäädäntö ja konkreettisten ongelmien ratkaiseminen. Haasteena on myös se, että henkilötietojen suojan toteuttaminen käytännössä tehokkaalla tavalla edellyttää useiden eri tieteenalojen ja ammattilaisten yhteistyötä. Tämä on usein tiedollisesti ja viestinnällisesti vaikeaa ja vaatii erityisiä valmiuksia.³¹

Yksityisyyden ja henkilötietojen suojaa toteutetaan usein myös yksityisten välisissä horisontaalisissa suhteissa. Klassinen perusoikeusdoktriini on kuitenkin pääosiltaan kiinnittynyt julkisen vallan ja yksityisen väliseen vertikaaliseen suhteeseen. Toki perusoikeuksien toteuttaminen lainsäädännön avulla myös yksityisten välisissä suhteissa nähdään kuuluvan osaksi julkisen vallan ja erityisesti lainsäätäjän tehtävää turvata perusoikeuksien toteutuminen.³² Vakiintuneessa perusoikeusdoktriinissa perusoikeuksien vaikutuksen yksityisten välisissä horisontaalisissa suhteissa nähdään välittyvän yleensä perusoikeuksia konkretisoivan tavallisen lainsäädännön sekä asianomaisen oikeudenalan yleisten oppien välityksellä.³³ Vaarana tässä perusoikeuksien vaikuttamistavassa kuitenkin on, etteivät varsinkaan erityislainsäädännön säännökset ja eri oikeudenalojen yleiset opit aina välttämättä optimaalisella tavalla tue perusoikeuksien, kuten henkilötietojen suojan toteuttamista. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännössä on kuitenkin eräille perusoikeuksille annettu vahvempi horisontaalivaikutus. Perusoikeussäännös voi tällöin sisältää yksityisen välittömän subjektiivisen oikeuden torjua tavallisella lailla tehtävä perusoikeuden rajoitus kahden yksityisen välisessä suhteessa. Tällainen välitön torjuntaoikeus on annettu muun muassa sähköpostiviestinnän luottamuksellisuuden suojalle suhteessa työnantajaan ja

itse tiettyjen tietojen ja tunteiden viestinnästä toisille sekä yksityisyyden luonne relatiivisena, punnintaa muiden oikeuksien, varsinkin viestinnällisten oikeuksien kanssa, edelleen ajankohtaisia. Tämä kuvaa osaltaan myös sitä, että yksityisyyden suojassa on vahva ja ajaton ydin. Oikeudellisen muutoksen haasteena onkin, miten tämä ydin voidaan toteuttaa nopeastikin muuttuvissa teknisissä ja liiketaloudellisissa konteksteissa, ks. Warren, Samuel – Brandeis, Louis: *The Right to Privacy*, Harvard Law Review 1890, p. 193.

³¹ Viestinnällinen vaikeus johtuu kunkin ammattikunnan erilaisesta tavasta käyttää kieltä, jolloin Alexyn hahmottelemista rationaalisen argumentaation perussäännöistä eräs keskeisimmistä ei välttämättä toteudu. Olennaisia eroja on myös eri ammattikuntien ja näiden edustajien esitiedossa ja asenteessa suhteessa oikeussääntöihin ja oikeutta ja oikeudenmukaisuutta koskeviin periaatteisiin sekä jopa ajattelun ja ammatillisen ja tieteellisen toiminnan perustana olevissa kognitiivisissa lähtökohdissa.

³² HE 309/1993 vp., s. 75 ja PeVL 9/2004 vp.

³³ Ks. Tuori: Tuomarivaltio, s. 928–935 ja Hidén, Mikael: Perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä, teoksessa Liisa Nieminen (toim.): *Perusoikeudet Suomessa*, Helsinki 1999, s. 1–27, s. 21–22.

tämän oikeuteen kontrolloida hallitsemansa tietojärjestelmän käyttöä.³⁴

Henkilötietojen suoja leikkaa oikeusjärjestyksen horisontaalisena kokonaisuutena, jolloin henkilötietojen suoja toteutetaan myös sellaisissa sääntely-ympäristöissä, joiden ajattelutavassa ei henkilötietojen suojalle ole välttämättä annettu kovinkaan paljon painoa. Viime kädessä kyse on erityislainsäädännön ja sen taustalla olevien oikeudenalojen yleisten oppien oikeuskäsitysten suppeudesta. Tämä suppeus vaikuttaa oikeudelliseen argumentaatioon siten, ettei esitieto riittävässä laajuudessa ohjaa tunnistamaan henkilötietojen suojan kannalta oleellisia kysymyksiä.

Perustuslain 10 §:n 2 momentin mukaan henkilötietojen suojasta säädetään tarkemmin lailla. Perustuslakivaliokunnan henkilötietojen suojan sääntelyä koskevan vakiintuneen käytännön mukaan tärkeitä sääntelykohteita ovat ainakin:

- rekisteröinnin tavoite
- rekisteröitävien tietojen sisältö
- tietojen sallitut käyttötarkoitukset
- tietojen luovuttaminen sekä mahdollisuus luovuttaa tietoja koneellisen käyttöyhteyden avulla
- tietojen säilytysaika
- rekisteröidyn oikeusturva.

Perustuslakivaliokunta arvioi henkilötietojen sääntelyä koskevan perustuslain 10 §:n 2 momentin lailla säättämisen velvoitteen toteutumisesta muun muassa sen perusteella, kuinka kattavasti edellä luettelossa mainitut seikat on säännelty lain tasolla. Koneellisen käyttöyhteyden avulla tapahtuvassa tietojen luovuttamisessa perustuslakivaliokunta on asettanut lakisääteiseksi edellytykseksi selvityksen siitä, että tietojen suojauksesta huolehditaan asianmukaisella tavalla.³⁵

Perustuslakivaliokunnan käytäntö merkitsee sitä, että henkilötietodirektiivin tavoitteisiin kuuluva ja henkilötietolaissa tarkoitettu hyvä tietojenkäsittelytapa ja sen toteuttamiseksi tarvittava suunnitteluvollisuus toteutetaan perusteiltaan usein jo lain tasolla. Henkilötietojen käsittelyä koskevan

³⁴ Ks. PeVL 27/2000 hallituksen esityksestä työelämän tietosuojalaiksi. Ks. tästä horisontaalivaiikutusta koskevasta avauksesta perustuslakivaliokunnan käytännössä Tuori: Tuomarivaltio, s. 934.

³⁵ Perustuslakivaliokunnan käytännössä on useita lausuntoja, joissa on kehitetty tai todettu nämä henkilötietojen suoja koskevan lakivarauman ja lainsäädännöllisen toimeksiannon sisältöä linjaavat kriteerit, ks. esimerkiksi PeVL 14/1998 vp., PeVL 15/2002 vp. ja PeVL 51/2002 vp., jossa linjattiin varsinkin tietojen luovuttamiseen teknisen käyttöyhteyden avulla liittyviä periaatteita.

lainsäädännön valmistelu olisi tällöin nähtävä hyvän tiedonhallintatavan ja hyvän tietojenkäsittelytavan toteuttamisen välineenä ja erityisesti välineenä toteuttaa hyvään tietojenkäsittelytapaan kuuluvia rekisterinpitäjän suunnitteluvetoja. Suunnitteluvetojen asianmukainen täyttäminen edellyttää varsin korkeaa informaatio-oikeudellista ja tietohallintoa koskevaa osaamista. Hankaluuksia tässä suunnittelun perusteiden lain tasolle käytännössä nostavassa lähestymistavassa saattaa kuitenkin aiheuttaa se, etteivät lainvalmistelijat ole riittävän perehtyneitä hyvän tietojenkäsittelytavan edellyttämään järjestelmien ja arkkitehtuurien sekä tietojen käyttötarkoitusten ja tietorakenteiden suunnittelun perusteisiin.

Perustuslakivaliokunta näyttää henkilötietojen suojan kannalta tärkeiden kohteiden määrittelyssä noudattaneen aika lailla perinteistä julkisoikeudellista ajattelua, jossa henkilötietojen käsittely nähdään puuttumisena henkilön yksityisyyteen ja yksityisautonomiaan ja siten vapauspiiriin. Tällöin vapauksien piiriin puuttumisen tulisi olla suhteellisuusperiaatteen mukaista ja siitä tulee säätää mahdollisimman tarkkarajaisesti ja täsmällisesti. Lähtökohta muistuttaa paljon sitä, miten viranomaisille annettavista toimivaltuuksista pitää perustuslain mukaan säätää.

Pulmallista tässä lähtökohdassa voi olla se, että lailla säätämisen vaikutus ylikorostuu ja samalla itsemääräämisoikeuden ja henkilön autonomian merkitys vähenee. Tämä on tilanne silloin, kun yksilöllä on suhteessa julkiseen viranomaiseen aitoa harkintavaltaa henkilötietojen luovuttamisen suhteen. Erityisesti lailla säätämisen ylikorostaminen ja henkilön yksityisen itsemääräämisoikeuden rajoittaminen ovat vaarana kahden yksityisen välistä suhdetta koskevassa sääntelyssä. Perustuslakivaliokunnan omaksumaa lähestymistapaa puoltaa kuitenkin se, että useimmiten perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi tulevilla henkilötietojen käsittelyä koskevissa asioissa kyse on nimenomaan julkisissa viranomaisissa tehtävän tietojenkäsittelyn ja tiedonkeruun sääntelystä.

Eduskunnan valiokuntien työnjaossa tietosuojaa koskeva lainsäädäntö kuuluu hallintovaliokunnan toimialaan. Hallintovaliokunnan mietintö- ja lausuntokäytäntö nojautuu perustuslakivaliokunnan muotoilemaan oppiin. Hallintovaliokunta on todennut pitävänsä asianmukaisena lähtökohtana mahdollisimman tarkkaa sääntelyä lain tasolla.³⁶ Hallintovaliokunta on lisäksi varsin selkeästi systematisoinut tietosuojan hallinto-oikeudelliseksi kysymyk-

³⁶ Ks. esim. HaVM 19/2005 vp.

seksi.³⁷ Julkis- ja hallinto-oikeudellinen lähtökohta on sikäli ymmärrettävä, että huomattava osa henkilötietojen käsittelyä koskevista erityissäännöksistä koskee viranomaisten suorittamaa henkilötietojen käsittelyä. Varsinkin viime vuosina rikollisuuden ja terrorismin torjunnassa tehtävän tietojenkäsittelyn kysymykset ovat työllistäneet paljon valiokuntaa. Tämä ei kuitenkaan ole henkilötietojen suojan ja yksityisyyden koko kuva. Tapa, jolla perustuslain vaatimusta säättää henkilötietojen käsittelystä lailla vakiintuneesti tulkitaan, on johtanut laajan henkilötietojen käsittelyä koskevan erityislainsäädännön syntymiseen. Henkilötietojen sääntely onkin yksi niistä sektoreista, joissa voidaan havaita Suomen oikeusjärjestyksessä yleisesti ongelmana oleva sääntelykierre.³⁸

Lainsäädännön hajaantuminen ja kohdistuminen uudenvuotisiin tilannesidonnoiksi kokonaisuuksiin, jonka taustalla on *Thomas Wilhelmssonin* mikropolitikaksi kutsumien rajattujen poliittisten kysymysten ja niihin vaikuttamisen nousu, ei sinänsä vielä välttämättä ole ongelma. Kyseessä on myöhäismodernille yhteiskunnalle tyypillinen piirre, jossa toteutuu myös uusia poliittisen vaikuttamisen muotoja.³⁹ *Kaarlo Tuori* on kuitenkin terävästi reagoinut ajatukseen mikropolitikasta ja sen ympärille kehitettävästä systematiikasta, ja varoittanut tällaisen systematiikan sisältämän oikeuden sisällöllisen joustavuuden ja suuren systematiikan ja sitä ohjaavien periaatteiden hylkäämisen tai ainakin vähäisemmän painon antamisen niille johtavan yhdenvertaisuuden ja lainkäytön ennakoitavuuden heikkenemiseen. Tuori argumentoi vahvasti sen puolesta, että yhdenvertaisuusperiaatteella ja lain-

³⁷ Ks. hallintovaliokunnan lausunto HaVL 12/2004 vp. Hallituksen esityksestä HE 197/2001 vp. laiksi sähköisistä allekirjoituksista antamassaan lausunnossa hallintovaliokunta toteaa myös avoimesti valiokunnan toimialasta johtuvan periaatteellisen näkemyseron sähköisistä allekirjoituksista annettavaa lakia koskevan hallituksen esityksen peruslähtökohtien kanssa, ks. HaVL 32/2002 vp.

³⁸ Sääntelykierrettä oikeus- ja säädöspoliittisena ongelmana ja samalla myös demokratian ongelmana käsitellään Valtiontilintarkastajien kertomuksessa vuodelta 2004 sekä valtioneuvoston kanslian pääministerin päätöksellä asettaman Paremmän sääntelyn toimenpideohjelman mietinnössä, ks. Paremmän sääntelyn toimenpideohjelma, Valtioneuvoston kanslian julkaisuja 8/2006, s. 62–68, 151 ja 156.

³⁹ Mikropolitikasta oikeuden kehitystä ohjaavana seikkana ja tämän merkityksestä oikeudelliselle systematiikalle, jossa suurten systemaattisten periaatteiden sijasta korostuvat pieniksi kertomuksiksi kutsuttavat käsitteet ja periaatteet ja opit, jotka pienemmässä mittakaavassa järjestävät oikeudellista aineistoa, ks. Wilhelmsson, Thomas: *Senmodern ansvarsätt, Privaträtt som redskap för mikropolitik*, Helsingfors 2001. Ks. myös Wilhelmsson, Thomas: *Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta*, Lakimies 2004, s. 199–227.

käytön ennakoitavuudella on ja tulisi edelleenkin olla vahva asema oikeudellisen systematiikan perustana ja että näistä kantavista periaatteista johtuu myös sisällöllisiä vaatimuksia sekä oikeustieteen tehtävälle ja tavalle systematisoida että luotavan systematiikan sisällölle.⁴⁰

Wilhelmsson puolestaan korostaa, ettei hän hylkää yhdenvertaisuuden ja ennakoitavuuden vaatimusta. Sen sijaan Wilhelmssonin mukaan oikeuden järjestelmätason koherenssin vaatimuksen johtaminen noista periaatteista on ongelmallista. Sisäiseen oikeudenalakohereenssiin pyrkivä systeemi jää oikeuden fragmentoitumisen ja sisäisten ristiriitaisuuksien vuoksi liian yleiselle tasolle ollakseen kuvaava ja samalla myös ennakoitavuutta edistävä.⁴¹

Tuorin ja Wilhelmssonin keskustelussa näyttäisi vallitsevan painotusero siinä, kuinka vahvasti eri periaatteita painotetaan punninnassa. Wilhelmsson näyttäisi lisäksi olevan Tuoria voimakkaammin realistisesti suuntautunut. Wilhelmsson kuvaa oikeutta ja sen yleisiä oppeja fragmentoituvan oikeusjärjestyksen empiirisessä todellisuudessa ja pohtii fragmentaatiota hyödyntäviä oikeudenmukaisuutta edistäviä strategioita. Tuori puolestaan hakee vahvemmin normatiivista, perusoikeuksista lähtevää universaalial systematiikkaa, joka yleisten oppien tasolla ja niiden kautta ohjaa oikeuden kehitystä ja oikeudellista ratkaisutoimintaa.

Oikeusinformatiikan oikeudellisen tiedon sekä viestinnän teorian ja sille pohjautuvien juristin tiedonhallintastrategioiden näkökulmasta kysymys painopisteen siirtymisestä yleisestä erityiseen ja oikeusjärjestyksen fragmentoitumisesta on haastava. Normikohereenssiin ja sisällölliseen koherenssiin perustuva oikeudenalajaottelu ja yleisten oppien määrittely on ollut juristien ja oikeudellisen ajattelun perinteinen keino luoda oikeudellisesta aineistosta ymmärrettävä ja hahmotettavissa oleva tiedollinen järjestelmä, oikeusjärjestelmä tiedollisena systeeminä. Jos ja kun tiedon ja eri asioiden yhteyksien hahmottamisen mahdollistava järjestelmä osaksi hajaantuu, kohdistuu juristin informaation hallintaan ja tiedon jäsentämiseen suuret vaatimukset. Ratkaisua ja ajattelua ohjaavan esitiedon ei soisi riippuvan liiaksi siitä, millä taustalla kukin lainsoveltaja tai lainvalmistelija on ryhtynyt määrittelemään ongelman ja ratkaisemaan sitä. Henkilötietojen suojassa on Tuorin ajattelua seuraten nähdäkseni tärkeää pyrkiä normien koherenssiin ja informaatio-oikeuden sisällölliseen koherenssiin myös niissä tilanteissa, joissa informaa-

⁴⁰ Ks. Tuori, Kaarlo: Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen, *Lakimies* 2002, s. 902–913.

⁴¹ Ks. Wilhelmsson: *Yleiset opit*, s. 204–206.

tio-oikeudellinen ajattelu viedään esimerkiksi tietosuojan muodossa osaksi jonkin muun sektorin lainsäädäntöä ja vaikuttamaan siten keskellä jonkin oikeudenalan systematiikkaa. Oikeuden henkilötietojen suojaan toteutumisen ei saa jäädä liiaksi kiinni siitä, kuka on ja missä tilanteessa sattuu olemaan. Punninnassa tarvitaan yhteisiä sisällöllisiä periaatteita.

Nykyiselle verkko- ja informaatioyhteiskunnalle on ominaista, että useat todelliset poliittista arvovalintaa ja keskustelua koskevat ongelmat näyttävät päällepäin suhteellisen teknisiltä kysymyksiltä. Todellinen poliittinen valinta ja sen hetket peittyvät teknisten kysymysten alle. Käytännössä runsaasti erityislainsäädäntöä sisältävässä sääntelymallissa ei synny edes Wilhelmsenin tarkastelemissa ja puoltamia pieniä kertomuksia oikeuden yleisten oppien tasolla, joissa avoimesti käytäisiin punnintaa eri arvojen kanssa. Henkilötietojen suoja näyttäytyy usein erityislainsäädännössä ja sen perusteluissa teknisenä asiana, jota perustuslaki vaatii ja joka sen vuoksi täytyy teknisesti kirjata säädöksiin. Punninta ja poliittinen valinta häivytetään, jolloin myös asian aito sisällöllinen yhteys perusoikeuksiin jää helposti hämäräksi.

Niukkuuteen johtavan lainsäädäntöriskin toteutumisesta henkilötietojen suojan sääntelyssä

Poliittisen valinnan ja arvokysymysten peittyminen säädösteknisten yksityiskohtien alle ei ole mikään teoreettinen riski. Ongelma on myös toteutunut henkilötietojen suojan ja julkisuusperiaatteen sääntelyä koskevassa erityislainsäädännössä Suomessa. Konkreettinen esimerkki tilanteesta, jossa tämä riski toteutui Suomessa, on maaseutuelinkeinorekisteristä annettu laki (1515/1994) ja sen muuttamista koskeva lainvalmisteluaineisto. Hallituksen esityksessä maaseutuelinkeinorekisteristä annetun lain muuttamisesta (HE 165/2000) esitettiin keskeisenä perusteluna, että lakiehdotuksella toteutetaan perustuslain edellyttämät henkilötietojen suojaa koskevat säännökset. Eduskuntakäsittelyn vaiheessa havaittiin, että perustuslain tulkintakäytännössä on edellytetty myös tietojen säilyttämisen kestosta säädettäväksi lailla. Eduskunnan maa- ja metsätalousvaliokunta kuitenkin totesi, ettei laajempia uudistuksia lakiin odoteltaessa ole tarkoituksenmukaista lähteä lisäämään tällaisia vaatimuksia lakiin.⁴² Perustuslakivaliokunnan perusoikeuden toteuttamiseksi tärkeänä pitämän kysymyksen sääntelystä poikettiin siten helpouden perusteella.

⁴² Maa- ja metsätalousvaliokunnan mietintö MmVM 14/2000 vp.

Maaseutuelinkeinorekisterilaki sisältää myös säännöksen, jonka mukaan muut kuin lain 11 §:n 1 momentissa luetellut tiedot ovat salassa pidettäviä. Käytännössä tämän säännöksen on ymmärretty tarkoittavan, etteivät maataloustukia koskevat tarkemmat tiedot ole julkisia. Hallintokäytännössä tai keskustelussa ei aina ole pohdittu erikseen rekisteriin vietävien tietojen pohjalla olevien asiakirjojen julkisuutta viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain (621/1999) nojalla. Korkeimman hallinto-oikeuden tuore ennakkopäätös KHO 2006:64 pyrkiikin tässä suhteessa oikaisemaan käsitystä julkisuuslain ja maaseutuelinkeinorekisterilain välisestä suhteesta siten, että tukipäätöksiin liittyvien asiakirjojen julkisuutta on arvioitava julkisuuslain nojalla ja maaseutuelinkeinorekisterilaki koskee vain rekisteriin merkittyjen tietojen salassapitoa.⁴³ Maaseutuelinkeinorekisterilain muuttamista koskeneen hallituksen esityksen perusteluissa ei pohdittu juuri lainkaan yksityisyyden ja julkisuuden välistä painotusta ja arvovalintaa tai sitä, miten tukien julkisuuden ja yksityisyyden sekä taloudelliseen yksityisautonomiaan kuuluvien salaisuuksien suhde on järjestetty muissa vastaavankaltaisissa tilanteissa.⁴⁴ Salassapitosäännösten tarkoitusta sen sijaan perusteltiin säädettäessä alkuperäiset säännökset yksityiskohtaisissa perusteluissa, mutta säännösten periaatteellista merkitystä tai suhdetta julkisuusperiaatteeseen ei tuolloinkaan arvioitu. Esitys näytti siten suhteellisen tekniseltä.⁴⁵

Maaseutuelinkeinorekisterilaki sisältää huomattavan ja muusta Suomen lain-säädännöstä osaksi poikkeavan poliittisen arvovalinnan. Tätä ei missään vaiheessa ole tehty kirkkaasti näkyväksi, vaan laki ja sen muutokset esitettiin varsin hallinnollisena ja teknisenä kysymyksenä. Argumentaatiopelissä on tietoisesti tai tiedostamatta noudatettu asian tekniseksi ja ”tylsäksi” tekemisen strategiaa. Kysymyksen merkittävyys tuli kuitenkin selväksi viimeistään siinä vaiheessa, kun Euroopan komissio teki niin sanotun avoimuusaloitteen ja ryhtyi ajamaan unionin talousarviosta rahoitettujen tukien julkisuutta.⁴⁶

⁴³ Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuun KHO 2006:64 johtaneessa asiassa maa- ja metsätalousministeriö oli evännyt pyynnön saada asiakirjoja sillä perusteella, että maaseutuelinkeinorekisterilain 11 § oli erityislaki myös suhteessa julkisuuslakiin, jonka soveltaminen toissijaisena yleislakina näin väistyi.

⁴⁴ Maaseutuelinkeinorekisterilain muutosten perusteluista ks. HE 165/2000 vp.

⁴⁵ Ks. HE 198/1994 vp, erityisesti 7 §:n yksityiskohtaiset perustelut.

⁴⁶ Komission avoimuusaloite, ks. Komission vihreä kirja, Euroopan avoimuusaloite, KOM (2006) 194 lopullinen sekä komission ehdotus asetukseksi Euroopan yhteisön yleiseen talousarvioon sovellettavan varainhoitoasetuksen (EY) 1605/2002 muuttamisesta, KOM (2005) 181 lopullinen sekä komission vuonna 2006 muutettu ehdotus, neuvoston asiakirja 9628/06 FIN 210 sekä asiasta annettu valtioneuvoston kirjelmä U 3/2006 vp. jatkokirjelmineen.

Oikeuden yleisten oppien tasolla tarkasteltuna maaseutuelinkeinorekisterilain tyyppinen erityislaki ei edusta selkeästi omaa erityistä oikeudenalalo- giikkaa. Oikeustiede ei ole ainakaan riittävässä määrin ottanut kriittiseen käsittelyyn tällaista erityislainsäädäntöä. Osaksi kyse on myös resursseista, sillä harvalukuisten informaatio-oikeuden tutkijoiden aika ja mielenkiinto eivät riitä kaikkiin kysymyksiin. Päällisin puolin maaseutuelinkeinorekisterilain kaltaiset säädökset eivät vaikuta oikeuden kantavien periaatteiden ja suurten oikeudellisten ajatusten kehittelyn kannalta hedelmällisimmältä maaperältä ja siten inspiroivalta tutkimuskohteelta. Usein näissä erityissää- döksissä tapahtuu kuitenkin tärkeitä oikeudellisia ja yhteiskunnallisia rat- kaisuja. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa kuitenkin muun muassa *Rau- no Korhonen* sekä *Timo Konstari* ja *Kai Kalima* ovat ottaneet tarkasteluun erityislainsäädännön muodostamaan säädösviidakkoon sisältyviä ongelmal- lisia kysymyksiä ja kehityssuuntauksia.⁴⁷ Oikeustieteen yhtenä kriittisenä tehtävänä onkin paljastaa tekniseksi ja tylsäksi tekemisen strategia valta- ja argumentaatiopelinä ja tuoda aito arvokeskustelu sinne, mistä se on syystä tai toisesta jäänyt puuttumaan.

Perusongelmaksi erityislainsäädäntökeskeisessä sääntelytavassa tulee se, ettei kansalaisille tule oikeaa kuvaa siitä, missä ja missä tarkoituksessa hei- dän tietojaan käsitellään ja mitä periaatteita tähän henkilötietojen käsitte- lyyn sovelletaan.⁴⁸ Samoin tietojärjestelmien ylläpitäjille ja kehittäjille voi tulla hankalaksi hahmottaa riittävän yksinkertaisella tavalla tietojenkäsitte- lyyn ja tietojenkäsittelyarkkitehtuurin ja -infrastruktuurin laatua koskevia perustavanlaatuisia oikeudellisia periaatteita. Erityislainsäädäntökeskeinen sääntelystrategia tuottaa lisää säädösinformaatiota mutta saattaa jopa lisätä oikeudellisen tiedon niukkuutta. Tullaan tilanteeseen, jossa informaatiota on paljon mutta tietoa ja kommunikaatiota on vähän.

Vaarana on, että käsitys henkilötietojen käsittelyn oikeudellisesta säänte- lystä mekanisoituu. Erityislainsäädännön valmistelijoilla voi olla myös huo-

⁴⁷ Ks. Korhonen, Rauno: Perusrekisterit ja tietosuoja, Edilex-asiantuntijakirjoitukset, kirja, 2003, sekä Korhonen, Rauno: Poliisin valvontakeinot ja kansalaisen yksityisyyden suoja, Edilex-asiantuntijakirjoitukset, kirja, 2005. Ks. myös Konstari, Timo – Kalima, Kai: Pank- kisalaisuus, viranomaiset ja tietosuoja, Helsinki 2002.

⁴⁸ Timo Konstari ja Kai Kalima ovat kirjassaan Pankkisalaisuus, viranomaiset ja tietosuoja nostaneet esille, kuinka erilaiset sektorikohtaisissa erityissäännöksissä olevat viranomaisten oikeutta saada muuten salassa pidettäviä tietoja koskevat säännökset muodostavat laajan verkon ja poikkeuksen esimerkiksi pankkisalaisuudesta. Yksilöillä on vaikeuksia hahmottaa viranomaisten tietojenkäsittelyvaltuuksien kokonaisuutta.

mattavan suppeita ja puutteellisia käsityksiä henkilötietojen suojan kantavista periaatteista ja tavoitteista. Tällöin erityislainsäädäntö ei ole myöskään toimiva ja avoin mikropolitiikan foorumi. Erityislainsäädäntökeskeisessä sääntelymallissa henkilötietojen suojan ja sen huomioon ottamisen yleiset opit voivat jäädä kehittymättä riittävällä tavalla. Seurauksena ovat erilaiset oikeuden sekä oikeudellisen informaation ja tiedon niukkuuden ilmiöt. Oikeusvaltiota toteutetaan tällöin ainoastaan muodollisin perustein, mutta ei aineellisenä, aidosti perusoikeusvelvoitteisena oikeusvaltiona, mikä taas olisi modernin oikeusvaltioideologian ja perusoikeusajattelun mukainen lähestymistapa.⁴⁹

Suomalaisen henkilötietojen käsittelyä koskevan lainsäädännön tarkastelu osoittaa, että nämä runsaaseen erityislainsäädäntöön liittyvät lainsäädäntöriskit ja sääntelyriskit ovat osaksi jo toteutuneet. Erityislainsäädännön valmistelun näkökulmallista suppeutta osoittaa muun muassa hallituksen esityksen laeiksi työvoimahallinnon asiakaspalveluiden tietojärjestelmästä, työvoimapalvelulain 6 luvun ja 21 §:n 2 momentin kumoamisesta sekä viranomaisen toiminnan julkisuudesta annetun lain 24 §:n muuttamisesta (HE 87/2002 vp.) valmistelu. Eduskunnan työvaliokunta totesi hallituksen esityksestä antamassaan mietinnössä, että lakiesityksen valmistelussa ei ole riittävästi otettu huomioon tietosuojan periaatteita. Tämä olisi valiokunnan mukaan kuulunut hallituksen tehtäviin, ja valiokunta pitikin eduskunnan ja hallituksen työnjaon kannalta ongelmallisena sitä, että eduskunnan valiokuntatyössä jouduttiin laajalti korjailemaan esitystä sellaisten seikkojen osalta, jotka olisivat kuuluneet jo hallituksen valmisteluvelvoitteen piiriin.⁵⁰

Erityislainsäädäntöön liittyvä lainsäädäntöriski henkilötietojen suojan ymmärtämisestä ainoastaan muodollisena kysymyksenä näkyi myös hallituksen esityksestä laiksi viimeistä eläkelaitosta koskevien säännösten tarkistamisesta sekä tietosuojaa koskevien säännösten säätämistä pysyväksi (HE 85/2003 vp.), jossa esityksessä ja sen eduskuntakäsittelyssä ei juuri kiinnitetty huomiota henkilötietojen suojaa koskeviin kysymyksiin. Hallituksen esityksessä laiksi ajoneuvoliikennerekisteristä (HE 171/2002 vp.) puolestaan tuli käytännön tasolla esille ongelma henkilötietojen käsittelyä ja julkisuutta koskevan erityislain ja yleislainsäädännön välisestä suhteesta. Esitettyjen säännösten sanamuotojen perusteella oli vaikeaa hahmottaa erityislain ja

⁴⁹ Siirtymästä muodollisesta aineelliseen, perusoikeusvelvoitteiseen oikeusvaltioon ks. Saarnpää: E-Government and Good Government, p. 246–248.

⁵⁰ Ks. TyVM 7/2002 vp.

yleislain välisiä suhteita konkreettisissa soveltamistilanteissa.⁵¹ Tällainen säädöksen kirjoittamistapa johtaisi käytännössä oikeudellisen tiedon niukkuutta aiheuttaviin oppimisen ongelmiin ja hermeneuttisen jatkumon katkoksiin. Seurauksena olisivat erilaiset oikeudelliset epävarmuudet käytännössä ja siitä aiheutuvat tarpeettomat kustannukset.

Henkilötietojen suojan yhteydessä argumentaation ja näkökulmien niukkuutta voivat Suomen oikeudessa osaltaan aiheuttaa myös säädösvalmisteluprosessin institutionaaliset rakenteet. Suomessa on siirrytty säädösvalmistelukulttuuriin, jossa kukin ministeriö on varsin itsenäisesti vastuussa säädösvalmistelustaan. Samalla laajapohjaisten valmistelu-elinten käyttö ja yleensäkin valtioneuvoston yhteinen keskustelu säädöspolitiikan ja säädösvalmistelun tavoitteista on vähentynyt. Tämän johdosta jokaiselle ministeriölle on kehittynyt oma säädösvalmistelutyylinsä. Henkilötietojen suoja ja laajemmin yksityisyyden suoja instituutiona kuuluu oikeusministeriön toimialaan. Kuitenkin perustuslain 10 §:n 2 momentin vakiintunut tulkinta on painottamassa laajaa erityislaeilla säätämistä, jotta tietojen käsittelyn tilannekohtaisista täsmällisyyden vaatimuksista voitaisiin huolehtia.

Ongelmaksi tulee, etteivät informaatioyhteiskuntaan kuuluvat asiat oikeastaan kuulu erityisesti kenellekään. Sama koskee myös henkilötietojen suojan käytännön toteutuksen kannalta keskeistä instituutiota, tietoturvallisuutta. Tällöin uusiin ongelmiin vastataan helposti erityislainsäädännön kautta ja reaktiona teknologiseen kehitykseen, jolloin tietty näkökulma helposti hallitsee säädösvalmistelua. Oikeusjärjestyksen ja henkilötietojen suojan sekä tietoturvallisuuden kehittäminen tasapainoisesti ja monipuolisesta näkökulmasta riittävän rikkaaseen argumentaatioon pohjautuen voi tällöin jäädä vähemmälle. Konkreettisina esimerkkeinä tästä voidaan mainita biometrisiä allekirjoituksia koskeva keskustelu sekä työnantajan oikeutta valvoa sähköpostiliikennettä koskeva sääntely ja sitä koskeva keskustelu.⁵² Kaikissa näissä tilanteissa oikeusministeriö on ollut lähinnä lausunnonantajan asemassa, kun erityislainsäädäntöä on kehitetty milloin liikenne- ja viestintäministeriön ja milloin työministeriön taikka milloin maa- ja metsätalousministeriön tai sosiaali- ja terveysministeriön johdolla.

⁵¹ Ks. hallituksen esityksestä annettu hallintovaliokunnan lausunto HaVL 40/2002 vp.

⁵² Sähköpostiliikenteen valvontaa koskevassa säädösvalmistelussa liikenne- ja viestintäministeriö pyysi myös oikeuskanslerin lausuntoa valmistelleilla olleesta lakiesityksestä. Oikeuskanslerin lausunnossa arvosteltiin esitysluonnosta monilta osin puutteellisesta valmistelusta, ks. oikeuskanslerin lausunto nro 22/20/06, 21.9.2006.

Eduskunnan hallintovaliokunnan asema eduskunnassa tietosuojaan liittyvien hallituksen esitysten mietintövaliokuntana osaltaan myös saattaa vahvistaa informaatio-oikeudellista näkökulmavajetta ja siten oikeudellisen informaation ja tiedon niukkuutta. Valiokunnan työn painopiste on vahvasti nimenomaan hallintoon ja siten myös julkisen vallan ja yksityisen väliseen horisontaaliseen suhteeseen liittyvissä kysymyksissä. Näkökulma ja valiokunnan perinne kiinnittyvät tällöin helposti perinteiseen perusoikeusdoktriiniin, jolloin perusoikeuksien toteuttaminen yksityisten välisessä horisontaalisessa suhteessa ja siihen liittyvät erityispiirteet jäävät helposti vähemmälle huomiolle. Valiokunta on itsekin todennut tarkastelevansa henkilötietojen suojaan liittyviä lakiesityksiä toimialansa johdosta nimenomaan hallinto-oikeudellisesta näkökulmasta ja hallinto-oikeudellisena kysymyksenä.⁵³ Hallintovaliokunta näyttää perustuslakivaliokuntaa painokkaammin korostaneen perustuslakivaliokunnan käytännössä määriteltyjen henkilötietojen suojan kannalta tärkeiden sääntelykohteiden säätämistä mahdollisimman tarkasti lain tasolla.⁵⁴ Hallintovaliokunnan näkökulma näkyy myös valiokunnan asiantuntijakäytännöissä siten, että hallinto-oikeuden professorit, joissa on toki useita erinomaisia informaatio-oikeuden asiantuntijoita, ovat hyvin säännöllisesti valiokunnassa kuultavana. Sen sijaan yleisen informaatio-oikeuden asiantuntijat ovat hallintovaliokunnassa harvemmin kuultuja.

Hallintovaliokunnan toimialamäärittelyn henkilötietojen suojan käsitteilyä ja näkökulmaa supistava vaikutus näkyy varsinkin siinä, etteivät kaikki henkilötietojen suojan kannalta merkitykselliset lakiesitykset edes tule valiokunnan käsiteltäväksi. Varsinkaan yksityisoikeudelliset säännökset eivät systemaattisesti tule hallintovaliokuntaan, vaikka niissä olisi henkilötietojen suojan kannalta merkittäviä säännöksiä. Myöskään kaikkia julkisoikeudellisia rekistereitä koskevia säännöksiä ei systemaattisesti käsitellä hallintovaliokunnassa varsinkaan silloin, kun hallituksen esityksen perusteella esitys vaikuttaa tekniseltä. Tekniseksi tekemisen strategia siten puree käsittely- ja arviointijärjestyksen valintaan.

⁵³ Hallintovaliokunta on todennut tämän nimenomaisesti lausunnoissaan HaVL 32/2002 vp. ja HaVL 12/2004 vp.

⁵⁴ Hallintovaliokunta toteaa mietinnössään HaVM 19/2005 vp. pitävänsä asianmukaisena mahdollisimman tarkkaa sääntelyä lain tasolla. Tarkoituksettomana sivuvaikutuksena tällä tulkintalinjalla on, että se edistää osaltaan henkilötietojen käsittelyä koskevan lainsäädännön teknistymistä ja mekanisoitumista.

JOHTOPÄÄTÖKSET

Oikeudellisen tiedon niukkuus on yksi reaalisen oikeusjärjestyksen ominaisuuksista. Oikeudellisen tiedon niukkuus on samalla lainsäädäntöön liittyvien riskien toteutumisen ilmentymä. Henkilötietojen suoja on lainsäädännön alue, jossa tulevat usein esille erilaiset oikeudellisen tiedon niukkuuden ilmiöt ja niiden taustalla olevat rakenteelliset seikat.

Oikeuden ja oikeudellisen tiedon niukkuutta aiheuttaa usein yleis- ja erityislainsäädännön välisen suhteen selkeyden ja havainnollisuuden puute sekä oikeuden hajoaminen liian laajalti erityislaeissa säädettäväksi, jolloin lainsäädäntö ei enää välttämättä perustu yhtenäisiin periaatteisiin mutta yksittäisen säädösinformaation määrä nousee voimakkaasti. Oikeuden toimijoiden ja muiden, joiden tulisi perehtyä lainsäädännön sisältöön, oppimiskustannukset ja muut oikeuden toteuttamiseen ja sen sisältöä koskevaan epävarmuuteen liittyvät kustannukset kasvavat, vaikka samalla perusoikeuden toteuttaminen käytännössä ei laadullisesti parane. Vahvasti erityislainsäädäntökeskeisessä sääntelystrategiassa käsitys henkilötietojen suojasta ja sen edellyttämästä punninnasta jää helposti liian mekaaniseksi ja oikeuskäsitykset siten suppeiksi.

Tämä riski näyttää selkeästi myös toteutuneen suomalaisessa henkilötietojen käsittelyä koskevassa erityislainsäädännössä. Suomessa tarvittaisiinkin vähemmän mekanistinen käsitys henkilötietojen suojan toteuttamisesta. Perustuslakivaliokunnan ja oikeustieteen olisikin kehitettävä tällaista uudenlaista doktriinia. Olisi arvioitava kriittisemmin henkilötietoja koskevan erityislainsäädännön tarvetta ja sisältöä sekä parannettavia tällaista systemaattista arviointia varten tarvittavia menettelyitä sekä valtioneuvoston säädösvalmistelussa että eduskunnan valiokuntatyössä. Informaatio-oikeuden asiantuntijoiden ja erilaisten sektoriasiantuntijoiden dialogi olisi myös järjestettävä paremmin. Informaatio-oikeudelliseen lainsäädäntöön liittyvät perustavanlaatuiset valinnat ja vaihtoehdot olisi perusteltua saada nykyistä enemmän näkyviksi ja keskusteltaviksi.

Oikeudellisen tiedon niukkuuden teoria on puolestaan käyttökelpoinen oikeustieteellinen väline tarkastella lainsäädäntöriskiä ja sen toteutumista sekä yleensäkin oikeuden ja oikeusvaltion kantavien periaatteiden toteutumista empiirisissä oikeudellisissa toiminnoissa. Niukkuuden teoria kiinnittää huomiota oikeuden toiseen puoleen, käytännön epätäydellisyyteen. Niukkuuden teoria on siten varsin yksinkertainen lähtökohta oikeusvaltion ja sen informaationaalisten ja oikeudellista tietoa koskevien reunaehtojen tarkasteluun.

Oikeudellisen tiedon niukkuuden teorian tieteellinen merkitys ei kuitenkaan ole ainoastaan välineellinen siten, että se rajautuisi vain hyvän sääntelyn periaatteiden tarkasteluun ja niiden merkityksen selittämiseen. Oikeudellisen tiedon niukkuudessa on kyse merkittävästä oikeudellisesta ilmiöstä. Se ansaitsee tulla tieteellisesti ja systemaattisesti analysoiduksi. Tiedon niukkuus liittyy oikeudellisten toimintojen luonteeseen kaksisuuntaisena hermeneutiikkana sekä lain säätämisen, soveltamisen ja systematisoinnin situationaalisuuteen. Oikeudellisen tiedon niukkuuden teoria tarjoaa mahdollisuuksia tulla tietoiseksi situationaalisuuden asettamista rajoituksista ja mahdollisuuksista. Niukkuuden teoria on siten näkökulma oikeusyhteisön ja sen eri professioiden oikeudelliseen toimintaan.

Jari Råman

Yleislaki, yleiset opit ja vaikutusten arviointi – ehdotuksia tietoturvallisuuden sääntelyn kehittämiseksi

JOHDANTO

Tietoturvallisuuden sääntelyyn on kansainvälisesti herätty vauhdilla. Siinä missä 90-luvun alussa painopiste oli vielä vahvasti tietotekniikkarikosoikeudessa, on tietoturvallisuuden erillinen sääntely vuosikymmenen lopulla ollut jo vahvaa. Kun Lapin yliopiston oikeusinformatiikan instituutti vuosikymmen sitten selvitti valtiovarainministeriön pyynnöstä tietoturvallisuuden sääntelyn tilaa kansainvälisesti, yllättyivät laatijat vireillä olevien hankkeiden jatkuvasti kasvavasta määrästä ja niiden nopeasta etenemisestä.¹ Tietojenkäsittelyn toimivuuden merkitykseen koko yhteiskunnalle oli herätty, ja sen turvallisuuden sääntely on kansainvälisesti otettu kehittyneissä länsimaissa vakavasti. Työryhmä tunnistikin, eritoten kansainvälisten säädösten analyysin perusteella, tietoturvallisuuden oikeusperiaatteen olevan merkittävässä osassa oikeuksien toteuttamisessa ja turvaamisessa.

Sittemmin tahti on vain kiihtynyt. Pelkästään sääntelyllisesti keskeisillä henkilötietojen käsittelyn ja julkishallinnon tietojärjestelmien alueella sekä finanssisektorilla kehitys on ollut huimaa. Kommentaarit ovat vanhentuneet ennen kuin niitä on kirjoitettukaan. Selkeänä katalyyttinä on ollut tietoturvaloukkausten määrän ja aiheutuneiden menetysten huima kasvu. Eikä tietoturvaan kohdistuvien loukkausten saama julkisuus ja sääntelyvaatimuksia herättävä luonne näytä hellittävän. Kansainvälisessäkin katsannossa lainsäätäjät ovat länsimaissa selkeästi havahtuneet tietojenkäsittelyn toimivuuden yhteiskunnalliseen merkitykseen ja ottaneet sen turvallisuuden sääntelyn vakavasti.² Tie-

¹ *Ahti Saarenpää – Tuomas Pöysti* (toim.): Tietoturvallisuus ja laki: Näkökohtia tietoturvallisuuden oikeudellisesta sääntelystä, Helsinki 1997, s. 570.

² *Lauri Railas* tarjoaa tuoreen käytännön toimijoiden tarpeisiin vastaamaan tehdyn lyhyen yleiskatsauksen keskeisten säännösten sisältöön Pohjoismaiden lisäksi niin Saksassa, Venäjäl-

toturvallisuus koko oikeusjärjestelmän kattavana oikeusperiaatteena on tullut näin vahvasti ilmaistuksi varsin monessa maassa.

Vaikka tietoturvallisuuden sääntelyn kehitys noudattaakin pitkälti kansainvälistä linjaa, on meillä monista maista poiketen erityisesti korostettu tietoturvallisuuden roolia perusoikeuksien suojaamisessa. Sääntelyn kehitys on Suomessa kytkeytynyt ainutlaatuisella tavalla perusoikeuksiin ja niihin liittyvään lakisääteisyysvaatimukseen. Vaikka kansallinen perusoikeuksien merkityksen korostuminen ja oikeusvaltion nousu ovat osa laajempaa perustuslaillista kehitystä yhä useammassa oikeusjärjestelmässä, on Suomessa nimenomaan lakisääteisyysvaatimus ollut leimaa-antava piirre myös tietoturvallisuudesta säädettyä.³ Aiemmin pitkälti alemmanasteisen sääntelyn varassa ollut tietoturvallisuuden järjestäminen on noussut eduskuntalain tasolle.

VELVOITE EDUSKUNTALAIN KÄYTTÖÖN

Eduskuntalain tasoisen sääntelyn käytön edellyttäminen myös tietoturvallisuuden osalta on selkeässä yhteydessä *Ahti Saarenpään* esiin tuomaan muutokseen kohden oikeudellista verkkoyhteiskuntaa.⁴ Tietoturvan sääntely nousee välttämättä eduskuntalain tasolle. Emme voi välttää sääntelemästä yhä monimutkaistuvaa yhteiskuntaa demokraattisessa oikeusvaltiossa.⁵ Näin

lä kuin Virossakin liikenne- ja viestintäministeriölle laatimassaan raportissa Tietoturvallisuuslain säädäntö: Kansainvälinen vertailututkimus, LUOTI-julkaisuja 4/2006, Helsinki 2006.

³ Euroopan yhteisön oikeudessa laillisuusperiaate ja oikeusvaltiollisuus myös ilmenevät sääntelykeinoja valittaessa. Myös Euroopan unioni on varsin pitkälle sidottu oikeudelliseen ohjaukseen valitessaan keinoja tavoitteidensa toteuttamiseen, kuten *Tuomas Pöysti* (Tehokkuus, informaatio ja eurooppalainen oikeusalue, Helsinki 1999, s. 203) on tuonut esiin analysoidessaan yhteisön oikeuden tehokkaan vaikutuksen periaatteen lakisidonnaisuutta. Euroopan unioni ei kuitenkaan ole niin tiukasti sidottu kirjoitetun lain käyttöön johtuen yhteisön oikeuden periaatehakuisuudesta ja yhteisöjen tuomioistuimen keskeisestä roolista oikeuden kehityksessä. Ibid. s. 206–207.

⁴ Muutosta kohden oikeudellista verkkoyhteiskuntaa, jossa oikeuksiemme käyttö on merkittävässä määrin siirtynyt verkkoihin ja jossa oikeudellinen viestintä on verkkopohjaista, *Saarenpää* on kuvannut useaan otteeseen. Esim. Oikeusvaltio ja verkkoyhteiskunta, teoksessa *Aulis Aarnio – Timo Uusitupa* (toim.): Oikeusvaltio, Helsinki 2002, s. 106–130, sekä *E-government and Good Government: An Impossible Equation in the Network Society?*, s. 246–250, in Peter Wahlgren (ed.): *IT Law, Scandinavian Studies in Law*, Vol. 47, Stockholm 2004, s. 245–275.

⁵ *Saarenpää*: *E-government and Good Government*, s. 249.

välttämättä onkin. Monimutkaistuvassa yhteiskunnassa tarvitsemme yhä enemmän suojaa oikeuksillemme.

Autonomian ajan loppukauden sortovuosilta (1899–1905) periytyvän vahvan legalismin⁶ ohella lähtökohtana ovat tietoturvallisuuden moninaiset perusoikeuskytkennät. Tietoturvallisuus on jo pitkään selkeästi hahmotettu perusoikeusiemme ja -vapauksiemme käytön välttämättömäksi edellytykseksi informaatioyhteiskunnassa. Kyse on niin yhteiskunnan toimivuuden kuin myös yksilön oikeuksien toteutumisen takeesta. Jo tässä muodossa, niin sanottuna kollektiivisena hyvänä toimivana yhteiskunnallisena tavoitetilana, se edellyttää lainsäätäjältä aktiivisia toimenpiteitä.⁷ Tietoturvallisuuden hahmottaminen myös yksilön henkiseen koskemattomuuteen ja tiedolliseen itsemääräämisoikeuteen liittyväksi oikeudeksi tuo lakisääteisyysvaatimuksen entistä selkeämmin näkyviin.⁸

Suomalaisessa tietoturvallisuuden oikeudellisessa keskustelussa tietoturvallisuus on nähty ensisijaisesti metaperusoikeutena. Tietoturvallisuus on tällöin, kollektiivisena hyvänä, viestintäjärjestelmien häiriöttömän toiminnan ja koko informaatioinfrastruktuurin toimivuuden edellytys, sekä perusoikeuksien turvallisen käytön mahdollistaja tietoverkoissa. Tietoturvallisuus on yksi perusoikeusjärjestelmämme tavoitteista ja perusoikeuksien toteutumisen edellytyksistä. Tämä jo vuoden 1997 selvityksessä esiin tuotu ajatus on saanut rinnalleen tulkinnan tietoturvallisuudesta yksilöllisenä oikeutena.

⁶ *Jaakko Nousiainen*: Suomen hallitusjärjestelmä: Sekoittuneesta valtiomuodosta parlamentaariseen, Oikeusministeriö, otsikko ”Historiallinen ja yhteiskunnallinen tausta”, 4. kappale, osoitteessa <http://www.om.fi/Etusivu/Perussaannoksia/Perustuslaki/Yhteiskunnallinen-jahistoriallinentausta> [päivitetty 9.2.2000, vierailtu 9.10.2006].

⁷ Tätä on erityisesti *Ahti Saarenpää* pitänyt oikeusinformatiikan tutkimuksessa esillä. Esim. *Saarenpää*: Oikeusvaltio ja verkkoyhteiskunta, s. 119. Lailla säätämisen vaatimus tulee esiin erityisesti tilanteissa joissa tietoturvallisuus on perusoikeuksien kanssa kollisioissa oleva hyväksyttävä rajoitusperuste. Haastavin esimerkki lienee sähköisen viestinnän tietosuojalain (516/2004) 20 § tietoturvan toteuttamiseksi välttämättömien toimenpiteiden sallimisesta. Varsin monikerroksisissa pykälässä rajoitetaan niin perusoikeusiamme viestinnän luotamuksellisuuteen, yksityisyyteen, sananvapauteen kuin tietoturvallisuuteenkin, kollektiivisena tavoitetilana olevan tietoturvallisuuden toteuttamiseksi ja sähköisen viestinnän toimivuuden takaamiseksi. Perusoikeudet on laajasti huomioitu säännöksen perusteluissa (HE 125/2003 vp, yksityiskohtaiset perustelut). Myös perustuslakivaliokunta käsiteli säädöstä laveasti lausunnossaan PeVL 9/2004 vp. Lailla säätämisen vaatimusta osana perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä esittelee erityisesti *Veli-Pekka Viljanen* väitöskirjassaan *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*, Helsinki, 2001, s. 65–115.

⁸ Perustuslakimme 80 §:n 1 momentin ilmaiseaman periaatteen mukaan yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädettävä lailla.

Ahti Saarenpään kanssa suomalaisen tietoturvallisuuden oikeudellisen tutkimuksen kantavan voiman muodostava *Tuomas Pöysti* oli vielä uuden vuosituhannen taitteessa empien sitä mieltä, ettei tietoturvallisuus välttämättä olekaan yksilöllinen oikeus.⁹ Myös Ahti Saarenpää on korostanut lähinnä tietoturvallisuuden metaperusoikeusluonnetta.¹⁰ Vuonna 2004 tietoturvallisuus liitettiin selkeämmin osaksi perustuslaissa suojattua henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen kiinteästi liittyvää oikeutta turvallisuuteen (PL 7.1 §) ja yksityiselämän suojaan kytkeytyvää oikeuttamme identiteettiin (PL 10 §).¹¹

Tietoturvallisuudesta on näin lähtökohtaisesti säädettävä lailla. On sitten kyse tilanteesta, jossa tietoturvallisuus esiintyy perusoikeuksien kanssa kollisiossa olevana hyväksyttävänä rajoitusperusteena tai yksilöllisenä oikeutena, jonka perusteista on säädettävä lailla.

LAKISIDONNAISUUDEN ONGELMIA

Tietoturvallisuuden selkeä kytkeä perusoikeuksiin ja sääntelyn nouseminen eduskuntalakien tasolle on ehdottomasti positiivinen kehityssuunta. Verk-

⁹ *Tuomas Pöysti*: Julkisen vallan velvoite edistää sähköisen identiteetin ja verkkoyhteiskunnan infrastruktuurin turvallisuutta, s. 96–99, *Oikeus* 2000:1, s. 91–112.

¹⁰ Ks. mm. *Ahti Saarenpää*: Verkkoyhteiskunnan oikeutta – johdatusta aiheeseen, s. 14, *Oikeus* 2000:1, s. 3–15; *sama*: Näkökohtia tietoturvallisuudesta ja sen sääntelystä verkkoyhteiskunnassa, s. 104–106, *Pohjoissuomen tuomarikoulun julkaisuja* 4/2001, Rovaniemi 2002, s. 75–109; *sama*: Data Security: A Fundamental Right in the e-Society?, p. 424–429, in Klaus Lenk and Roland Traunmüller (eds.) *Electronic Government: First International Conference, EGOV 2002, Aix-en-Provence, France, September 2-5, 2002, Proceedings. Lecture Notes in Computer Science* 2456, Springer 2002; ja vielä vuonna 2005 *sama*: Tietojenkäsittelystä läsnä-älyyn – katkelmia oikeusinformatiikan kehityksestä, s. 110, teoksessa Juha Tolonen – Vesa Annola – Brita Herler (toim.): *Talousoikeuden taitekohtia. Juhlajulkaisu professori Asko Lehtoselle*, Vaasa 2005, s. 91–123. Metaperusoikeus näkökulma on tuotu ensimmäisen kerran esiin, *Tuomas Pöystin aloitteesta*, jo mainitussa valtiovaraministeriölle laaditussa raportissa (*Saarenpää*: *E-government and Good Government*, s. 261 alaviite 51).

¹¹ *Tuomas Pöysti*: ICT and Legal Principles: Sources and Paradigm of Information Law, s. 590, in Peter Wahlgren (ed.) *IT Law, Scandinavian studies in law* 47, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm 2004, s. 559–601. *Saarenpää* (*E-government and Good Government*, s. 260) kyllä puhuu yksilöllisestä oikeudesta tietoturvallisuuteen samassa juhla-kirjassa, mutta ei nosta sitä vielä perusoikeuden tasolle. Sen sijaan hän tyytyy tarkastelemaan tietoturvallisuuden määrittämistä yksilölliseksi oikeudeksi vain yhtenä lakiteknisenä ratkaisuna alan sääntelyssä.

koyhteiskunnassa myös tietoturvallisuus oikeudellistuu. Perusoikeuksiemme suoja tietoverkkojen aikakaudelle vaatii sitä. Näin tietoturvallisuuden merkitys tulee yksiselitteisesti esiin. Tästä huolimatta tiukan perusoikeussidonnainen tietoturvallisuuden sääntely voi olla myös vaarallinen kehitysuunta. Se nimittäin laajentaa eduskuntalain tasoista sääntelyä edellyttävien tilanteiden määrää merkittävästi.

Näin erityisesti silloin, kun perusoikeuksien suoja horisontaalisissa yksityisten toimijoiden välisissä suhteissa otetaan vakavasti, kuten tietoturvallisuuden osalta tulisi tehdä. Yksityisten toimijoiden, kuten informaatioinfrastruktuurin ylläpitäjien ja sähköisen viestinnän palvelun tarjoajien, mahdollisuudet puuttua yksilöiden perusoikeuksiin kasvavat verkkoyhteiskunnassa.

Tilanteessa, jossa yksilön ja hänelle palveluja järjestävän tahon välillä on selkeä erivertaisuus ja jossa vahvemman vallan käyttö saattaisi ilman selkeästi asetettuja sääntöjä uhata yksilöiden perusoikeuksien toteutumista, on selkeänä lähtökohtana oltava yksilön perusoikeuksien suojaaminen myös muualta kuin valtiovallan taholta tulevilta loukkauksilta. Yksilö on näihin yksityisiin toimijoihin nähden niin eriarvoisessa asemassa, että hänen oikeutensa tarvitsevat erityistä suojaa – aivan samalla tavalla kuin julkisen vallankin toimia vastaan. Pitäytyminen pelkästään siinä liberaalille oikeusvaltiolle ominaisessa käsityksessä vapausoikeusluonteisista perus- ja ihmisoikeuksista, jonka mukaan näiden oikeuksien ensisijainen vaikutusalue on julkisen vallan ja yksityisen välisessä vertikaalisuhteessa, voisi verkkoyhteiskunnassa osoittautua kohtalokkaaksi yksilön oikeuksien kannalta.¹²

Tämä tulee selkeästi esiin Lex Soneraksi kutsutusta sähköisen viestinnän tietosuojalaista (516/2004).¹³ Laki ja sen taustalla oleva direktii-

¹² Perusoikeutena turvallisuuden itsenäinen merkitys yleisesti ja tietoturvallisuuden merkitys erityisesti tulee esiin nimenomaan horisontaalisuhteissa. Vaikka turvallisuus yksilöllisenä perusoikeutena ei juurikaan omaisi sellaista itsenäistä sisällöllistä merkitystä valtion ja kansalaisten välisessä vertikaalisuhteessa, joita jo itsemääräämisoikeutta monipuolisesti turvaavat oikeudet vapauteen, koskemattomuuteen ja yksityisyyteen eivät kattaisi, on sillä kuitenkin itsenäistä merkitystä korostaessaan nimenomaan julkisen vallan aktiivista toimintavelvoitetta henkilökohtaisen turvallisuuden osalta sekä ulottaessaan turvallisuuden perusoikeutena yksityisten väliin horisontaalisuhteisiin. Julkisen vallan aktiivisen toimintavelvoitteen korostaminen on ollut jo hallituksen perusoikeusesityksen tarkoitus, kuten *Viljanen*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset, s. 165–168, osoittaa.

¹³ Lisänimi tulee tunnistamistietojen käsittelyä koskevien lokitietojen, eli tapahtumatietojen siitä kuka tunnistetietoja on käsitellyt, milloin ja kuinka kauan, tallentamisvelvollisuuden nostamisesta eduskuntalain tasolle Sonerassa ilmenneiden väärinkäytösten myötä. Tapaus ei enää ole mitenkään ainutlaatuinen, kuten jo kohu laittomien toimintamenetelmien käytöstä laite- ja palvelutoimittaja Hewlett-Packardin hallituksen sisäpiirivuotojen tutkimuk-

vi¹⁴ ovat osoituksia julkisen vallan velvollisuuksista huolehtia erilaisten perusoikeuksien toteutumisesta perusinfrastruktuurin sääntelyssä. Lähes jokaiseen lain säännökseen liittyy lähemmässä tarkastelussa merkittäviä perusoikeuskytkentöjä. Lain tavoitteena on sähköisen viestinnän käyttäjien oikeuksien toteutuksen turvaaminen muualta kuin valtion taholta, siis ennen kaikkea muilta yksilöiltä ja yhteisöiltä tulevia loukkauksia vastaan. Laki keskittyy yksityisten toimijoiden, ennen kaikkea teleyritysten, heiltä viestintäpalveluja tilaavien yhteisöjen ja yksityisten välisten suhteiden sääntelyyn, kun taas viestintämarkkinalaki on leimallisesti alan toimijoiden suhteita järjestävä laki.¹⁵

Positiivisen perusvireen rinnalle tietoturvallisuuden eduskuntalain tasoisessa sääntelyssä on säädösten kasvavan määrän lisäksi noussut huoli sääntelyn laadusta ja hajanaisuudesta. Uhkana ovat jo osittain näkyvissä olevat tulkintakäytäntöjen hajaantuminen ja alakohtaisten lakien eriytyminen tilanteessa, jossa tietoturvallisuuden ongelmat esiintyvät suhteellisen samanlaisina ja edellyttäisivät varsin samanlaisia sääntelyllisiä ratkaisuja. Nyt kansainvälisestäikin valitulla tietoturvallisuuden alakohtaisella erityissääntelyn linjalla tiukka lakisääteisyys vaatimus yhdistettynä vahvan legalistiseen sääntelykulttuuriimme johtaa helposti varsin yksityiskohtaisiin ja jäykkiin eduskuntalain tasoisiin säännöksiin keskeisesti dynaamisuutta edellyttävän ilmiön sääntelyssä.¹⁶ Sa-

nessa osoittaa. Ks. esimerkiksi uutisointia Tietoviikosta, *Juho Pentikäinen: Syytteet kolahtivat Dunnille ja neljälle muulle*, 5.10.2006, 08:34, osoitteessa <http://www.tietoviikko.fi/> [11.10.2006].

¹⁴ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2002/58/EY, annettu 12 päivänä heinäkuuta 2002, henkilötietojen käsittelystä ja yksityisyyden suojasta sähköisen viestinnän alalla (sähköisen viestinnän tietosuojadirektiivi), Virallinen lehti nro L 201, 31.7.2002, s. 37–47.

¹⁵ Sähköisen viestinnän tietosuojalain rooli yksityisten toimijoiden välisten suhteiden sääntelyssä tulee selkeästi esiin myös perustuslakivaliokunnan lausunnosta PeVL 9/2004 vp (valiokunnan kannanottojen perustelujen yleinen osuus). Olemme analysoineet perusoikeuksien huomioonottamista sähköisen viestinnän tietosuojalain yhteydessä liikenne- ja viestintäministeriölle laatimassamme kansallisen tietoturvallisuusstrategian täytäntöönpanoon liittyvässä raportissa. *Ahti Saarenpää – Rauno Korhonen – Jari Råman: Sähköinen viestintä, tietoturvasuus ja perusoikeudet*, Lapin yliopiston oikeusinformatiikan instituutin raportti liikenne- ja viestintäministeriölle, 2004, julkaistu kansallisen tietoturvallisuusstrategian toimeenpanoa tukevan kansallisen tietoturvasuusasioiden neuvottelukunnan toimintasuunnitelman kohdan 4.1 ”Perusoikeuksien huomioonottaminen” osana. Raporttiin löytyy linkki liikenne- ja viestintäministeriön sivuilta kohdasta Viestintätietoa – Tietoturva ja tietosuojat – Kansallinen tietoturvastrategia.

¹⁶ Sääntelyn kehittämisen kannalta kritiikkiä legalistinen sääntelykulttuurimme ja uuden perustuslain mukanaan tuoma laajentunut lakisääteisyys vaatimus ovat saaneet osakseen erityisesti OECD:n Suomea koskeneessa raportissa, OECD, Government Capacity to As-

malla nykyisen sääntelylinjan ongelmat hajanaisuudesta ja säännösten suuressa määrästä vain kasvaisivat.¹⁷

Huolena on erityisesti yksi demokraattisen oikeusvaltion kulmakivistä – kansalaisten velvollisuus tuntea laki. Sinällään jo huoli tästä idealistisesta oletuksesta, jota uhkaa muutos utopiaksi, on vakava. Viime kädessä kyse on lainkäyttäjän legitimitetistä ja oikeuden uskottavuudesta.

Samalla huolena on aidosti myös sääntelyn vaikuttavuus. Mikäli sääntelyn kohteet eivät tunne lakia, ei lain tavoitteita tulla saavuttamaan.¹⁸ Sääntelyn sirpaloitumisesta johtuen jo soveltuvan lainsäädännön tunnistaminen ja omaan toimintaan kohdistuvien oikeudellisten velvoitteiden löytäminen vaatii ammattitaitoa. Säännösten nopea muutostahti ja yhteneväisyyden puute ei missään nimessä helpota lain asettamia velvoitteita noudattamaan pyrkivien toimintaa.¹⁹ Näin erityisesti siksi, että sääntelyn ensisijainen lukijakunta ja pääasialliset soveltajat – tietoturavastaavat – eivät ole saaneet oikeustieteellistä koulutusta.

Uhkana on samalla myös perusoikeuksien toteutumisen vaarantuminen sirpaloituneen ja tulkinnaltaan hajanaisen lainsäädännön vuoksi. Uhkana on

sure High Quality Regulation in Finland, OECD Reviews of Regulatory Reform, Paris 2003, saatavilla osoitteessa <http://www.oecd.org/> [2.10.2006].

¹⁷ Huoli tietoturvallisuuden sääntelyn hajanaisuudesta ja yhtenäisen linjan puutteesta ei sinällään ole mikään uusi. Pohjoismaisessa oikeusinformatiikan tutkimuksessa hajanaisuuden aiheuttama ongelma on ollut mukana heti alusta alkaen. *Peter Seipel* nosti esiin tietoturvallisuuden sääntelyn hajanaisuuden vuonna 1977 julkaistussa ensimmäisessä oikeusinformatiikan alaan liittyvässä väitöskirjassa *Computing Law: Perspectives on a New Legal Discipline*, LiberFörlag, Stockholm 1977, s. 83–87. Tietoturvallisuuden sääntelyä on jo pitkään tuotettu eri aloilla vailla selkeää yhtenäistä linjaa. Ratkaistavana olevia sääntelyongelmia on perinteisesti tarkasteltu pelkästään kyseisen alan tai käsiteltävän informaation spesifisistä lähtökohdista ja omin käsittein ilman yhteyttä vastaaviin tilanteisiin laajemmin. Tällä hetkellä yritysten ja yhteisöjen oikeudelliset tietoturvallisuusvelvoitteet asetetaan yhä laajenevassa joukossa lähtökohdiltaan ja sisällöltään vaihtelevia alakohtaisia lakeja, alemman astaisia säännöksiä, sekä yksityisoikeuden doktriineja ja oikeustapauksia.

¹⁸ Tämä ei merkitse sitoutumista rationaalisen päätöksenteon malliin. Epätäydellinenkin informaatio saa aikaan vaikutuksia, eivätkä kaikki ole vastaanottavia täydellisellekään informaatiolle. Toisaalta sääntelytieto voi vaikuttaa käyttäytymiseen myös tiedostamatta erilaisten osittain tuntemattomien välittävien mekanismien kautta.

¹⁹ Toimintaympäristön jatkuva kehittyminen saa aikaan toistuvan tarpeen muuttaa jo olemassa olevia säännöksiä. Sähköisen viestinnän tietosuojalaki on yksi ääriesimerkeistä. Se on ollut jatkuvassa muutoksessa vuodesta 1999, kun lain ensimmäinen versio säädettiin. Nykyistä sähköisen viestinnän tietosuojalakia (516/2004) edelsi laki yksityisyyden suojasta televiestinnässä ja teletoiminnan tietoturvasta (565/1999), jota ennätettiin muuttaa kuusi kertaa ennen kumoamistaan nykyisellä lailla vuonna 2004. Nykyistäkin lakia on ennätetty jo muuttaa kaksi kertaa ja uusia muutoksia valmistellaan parasta aikaa.

se, että eduskunta tuottaa niin paljon erisuuntaisia yhteiskuntapoliittista merkitystä omaavia säännöksiä, että tietoturvallisuutta koskeva lainsäädäntö yleensä ei saavuta sille asetettuja yhteiskunnallisia tavoitteita turvallisemmasta informaatioinfrastruktuurista ja luottamuksesta sähköisiin palveluihin ja markkinoihin.²⁰ Kyse ei ole yksittäisen säännöksen tavoitteista, vaan koko tietoturvallisuutta koskevan oikeudellisen sääntelykehiksen tavoitteiden saavuttamatta jäämisestä.

Oikeudellistumisen ongelmat eivät ole uusia verkkoyhteiskunnassa, eivätkä sinällään ratkaisuehdotuksetkaan. Samat teemat ovat olleet esillä jo 1980-luvulta alkaneessa sääntelyn vähentämiseen pyrkivien hankkeiden aalloissa.²¹ Tässä yhteydessä on kuitenkin syytä tarkastella tietoturvallisuuden sääntelyn kehityksen kannalta kahden keskeisen ratkaisuehdotuksen, säädösten tulkinnan yhtenäistämisen ja niiden systematisoinnin, haasteiden erityispiirteitä.

OIKEUSTIETEEN ROOLI

Kuten *Kaarlo Tuori* on kriittisen oikeuspositivismin ohjelmassaan oikein korostanut, päävastuu oikeuden sisäisen rationaalisuuden vaalimisesta on lainkäytössä ja oikeustieteessä, ei lainsäätämismenettelyssä. Lainsäätäminen poliittis-oikeudellisena käytäntönä tuottaa yksittäisiä säädöksiä, jotka on vielä tulkittava ja saatettava toistensa kanssa systemaattisiin yhteyksiin, ennen kuin oikeus voi toteuttaa yhteiskunnalliset tehtävänsä. Tulkinnasta ja systematisoinnista vastaavat ensisijaisesti oikeudenkäyttö ja oikeustiede.²²

²⁰ *Ilkka Saraviita* esitti vuonna 2000 huolensa eduskuntakäsittelyn jäämisestä pelkäksi muodollisuudeksi, mikäli asetuksenantovallan rajaukset lisäävät merkittävästi eduskunnan työmäärää ja tuovat eduskuntaan runsaasti sellaista tekniluonteista lainsäädäntöä, jolle ei ole yhteiskuntapoliittista merkitystä (Perustuslaki 2000: Kommentaariteos uudesta valtiosäännöstä Suomelle, Helsinki 2000, s. 386). Eduskunnan työmäärä myös tietoturvallisuutta koskevan lainsäädännön käsittelyssä on selkeästi noussut, mutta muodollisuudeksi eduskuntakäsittely ei ole jäänyt. Yksityiskohtaisesta lainsäädännöstä huolimatta tietoturvallisuuden sääntely on koskenut merkittäviä perusoikeuksiin liittyviä yhteiskuntapoliittisia kysymyksiä.

²¹ Lainsäädäntötutkimuksessa *Jyrki Tala* arvioi eri oikeussääntelyn määrän vähentämishankkeita muun muassa tutkimusraportissaan 1990-luvun lopulta, Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 163, Helsinki 1999, s. 45–68.

²² *Kaarlo Tuori*: Kriittinen oikeuspositivismi, Helsinki 2000, s. 153–154. *Weberiltä* lainaamalla sisäisen rationaalisuuden käsitteellä *Tuori* viittaa lainsäädännön loogiseen konsistenssiin ja oikeusjärjestyksen sisäiseen koherenssiin. *Ibid.* s. 151–152.

Tietoturvallisuuden osalta tuomioistuinten mahdollisuudet tulkintakäytäntöjen yhtenäistämiseen ovat rajalliset. Tietoturvallisuutta koskevia juttuja edelleen harvoin viedään tuomioistuimeen ja silloinkin tietoturva-alan tuntemus riippuu pitkälti todistajina kuultavien asiantuntijoiden lausunnoista. Tietotekniikkarikostapausten käsittely on sinällään poikkeus ja tulkintoja on yhtenäistetty aina korkeinta oikeuttamme myöten.²³

Lähtökohtaisesti niin tietoturvalainsäädännön tulkitsijoina kuin oikeustapausten antamien oikeusohjeiden lukijoina ovat kuitenkin oikeustieteellistä koulutusta vailla olevat tietoturvan ammattilaiset. Tuomioistuimen vahvistama oikeussäännön tavoitettavuus ja ymmärtäminen ovat tällöin pitkälti median varassa. Tietoturvallisuuteen liittyvät jutut saavat yleensä merkittävästi julkisuutta. Median kautta välittyvä viesti kuitenkin helposti vääristyy.

Yksi yhä enenevässä määrin käytetty ratkaisukeino on oikeuden ammattilaisten roolin kasvattaminen tietoturvallisuudesta huolehtimisessa ja laajemmin tietoon kohdistuvien riskien hallinnassa. Tarve eri ammattiryhmien välisen keskustelun lisäämiselle on ilmeinen. Tällöin tietoturvan ammattilaisten tarve osata löytää, tunnistaa ja tulkita soveltuva laki tai muuten asetettu oikeussääntö vähenee. Riittää, että heillä on kyky tunnistaa mahdolliset oikeudellisia ongelmia nostattavat tilanteet ja kääntyä oikeuden ammattilaisen puoleen riittävän aikaisin. Juristit on koulutettu tuomaan yksittäiset pykälät yhteyksiin toisten kanssa ja katsomaan sääntelyn kokonaiskuva.

Tämä asettaa vahvoja odotuksia juristien uudenaikaiselle, ennakoivammalle ammattitaidolle. Vaikka yksittäistenkin vastuuriskien oikeudellisesti keskeinen hallinta on tullut yhä vaikeammaksi, mistä selkeänä esimerkkinä ovat tietotekniikkasopimuksissa varsin laajasti käytetyt vastuuvapauslausekkeet ja niiden oikeudellisen sitovuuden ongelmat, on juristin pystyttävä samalla keskittymään riskienhallinnan kokonaiskuvaan ja tarkasteltava sitä myös liiketoiminnan näkökulmasta. Muuten riskienhallinnasta uhkaa tulla liian defensiivistä.

Erityisenä ongelmana tälle lähestymistavalle ovat asenteet. Juristien on edelleen vaikea asennoitua muuttuvaan rooliinsa riskienhallinnoijina riitojen ratkaisun sijaan.²⁴ Eikä oikeudellisen asiantuntemuksen tarvetta palve-

²³ Erityisesti on mainittava maksuvälinepetoksen tunnusmerkistön täyttymistä koskeva tapaus KKO 1999:110 sekä tietomurron yritystä koskenut porttiskannaus tapaus KKO 2003:36. Molemmissa tietoturvallisuuden rooli infrastruktuurin suojaamisessa oli korostuneesti esillä.

²⁴ Kyse on niin taloudellisista, työnjaollisista kuin psykologisistakin esteistä, kuten *Peter Wahlgren* kuvaa riskianalyysiä osana juristin perusmetodia tarkastelevassa teoksessaan *Juridisk riskanalys: Mot en säkrare juridisk metod*, Stockholm 2003, s. 139–141.

lujen ja tuotteiden kehityksessä ole vielä kukaan helppoa perustella. Hidasteina ovat myös tietoturvan ja oikeuden ammattilaisten mahdollisuudet tunnistaa tietoturvaan liittyvät oikeudelliset ongelmat. Jo pelkkä oikeudellisten velvoitteiden kartoittaminen on hankalaa.

Juristien perusmetodin soveltaminen, *yleisten oppien* hyödyntäminen oikeudellisen ongelman paikantamisessa, on tässä mielessä toimivampi ratkaisu. Niiden avulla laajan sääntelyinformaation hallinta helpottuisi merkittävästi ja tietoturvallisuus oikeusperiaatteena olisi selkeämmin hahmotettavissa. Osaltaan se vaikuttaisi sääntelyn tulkintojen yhdenmukaistamiseen ja voisi edistää yhdenmukaisten sääntelyratkaisujen kehittämistä. Vähintäänkin se toisi tietoturvallisuuden sääntelyn asiantuntemuksen lähemmäksi niitä lainsäätämismenettelyyn kuuluvia käytäntöjä, jotka pyrkivät varmistamaan uuden lainsäädännön sisäisen rationaalisuuden.²⁵ Selkeästi muotoillut tietoturvallisuuden yleiset oikeudelliset opit olisi myös suhteellisen helppo sisällyttää niin tietotekniikan ja tietojenkäsittelyn kuin oikeustieteenkin opetusohjelmiin.

Oikeustiede on monessa maassa jo reilut kymmenen vuotta pyrkinyt hahmottamaan tietoturvallisuuden yleisiä oppeja.²⁶ Ne eivät kuitenkaan ole vielä saaneet selkeää muotoilua ja sellaista asemaa, jonka keskeinen verkkoyhteiskunnan toimintaa koskevan ilmiön sääntely ansaitsisi. Näin siitä huolimatta, että tietoturvallisuus oikeusperiaatteena on noussut vahvasti esiin myös kansainvälisesti. Nykymuodossaan yleiset opit eivät tuo vaadittavaa systemaattisuutta tulkintojen yhtenäistämiseksi ja oikeusjärjestyksen koherenssin saavuttamiseksi. Tämä periaatteiden ja sääntelyllisten lähtökohtien jäsentymättömyys osaltaan myös selittää tietoturvallisuuden sääntelyn pirstaleisuutta.

Suomessa yleisten oppien selkeämmässä hahmottamisessa ja esiintuonnissa on viime aikoina kuitenkin otettu askelia oikeaan suuntaan. Tietotur-

²⁵ Tällaista tehtävää toteuttavat esimerkiksi ministeriöiden lainvalmistelun vahvasti edustettuina olevat oikeuden ammattilaiset, oikeusministeriön lainvalmisteluosasto, oikeuskanslerinvirasto vartioidessaan ministeriöiden lainvalmistelun ja hallituksen lakiesitysten oikeudellista moitteettomuutta sekä eduskunnan perustuslakivaliokunta oikeudellisine asiantuntijoineen. *Tuori*: Kriittinen oikeuspositivismi, s. 153.

²⁶ Tuoreimmat oikeustieteen pohjoismaiset pyrkimykset tietoturvallisuuden lainsäädännön edes osittain kattavaan analyysiin on tehty Norjassa. Katso erityisesti *Are Vegard Haug*: Rettslige reguleringer av informasjonssikkerhet, CompLex 2/06, Institutt for rettsinformatick – Unipub, sekä artikkelikokoelma *Arild Jansen – Dag Wiese Scharthum* (red.): Informasjonssikkerhet: Rettslige krav til sikker bruk av IKT, Bergen 2005.

vallisuuden perusoikeuslähtöisyydestä ja tietoturvallisuuden perusoikeuskäytäntöjen ymmärtämisestä on enää lyhyt matka tietoturvallisuuden yleisten oppien selkeään hahmottamiseen. Perusoikeudet osoittavat varsin yksinkertaisella tavalla tietoturvallisuuden sääntelyn peruslähtökohdat. Kehitystä on viime aikoina tapahtunut erityisesti yksittäisten lainsäädäntöhankkeiden valmistelun yhteydessä suoritettujen perusoikeusanalyysien kautta. Tässä yksittäisten ministeriöiden hankkeilla on ollut keskeinen rooli.²⁷

Yleisten oppien kehittyminen vaatii kuitenkin oikeustieteen entistä syvempää mukaantuloa. Tietoturvallisuuden yleisten oppien kehittämisessä on vielä paljon haastetta oikeustieteelle. Lyhyellä tähtäimellä oikeustieteen mahdollisuus vaikuttaa sääntelyn kehitykseen on vähäinen. Pidemmälläkin tähtäimellä edellytyksenä on niiden opetuksen sisällyttäminen tietoturvan ammattilaisten seuraavan sukupolven opetukseen ja nykyisen koulutukseen.

YLEISLAIN SÄÄTÄMINEN KEINONA VÄHENTÄÄ ONGELMIA

Kuten *Kaarlo Tuori* on osuvasti huomauttanut, oikeusjärjestyksen sisäisen rationaalisuuden kannalta lainsäätäminen on usein pikemminkin epäjärjestystä kuin järjestystä tuottava tekijä; oikeuden koherenssia ylläpitävät muut oikeudelliset käytännöt.²⁸ Yleislakien säätäminen, kodifiointi ja sääntelyn yksinkertaistaminen ovat tästä harvinainen poikkeus lainsäätämismenettelyssä. Niiden avulla oikeudellisen sääntelyn selkeyttä, ymmärrettävyyttä ja käyttökelpoisuutta voidaan parantaa lainsäätäjän toimesta.

Tietoturvallisuuden oikeudellisten periaatteiden esiintuonti henkilötietojen käsittelyn sääntelyn tehokkaaksi osoittamalla yleislakia hyödyntävällä

²⁷ Liikenne- ja viestintäministeriöllä ja erityisesti sähköisen viestinnän tietosuojalain valmistelulla muutoksineen on ollut tässä merkittävä rooli – niin positiivisessa kuin negatiivisessakin mielessä. Kuten jo yllä on huomautettu, niin hallituksen esityksessä 125/2003 vp kuin siihen liittyvässä perustuslakivaliokunnan lausunnossa PeVL 9/2004 vp, tietoturvallisuutta osana perusoikeuksia on tarkasteltu suhteellisen laajasti. Ministeriö on myös tilannut perusoikeuksien huomioonottamista tietoturvallisuuteen liittyvän sääntelyn valmistelussa tarkastelevia selvityksiä, jotka on julkaistu kansallisen tietoturvallisuusstrategian toimeenpanoa tukevan kansallisen tietoturvallisuusasioiden neuvottelukunnan toimintasuunnitelman kohdan 4.1 ”Perusoikeuksien huomioonottaminen” osana. Raportteihin löytyy linkki liikenne- ja viestintäministeriön sivuilta kohdasta Viestintätietoa – Tietoturva ja tietosuoja – Kansallinen tietoturvastrategia.

²⁸ *Kaarlo Tuori*: Kriittinen oikeuspositivismi, Helsinki 2000, s. 154.

tavalla voisi paremmin tuoda selkeyttä ja yhteneväisyyttä alan sääntelyyn. Samalla yleislaki osoittaisi tietoturvallisuuden yhteiskunnallisen merkityksen ja vakiinnuttaisi sen järjestämisen perusteet, loisi yhteisen sääntely- ja tulkintapohjan josta poikkeaminen erityislaeissa vaatisi perusteluja, sekä yhdistäisi julkisen ja yksityisen sektorin tietoturvan tasoa. Tietoturvallisuuden periaatteellisen merkityksen osoittaminen, perusoikeuskytkentöjen sekä tietoturvallisuuden selkeiden lähtökohtien ja yleisten periaatteiden esiintuominen yleislaissa voisi luoda tietoturvallisuuden sääntelylle kestävän pohjan.

1990-luvulla Pohjoismaissa tehtiin useampia ehdotuksia tietoturvallisuuden yleislaeiksi, mutta ne ovat johtaneet vain osittaisiin sääntelyllisiin ratkaisuihin.²⁹ Niin yksityiseen kuin julkiseen sektoriinkin soveltuvia yleislaakeja ei tiedossani ole kansainvälisestikään. Uudella vuosituohannella suuren suosion saavuttaneet kansalliset tietoturvallisuuden strategialinjaukset erityisesti Pohjoismaissa ovat jälleen ottaneet sääntelyn kehittämisen vakavasti. Poliittikkalinjauksissa sääntelyn ongelmat tunnustetaan ja tarve yhdenmukaistamiselle nostetaan esiin.³⁰

Ruotsin hallitus esityksessään yhteiskunnan turvallisuudesta ja valmiudesta ilmoitti vuonna 2001 aikomuksestaan toteuttaa tietoturvallisuusasioita koskevien säännösten uudelleentarkastuksen (*genomföra en översyn*).³¹ Ruotsin puolustusministeriön asettama selvitysmies tuo vuonna 2005 laaditussa ehdotuksessaan tietoturvallisuuspolitiikaksi kuitenkin esille, että säädösten laajamittaista uudelleenarviointia ei ole edes aloitettu. Kehitystyö on kohdistunut vain tiettyjä aloja koskeviin lainsäädännöllisiin muu-

²⁹ Norjassa yleistä tietoturvallisuuslakia esitettiin jo 1990-luvun alussa. Ehdotus ei kuitenkaan mennyt läpi. Syistä ja seurauksista ks. *Saarenpää – Pöysti: Tietoturvallisuus ja laki*, otsikko 11.8. s. 407–417 ja siinä esitetyt viitteet. Pohjoismaisia 1980- ja 1990-luvun alun lainsäädäntöaloitteita arvioidaan myös Pohjoismaiden ministerineuvoston raportissa *Information Security in Nordic Countries, Nordiske Seminar- og Arbejdsrapporter 1993:613*, Nordic Council of Ministers. Yleislain säätämistarve oli yksi keskeisistä ehdotuksista Oikeusinformatiikan instituutin valtiovarainministeriölle tekemässä selvityksessä tietoturvallisuuden sääntelystä vuonna 1997 (*Saarenpää – Pöysti: Tietoturvallisuus ja laki*). Ajatus on sittemmin ollut toistuvasti alan tutkimuksessa esillä.

³⁰ Lainsäädäntötutkimuksessa on korostettu että sääntelyn yksinkertaistamisen ja kodifioinnin tarvetta ja hyödyllisyyttä painotetaan usein erityisesti oikeusjärjestyksen ei-ammattimaisten käyttäjien kannalta. Näin esimerkiksi *Tala: Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot*, s. 58. Ehkä juuri tästä syystä yleislain tarve ja sääntelyn yhtenäisyyden kehittäminen tulevat kirjatuksi strategialinjauksiin.

³¹ Regeringens propositionen av Samhällets säkerhet och beredskap, prop. 2001/02:158, otsikko 17.1. alaotsikko ”Författningsfrågor”, s. 106.

toksiin.³² Ehdotuksessa nostetaan esille tarve luoda yhdenmukainen ja kattava sääntelykehikko tietoturvallisuudelle, mutta sen mahdollinen toteuttaminen jätetään myöhemmin analysoitavaksi. Ehdotukset keskittyvät nykyisen tietoturvallisuuden sääntelykehikon ongelmien korjaamiseen ja olemassa olevien säännösten tulkinnan laventamiseen.³³

Norjan vuonna 2003 laadittu ja elinkaarensa loppuvaiheissa oleva lähinnä julkiseen sektoriin kohdistuva kansallinen tietoturvallisuusstrategia huomioi myös sääntelyn kehittämisen tarpeen. Strategia korostaa tietoturvallisuutta koskevan sääntelyn yhdenmukaista ylläpitoa ja kehittämistä, sen täytäntöönpanon kehittämistä sekä paremman perustan luomista sääntelyn kehittämiseksi ja yksinkertaistamiseksi. Strategia nostaa esille myös tarpeen tehdä tietoturvallisuussääntelyn kartoitus.³⁴ Norjan hallituksen asettaman komitea jatkaa vuonna 2006 oikeusministeriölle jättämässä mietinnössä tätä työtä ja ehdottaa sektorikohtaisia säädösmuutoksia kriittistä infrastruktuuria koskeviin säännöksiin. Samalla se myös nostaa esille tarpeen tarkemmin arvioida lainsäädäntö muutosten tarvetta.³⁵

Suomessa on Ahti Saarenpään johdolla pidetty yleislain tarvetta oikeusinformatiikan tutkimuksessa toistuvasti esillä vuoden 1997 selvityksen jälkeen. Poliitiikan tasolla tietoturvallisuuteen liittyvän sääntelyn yleinen kehittämisen tarve on nostettu valtioneuvoston toimesta esille liikenne- ja viestintäministeriön asettaman tietoturvallisuusasioiden neuvottelukunnan työn pohjalta tehdyssä periaatepäätöksessä kansallisesta tietoturvallisuusstrategiasta. Perusoikeuksien huomioon ottaminen ja lainsäädännön vaikutusarvioinnit

³² Säker information. Förslag till informationssäkerhetspolitik, Delbetänkande av InfoSäkutredningen, Stockholm 2005, SOU 2005:42, s. 22. Ehdotuksessa korostetaan myös, että valtio ei ole riittävässä määrin kehittänyt käytettävissä olevia varsin monipuolisia tietoturvallisuuden sääntelykeinoja. Vuonna 2002 asetetun selvitysmiehen toimeksiantoon, joka sai nimekseen InfoSäkutredningen, kuuluu mm. tehdä ehdotus kansallisen tietoturvallisuusstrategian luomisesta, hahmottaa Ruotsin osallistumista kansainväliseen tietoturvatyöhön sekä hahmottaa OECD:n suositusten toteuttamista kansallisesti.

³³ Selvityksessä korostetaan että yhdenmukaisen ja kattavan lainsäädäntökehikon tarve täytyy analysoida erikseen. Selvitysmiehellä ei mahdollisuutta tarvittavan kattavaan ja syväluotaavaan analyysiin. SOU 2005:42, s. 22–23.

³⁴ e-norge: Nasjonal strategi for informasjonssikkerhet. Utfordringer, prioriteringer og tiltak, Forsvarsdepartement, Nærings- og handelsdepartementet, Justis- og politidepartementet, juni 2003, s. 20. Vaikka sääntelyn yhdenmukaistamisen tarve on nostettu erityisen huomion kohteeksi, strategiassa sääntelyä lähdetään kehittämään kuitenkin edelleen alakohtaisesti.

³⁵ Når sikkerheten er viktigst. Beskyttelse av landets kritiske infrastruktur og kritiske samfunnsfunksjoner, Norges offentlige utredninger NOU 2006:6, Oslo 2006, s. 63–68 ja 252.

olivat strategian keskeisiä kohtia.³⁶ Valitettavasti varsinaiset toimenpiteet ovat jääneet vähemmälle ja sulautuneet osaksi muita strategian toteuttamiseen pyrkiviä hankkeita tavalla, joka ei ole omiaan edistämään sääntelyn yleistä kehitystä³⁷. Tulokset uhkaavat jäädä selvitysten tasolle.

Myös valtionhallinnon tietoturvallisuuden kehitysohjelman yhteydessä on tuotu esiin pyrkimys selvittää tarpeet ja keinot valtionhallintoa koskevan sitovan tietoturvaohjauksen tiivistämiseen. Osana selvitystä oli tarkoitus käsitellä valtionhallinnon yleisen tietoturvalain säätämisen tarve.³⁸ Tuore hallituksen tietoyhteiskuntastrategia vuosille 2007–2015 korostaa myös tietoturvaan liittyvän lainsäädännön ja vastuusuhteiden selkeyttä osana pyrkimystä kasvattaa luottamusta henkilötietojen suojassa pysymiseen.³⁹

³⁶ Yhtenä tavoitteena valtioneuvoston periaatepäätöksessä kansallisesta tietoturvallisuusstrategiasta 4.9.2003 oli edistää kansallista kilpailukykyä ja suomalaisten tieto- ja viestintäalan yritysten toimintamahdollisuuksia. Tähän pyrittiin mm. sillä, että eri ministeriöt arvioisivat säännöllisesti tietoturvallisuuteen ja tietoyhteiskuntaan liittyvän lainsäädännön ja kansainvälisten sopimusten vaikutuksia viestintäpalvelujen, verkkopankkipalvelujen, sähköisten tunnistamispalvelujen, sähköisen kaupankäynnin ja hallinnon sähköisten asiointipalveluiden kehittämisen ja käytön kannalta sekä tekisivät tarpeen mukaan toimenpide-ehdotuksia. Myös tavoite perusoikeuksien toteutumisen turvaamisesta liittyi oleellisesti lainsäädännön kehittämisen. Periaatepäätöksen mukaan kaikkien viranomaisten tulisi huolehtia siitä, että sananvapaus, viestinnän luottamuksellisuus, yksityisyyden suoja ja muut perusoikeudet huomioidaan tietoyhteiskunnan palveluita, sähköistä viestintää ja tietoturvallisuutta käsittelevissä säännöksissä, viranomaisohjeissa ja standardeissa sekä viranomaisten sähköisissä asiointipalveluissa.

³⁷ Ks. tietoturvallisuusstrategian 14.12.2004 ja 13.12.2005 päivätyt seurantaraportit. Kansallisen tietoturvallisuusasioiden neuvottelukunnan sihteeristö: Tietoturvalliseen tietoyhteiskuntaan: Kansallisen tietoturvallisuusasioiden neuvottelukunnan kertomus valtioneuvostolle 14.12.2004, Liikenne- ja viestintäministeriö, Ohjelmia ja strategioita 1/2004, s. 9, saatavilla osoitteessa <http://www.mintc.fi/> [27.9.2006] sekä Kansallisen tietoturvallisuusasioiden neuvottelukunnan sihteeristö: Tietoturvalliseen tietoyhteiskuntaan: Kansallisen tietoturvallisuusasioiden neuvottelukunnan kertomus valtioneuvostolle 13.12.2005, Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 93/2005, s. 8 ja 39–41, saatavilla osoitteessa <http://www.mintc.fi/> [27.9.2006].

³⁸ Valtiovarainministeriön alaisen Valtionhallinnon tietoturvallisuuden johtoryhmän (VAHTI) vastuulla oleva valtionhallinnon tietoturvallisuuden kehitysohjelma pyrkii osaltaan konkretisoimaan kansallista tietoturvastrategiaa sekä edistämään sen toteutumista erityisesti julkishallinnossa. Yksi kehitysohjelman keskeisistä hankkeista on valtionhallinnon tietoturvatyön yleinen tukeminen, johon myös sääntelyn kehittäminen liittyy. Valtionhallinnon tietoturvallisuuden kehitysohjelma 2004–2006, Valtionhallinnon tietoturvallisuuden johtoryhmä VAHTI 1/2004, Valtiovarainministeriö, hallinnon kehittämisosasto, Helsinki 2004, s. 46.

³⁹ Hallituksen tietoyhteiskuntaohjelma, Uudistava, ihmisläheinen ja kilpailukykyinen Suomi: Kansallinen tietoyhteiskuntastrategia 2007–2015, syyskuu 2006, Tietoyhteiskuntaohjelmat, valtioneuvoston kanslia, s. 12, saatavilla osoitteesta <http://www.tietoyhteiskuntaohjelma.fi/> [27.9.2006].

Varsinaiset toimenpiteet jäävät kuitenkin nähtäväksi. En pidä yleislain sääntämisestä mitenkään todennäköisenä. Perusteet ovat samat kuin sääntelyn määrän vähentämistä koskevien hankkeiden yhteydessä.⁴⁰ Yhtenäistettävien säännösten määrä on niin suuri ja monikerroksinen, että jo pelkkä kaiken tietoturvallisuuteen liittyvän lainsäädännön hahmottaminen kansallisesti on vaikeaa. Lainvalmistelussa vaadittava työmäärä on huomattava. Samalla lainvalmistelijat ovat sidottuja lyhyen ajan suppeisiin säädösmuutoksiin ja erityisesti jo voimassa olevien lakien muutoksiin toimintaympäristön muuttuessa. Niukkoja resursseja ei kovin helposti kohdisteta pitkän linjan hankkeisiin, joissa yhtenäistettävien intressien määrä on suuri ja onnistuminen epävarmaa.⁴¹

Yhden niin julkiseen kuin yksityiseenkin sektoriin kohdistuvan yleislain säätäminen ei kuitenkaan ole ainoa keino selkeyttää sääntelyä ja saavuttaa yhtenäisyyttä. Tuloksia on jo saavutettu kokoamalla yhteen tietoturvallisuuden sääntelyä henkilötietoja käsiteltäessä, sähköisen viestinnän yksityisyyden suojan osalta, sekä viranomaistoiminnan julkisuuden ja sähköisen asioinnin järjestämisessä.⁴²

Kansainvälisestikin on nähtävissä, että sähköistä hallintoa ja hallinnon julkisuutta sekä henkilötietoja koskevat säännökset ovat kehittyvässä suuntaan, jossa ne osoittavat tietoturvallisuuden peruslähtökohdat ja toimivat näin osaltaan tietoturvallisuuden yleislakeina.⁴³ Euroopan ulkopuolella tätä kehityslinjaa edustavat muun muassa Yhdysvaltain tietoturvallisuuden hallintaa liittovaltiotasolla koskeva laki vuodelta 2002 (Federal Information Security Management Act of 2002, ”FISMA”).⁴⁴

Sektorikohtaiset yleislait eivät kuitenkaan, kuten ei edes yhden niin julkiseen kuin yksityiseenkin sektoriin kohdistuvan yleislain säätäminenäkään,

⁴⁰ Ks. *Tala*: Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot, s. 60.

⁴¹ Selitys liittyy *Tuomas Pöystin* kehittämään realistiseen teoriaan oikeuden niukkuudesta johon ajatus lainsäädäntövallan rajallisuudesta kytkeytyy. Katso esim. *Pöysti*: Communicational Quality of Law – a Legal Informatics Perspective, s. 471–479, i Cecilia Magnusson Sjöberg och Peter Wahlgren (red.): Festskrift till Peter Seipel, Stockholm 2006, s. 463–495.

⁴² Kehitys on linjassa lainsäädäntötutkimuksessa laajemminkin tehdyn huomion kanssa siitä, että eniten tuloksia sääntelyn eriytymisen ja sirpaloitumisesta johtuvien haittojen vähentämisessä on saavutettu kokoamalla yhteen samaa asiaa tai aihetta koskevaa sääntelyä lakiuudistuksen yhteydessä. Huomion tekee muun muassa *Tala*: Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot, s. 59.

⁴³ Tämän kehityslinjan on tuonut esiin myös *Tuomas Pöysti* systematisoidessaan keskeisiä eurooppalaisia tietoturvallisuussäännöksiä artikkelissaan ICT and Legal Principles, s. 598.

⁴⁴ FISMA on osa yleistä sähköisen hallinnon lakia (E-Government Act of 2002, Public Law No. 107-347).

sinällään ole tae yhtenäisyyden saavuttamiselle ja säilymiselle. Erityislakien säätäminen tiettyjen alojen intressejä varten voi eriyttää sääntelyä ja hajaanuttaa tulkintoja yleislaista huolimatta. Henkilötietojen kasvava sääntely henkilötietolain tosiasiallista merkitystä henkilötietojen käsittelyn yleislakina hämärtävien erityislakien kautta on tästä selkeä osoitus.⁴⁵

LAINSÄÄDÄNNÖN LAADUN KEHITTÄMINEN

Tiukan lakisääteisyyden aiheuttamien ongelmien pienentäminen yleislain säätämisen ja oikeustieteen kehittymisen kautta tulee olemaan pitkälinen prosessi. Mikäli tietoturvallisuuden politiikkalinjauksissa esitetty sääntelyn kehittäminen ja yhdenmukaistaminen aiotaan saavuttaa lyhyemmällä tähtäimellä, on julkisen vallan syytä lähteä kehittämään ratkaisukeinoja hieman vaatimattommasta lähtökohdasta.

Yleislain säätäminen ei ole lainsäätäjän ainoa, eikä edes ensisijainen keino koherenssin aikaansaamiseksi. Kuten yllä on jo huomautettukin, lainsäätämismenettelyyn kuuluu käytäntöjä, jotka pyrkivät varmistamaan uuden lainsäädännön sisäisen rationaalisuuden. Tietoturvallisuuden sääntelyssäkin näiden rooli on ollut merkittävä. Sähköisen viestinnän tietosuojalain valmistelun yhteydessä tehdyt laajat perusoikeusanalyysit ovat tästä selkeä esimerkki.

Näiden oikeudellisten käytäntöjen merkitys sääntelyn laadun parantamisessa on sinällään varsin vakiintunut. Keskeisiä tietoturvaluuteen liittyviä kehitystarpeita ei ole nähtävissä. En mene näiden oikeudellisten käytäntöjen käsittelyssä tämän pidemmälle. Lainsäädännön laadun parantamisessa pyrkimyksenä onkin yleensä ollut kehittää käytäntöjä näiden toimijoiden työn tueksi.

OECD pitää jäsenmailtaan kokoamiensa lainsäädännön laadun parantamiseen pyrkivien hankkeiden kokemusten kautta välttämättöminä toimenpiteinä ainakin sääntelyn vaikutusten arvioinnin kehittämistä, julkisen konsultaation edistämistä ja lainsäädäntömenettelyn julkisuutta, sekä sääntelyn

⁴⁵ Siinä missä tietoturvallisuudessa lainsäädännön sirpaloituminen on tapahtunut yleislain puuttuessa, on henkilötietojen suojan osalta kehitys kulkenut henkilötietolain tosiasiallista merkitystä henkilötietojen käsittelyn yleislakina hämärtävien erityislakien kautta. Tätä henkilötietojen sääntelyn kehitystä on *Ahti Saarenpää* kuvannut useaan otteeseen (esim. Verkkoyleiskunnan oikeutta – johdatusta aiheeseen, s. 9; E-government and Good Government, s. 249).

vaihtoehtojen harkintaa.⁴⁶ Monia ratkaisuehdotuksia on tehty myös pohjoismaisessa oikeusinformatiikan tutkimuksessa. Erityisesti on keskitytty lainsäädännön kommunikatiivisen puolen kehittämiseen ja uusien lähestymistapojen löytämiseen.⁴⁷ Näiden käyttöönotto ja kehittäminen jatkuu.

Tässä yhteydessä on syytä nostaa esille yksi keskeinen suomalaisissa lainvalmistelun laadun parantamiseen pyrkivissä hankkeissa esiin noussut ajatus, jolla tietoturvallisuuden sääntelyn laatua voitaisiin kattavasti parantaa ja yhdenmukaistaa. Kyse on *vaikutusten arvioinnin* kehittämisestä.

Vuonna 2004 uusittuihin hallituksen esitysten laatimisohejeisiin (HELO) kirjattiin edellytys siitä, että esityksen vaikutukset tietoyhteiskuntaan, sen kehittämiseen sekä *tietoturvaan* on selostettava osana vaikutusten arviointia.⁴⁸ Ajatus on hieno. Tietoturvallisuus ei ole vain muutaman oikeudenalan kysymys. Tietoturvallisuuden näkökulma läpäisee koko oikeusjärjestyksen ja sisältää lisäksi kirjavan joukon erilaisia lähtökohtia. Tietoturvallisuutta koko yhteiskunnan kattavana politiikkana ei voida kehittää, jos jollakin sääntelyn alalla luodaan negatiivisia kannustimia.

Tietoturvallisuus on, kuten strategioiden ja periaatepäätösten lukuisuus sinällään osoittavat, merkittävä verkkoyhteiskunnan tavoitetilä – julkinen hyvä, jota ilman perusrakenteet sortuvat. Ajatus siitä, että lainsäädännön ja sääntelyn yleensä tulisi edistää tietoturvallisuutta sekä kannustaa sen kehittämiseen tai vähintäänkin pidättäytyä haittaamasta sen kehitystä, on selkeä. Vaikutukset tietoturvallisuuteen tulisikin ottaa huomioon luotaessa uutta sääntelyä kaikilla oikeuden alueilla, eikä vain valmisteltaessa nimenomaan tietoturvallisuuteen liittyvää lainsäädäntöä riippumatta siitä, ovatko mahdolliset vaikutukset sitten välillisiä vai välittömiä.

⁴⁶ OECD on koonnut yhteen ja analysoinut eri maiden kokemuksia näiden menetelmien käytöstä muun muassa julkaisussaan *Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regulatory Governance*, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD, Paris 2002, s. 43–73.

⁴⁷ *Peter Wahlgren*: IT and Legislative Development, in Peter Wahlgren (ed.): *IT Law, Scandinavian studies in law* 47, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm 2004, s. 601–619) kokoa lyhyesti yhteen jo käytettyjä menetelmiä ja alustavasti kartoittaa mahdollisia uusia keinoja, joilla lainsäädäntömenettelyä voitaisiin tukea nopean muutoksen leimaamassa monimutkaisessa teknisessä toimintaympäristössä. *Tuomas Pöysti* kehittää oikeuden viestinnällisen laadun yleisiä edellytyksiä artikkelissaan *Communicational Quality of Law*, s. 463–495.

⁴⁸ Valtioneuvosto, Hallituksen esityksen laatimisohejeet, Oikeusministeriön julkaisuja 2004:4, Helsinki, s. 17, saatavilla osoitteesta <http://www.om.fi/Etusivu/Julkaisut/Julkaisusarjat/Oikeusministerionjulkaisuja/Julkaisujenarkisto/> [11.10.2006].

Tekijänoikeuslainsäädäntö on varoittava esimerkki. Tekijänoikeuden tekni-
nisten suojamenetelmien kiertämisen kiellon, erityisesti niiden valmistami-
sen ja levittämisen kiellon vaikutukset tietoturvallisuuden tutkimukseen ylei-
sesti ja haavoittuvuusanalyysiin erityisesti jäivät laajalti näkemättä säädös-
ten valmistelu vaiheessa. Kokemukset Yhdysvaltojen vastaavista säädöksis-
tä (Digital Millennium Copyright Act, DMCA)⁴⁹ kuitenkin osoittavat, että
säännöksiä on käytetty nimenomaan tietoturvallisuustutkijoiden tutkimus-
tulosten julkaisun estämiseen.⁵⁰ Myös teknisten suojamenetelmien käytön
vaikutukset informaatiohyödykkeiden, kuten ohjelmistojen, laatuun ja käy-
tettävyyteen jäi pitkälti näkemättä.⁵¹ Näin vaikka kyse on keskeisestä kulut-
tajansuojan kysymyksestä. Vaikutukset tietoturvallisuuteen olisi ollut syytä
ottaa vakavammin huomioon jo lainsäädäntöä valmisteltaessa.

Valitettavasti HELO-ohjeisiin kirjattu lausuma tietoturva vaikutusten selos-
tamisesta on jäänyt pitkälti pelkäksi periaatteelliseksi osoitukseksi tietotur-
vallisuuden tärkeydestä. Koko ohjeiden käyttö on jäänyt lainvalmistelussa
vähäiseksi, kuten Valtioneuvoston lainvalmistelun suunnittelun ja johtamisen
kehittämistyöryhmä (lainvalmistelun kansliapäällikköryhmä) on mietinnös-
sään huomauttanut.⁵² Uuteen kansalliseen tietoyhteiskuntastrategiaan on myös
yhdeksi toimenpiteeksi yhteentoimivaa ja esteetöntä tietoyhteiskuntainfra-
struktuuria koskevassa painopistealueessa kirjattu tietoyhteiskuntavaikutus-
ten arvioinnin liittäminen vakiintuneeksi osaksi säädösvalmisteluprosessia.⁵³

⁴⁹ Digital Millennium Copyright Act of 1998, Public Law No. 105-304, 17 U.S.C., Sec.1201.

⁵⁰ Vaikutuksia on kuvannut erityisesti Yhdysvaltalainen voittoa tavoittelematon kansalais-
oikeusjärjestö Electronic Frontier Foundation (EFF) julkaisussaan Unintended Consequences:
Five Years under the DMCA, v. 4, huhtikuu 2006, otsikko ”Chilling Free Expression
and Scientific Research”, osoitteessa <http://www.eff.org/IP/DMCA/> [11.10.2006].

⁵¹ Sony-BMG:n käyttämän CD:n kopionesto-ohjelmien ”rootkit”-haavoittuvuus on näistä vai-
kutuksista kenties paljastavin esimerkki. Ohjelmat muun muassa lähettävät tietoja CD:n kuun-
telusta eteenpäin sekä asentavat ilmoittamattomia ja joissakin tapauksissa piilotettuja tiedostoja
käyttäjänsä koneelle avaten mahdollisuuksia tietomurroille. Tapausta on kuvannut muun muas-
sa EFF verkkosivuillaan osoitteessa <http://www.eff.org/IP/DRM/Sony-BMG/> [11.10.2006].

⁵² Valtioneuvoston lainvalmistelun suunnittelun ja johtamisen kehittämisryhmän mietintö
(Lainvalmistelun kansliapäällikköryhmä), *Tehokkaampaa, suunnitelmallisempaa ja hallitum-
paa lainvalmistelua*, Valtioneuvoston kanslian julkaisusarja 13/2005, s. 211–212, saatavilla
osoitteessa <http://www.vnk.fi/julkaisu/> [11.10.2006]. Vaikutusten arvioinnin pieni rooli lain-
säädännön laadun parantamisessa Suomessa on saanut osakseen kritiikkiä ja kehitysehdo-
tuksia myös OECD maakohtaisissa sääntelyn uudistusta koskevissa raporteissa. OECD:
Government Capacity to Assure High Quality Regulation in Finland, s. 33–37.

⁵³ Hallituksen tietoyhteiskuntaohjelma: Uudistuva, ihmisläheinen ja kilpailukykyinen Suo-
mi, s. 26.

Jo sinällään tämä kertoo jotain HELO-ohjeisiin kirjatun lausuman vähäisestä käytännön merkityksestä. Huolestuttavampaa on se, että vaikutukset tietoturvaan on unohdettu kokonaan.

Hieman toisesta näkökulmasta tietoturvallisuuteen liittyvien vaikutusten arviointeja on ehdottanut valtioneuvosto periaatepäätöksessään kansallisesta tietoturvallisuusstrategiasta, kuten jo yllä on esitetty. Alkuperäisenä tavoitteena oli, että eri ministeriöt arvioisivat säännöllisesti tietoturvallisuuteen ja tietoyhteiskuntaan liittyvän lainsäädännön ja kansainvälisten sopimusten vaikutuksia sähköisten palvelujen kehittämisen ja käytön kannalta sekä tekisivät tarpeen mukaan ehdotuksia toimenpiteistä.

Vaikka lähtökohta oli käänteinen HELO-ohjeissa esitetylle vaatimukselle jokaisen hallituksen esityksen yhteydessä tehtävästä tietoturvallisuuteen kohdistuvien vaikutusten arvioinnista, eli tavoitteena oli arvioida vaikutuksia sähköisten palvelujen kehittämiseen valmisteltaessa tietoturvallisuuteen liittyvää lainsäädäntöä, oli ajatus oikean suuntainen. Valitettavasti varsinaiset toimenpiteet ovat jääneet vähemmälle ja sulautuneet osaksi muita strategian toteuttamiseen pyrkiviä hankkeita tavalla, joka ei ole omiaan edistämään sääntelyn yleistä kehitystä⁵⁴. Tulokset uhkaavat jäädä selvitysten tasolle.

Lisäongelmia tällaiselle kattavalle tietoturvallisuusvaikutusten analyysille lainvalmistelussa muodostuu tietoturvallisuuden asiantuntemuksen saamisesta mukaan lainvalmisteluun. Lainvalmistelijoilta itseltään tällaista on kohtuutonta olettaa. Ulkopuolisten asiantuntijoiden ääni uhkaa jäädä kuulumatta samalla, kun luovutaan perinteisestä komiteakäytännöstä lainvalmistelussa. Siirryttäessä kohden eurooppalaista lobbauksen kautta vaikuttamista ei tietoturvallisuuden asiantuntijoiden ääni välttämättä pääse esiin.⁵⁵ Eritoten näin uhkaa käydä vaikutusten arviointien osalta.

⁵⁴ Ks. yllä viitatu t tietoturvallisuusstrategian 14.12.2004 ja 13.12.2005 päivätyt seurantaraportit. Kansallisen tietoturvallisuusasioiden neuvottelukunnan kertomus valtioneuvostolle 14.12.2004, s. 9, sekä kansallisen tietoturvallisuusasioiden neuvottelukunnan kertomus valtioneuvostolle 13.12.2005, s. 8 ja 39–41.

⁵⁵ Kuten *Pekka Hallberg* (The Rule of Law, Helsinki 2004, s. 286–288) tuo esiin, viitaten *Peter Bouwenin* tutkimuksiin lobbauksen teoreettisesta viitekehyksestä EU:ssa (Corporate lobbying in the European Union: the logic of access, Journal of European Public Policy, 9(3): 365–390, 2002, sekä A Comparative Study of Business Lobbying in the European Parliament, the European Commission and the Council of Ministers, Max-Planck Institut für Gesellschaftsforschung Discussion Paper 02/7, 2002), yksityisen sektorin hallussa oleva asiantuntijatieto on yksi keskeisistä korvaamattomista kauppatavaroista, joilla lobbaajat pääsevät vaikuttamaan päätöksentekoon.

Sinällään paljon käytetyt hallitusten esitysten laajat lausuntokierrokset eivät tuo asiantuntijoita mukaan vaikutusten arviointiin, sillä vaikutusten arviointeja edelleen harvoin lähetetään lausuntokierroksille.⁵⁶ Lisäksi meiltä puuttuvat edelleen aktiiviset ja tarpeeksi vaikutusvaltaiset tietoyhteiskunnan kansalais- ja asiantuntijajärjestöt, jotka kokoaisivat asiantuntijoiden näkemyksiä lainvalmistelun tarpeisiin.

Toivo tietoturvallisuuteen kohdistuvien vaikutusten arvioinnin kehittämisestä HELO-ohjeiden mukaisesti, ja erityisesti tarvittavan asiantuntijatuen järjestämisestä lähitulevaisuudessa, on olemassa. Valtiovarainministeriö ja kauppa- ja teollisuusministeriö ovat parhaillaan selvittämässä vaihtoehtoja säädösten vaikutusarvioinnin asiantuntijatuen järjestämisestä.⁵⁷ Toivottavasti myös tietoturvallisuuden asiantuntemus tulee olemaan mukana valittavassa toimintamallissa. Tilaisuus on liian herkullinen jätettäväksi käyttämättä. Huomioiden erityisesti, että pyrkimyksenä ei ole kehittää pelkästään lainsäädännön vaikutusten analysointia, vaan myös säädöksille vaihtoehtoisten ohjauskeinojen vaikutusten arviointia.

VIELÄ OIKEUSTIETEEN ROOLISTA

Monista lainsäätäjän käytettävissä olevista sääntelyn laadun parantamiseen tähtäävistä käytännöistä huolimatta lainsäädäntömenettelyssä oikeuden sisäinen rationaalisuus on alistettu kohderationaalisuudelle, lainsäädännölle asetettujen tavoitteiden toteutumiselle, jota poliittisen lainsäätäjän tavoiterationaalinen näkökulma korostaa.⁵⁸ Näin erityisesti tietoturvallisuudesta säädettäessä, sillä oikeudenalan kehitys on ollut pitkälti lyhyen aikavälin poliittisten tavoitteiden ajamaa. Tästä syystä muiden oikeuden sisäistä rationaalisuutta ylläpitävien oikeudellisten käytäntöjen, kuten lainkäytön ja oikeustieteen, rooli on korostunut.

Samasta syystä pelkkä lainsäädännön laadun korostaminen ja lainsäätämiskäytäntöjen kehittäminen paremmin oikeuden sisäistä rationaalisuutta huomioon ottavaksi ei ole riittävää. Niin merkittävää kuin lainsäädännön laadun parantaminen ja lainvalmistelun edellytysten kehittäminen onkin,

⁵⁶ OECD nostaa epäkohdan esiin maakohtaisessa sääntelyn uudistusta koskevassa raportissaan. OECD: Government Capacity to Assure High Quality Regulation in Finland, s. 36.

⁵⁷ Valtiovarainministeriön tiedote 94/2006, 15.9.2006, osoitteessa http://www.vm.fi/vm/fi/03_tiedotteet_ja_puheet/ [11.10.2006].

⁵⁸ Tuori: Kriittinen oikeuspositivismi, s. 154.

emme voi tyytyä tietoturvallisuudessa vain niihin. Yleislain vaihtoehto on edelleen syytä pitää esillä ja oikeustieteen on jatkettava tietoturvallisuuden yleisten oppien kehittelyä. Ilman yleisten oppien selkeää muotoilua ei sääntelyn tietoturvallisuuteen kohdistuvien vaikutusten arviointiakaan ole mahdollista suorittaa asianmukaisesti. Mitäpä muuta oikeustieteilijä voi korostaa kuin oikeustieteen merkitystä?

EPILOGI

Tietoturvallisuuden sääntelyn analyysissä ei kuitenkaan ole mahdollista pittyä vain kansallisen lainsäädännön tai sitä alemmanasteisen sääntelyn tarkastelussa. Sääntely on välttämättä kansainvälistä ja näkökulmaa on laajennettava perinteisestä valtiokeskeisestä lähtökohdasta. Tällöin esiin nousee monia vaihtoehtoisia sääntelykeinoja, joiden käyttöönottoa kirjoitetun lain asemaa korostava lakipositivistinen perusasenne rajoittaa.

Vahvan legalistinen sääntelykulttuurimme yhdistettynä oikeudellisen koulutuksen saaneiden vahvaan asemaan lainvalmistelussa, vuoden 2000 perustuslain tiukkaan lakisääteisyysvaatimukseen perusoikeuksista säädetäessä sekä perusoikeuksien horisontaalivaikutusten laajenemiseen, on saanut aikaan selkeiden, yksityiskohtaisten ja täsmällisten eduskuntalakien käytön merkittävän aseman sääntelykulttuurissamme. Tämä on osittain ollut haitaksi vaihtoehtoisten sääntelykeinojen käyttöönotolle ratkaisuna sääntelyn määrän kasvun aiheuttamiin ongelmiin.⁵⁹ Tyydyn tässä vain nostamaan asian esiin. Siihen on syytä palata myöhemmin.

⁵⁹ Oikeudellisen sääntelyn vaihtoehdoilla tarkoitin perinteisestä komenna ja valvo (command and control) -tyyppisestä sääntelystä, jossa eri toimijoita koskevat verraten yksityiskohtaiset, monesti pakottavat säännökset, joihin kohdistuu viranomaisvalvontaa ja joiden noudattamista tehostetaan yleensä negatiivisilla sanktioilla, poikkeavia sääntelymalleja. Eri sääntelymallien jaotteluista lyhyesti, ks. *Jari Råman: Regulating Secure Software Development*, Rovaniemi 2006, s. 167–174. Vaihtoehtoisten sääntelykeinojen kehittämisen kannalta kritiikkiä legalistinen sääntelykulttuurimme ja uuden perustuslain mukanaan tuoma laajentunut lakisääteisyysvaatimus ovat saaneet osakseen erityisesti OECD:n Suomea koskeneessa raportissa *Government Capacity to Assure High Quality Regulation in Finland*, s. 30–32. Kritiikkiä oikeussääntelyn vaihtoehtojen riittämätön käyttö on saanut osakseen myös niin lainsäädäntö tutkimuksessa (*Tala: Oikeussääntelyn määrä ja vaihtoehdot*, s. 103; sekä *sama: Lainsäädännön vaihtoehdot – tarve ja tehtävät*, teoksessa Heidi Lindfors (ed.) *Lainsäädäntöä vai muuta oikeudellista ohjailua*, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 67, Helsinki 2005) kuin politiikankin tutkimuksessa (*Hallberg: The Rule of Law*, s. 279). Muita keskeisiä syitä oikeussääntelyn vaihtoehtojen käytön vähäisyydelle ovat muun muassa puutteet ohjeissa, koulutuksessa ja organisatorisessa tuessa.

Om barns rett til personvern*

INNLEDNING

Professor Ahti Saarenpää har både arbeidet med familie- og arverett og med rettsinformatikk. I sentrum av familien står barnet, og sentralt i rettsinformatikken er spørsmålet om personvern i forbindelse med behandling av personopplysninger. Hva da med barns personvern? Hva slags behov, rett og mulighet har barn til personvern i forbindelse med behandling av personopplysninger? I denne artikkelen vil jeg prøve å kaste lys over deler av denne problemstillingen, primært med utgangspunkt i barns stilling innen norsk rett. Diskusjonen inneholder imidlertid spørsmål med generell relevans for alle land. Jeg prøver først å identifisere noen særlige kjennetegn ved personvernsspørsmål for barn og ungdom. Dernext redegjør jeg i korte trekk for rettstilstanden på området, idet jeg særlig kommer inn på spørsmål som gjelder barn og ungdoms kompetanse til å avgi samtykke til å behandle personopplysninger, og retten til innsyn i opplysninger om barn og ungdom. Av praktiske grunner vil jeg i fortsettelsen bare skrive ”barn” der jeg sikter til hele gruppen av mindreårige, dvs barn og ungdom under 18 år.

Barns krav på personvern er bl.a. fastsatt i FNs barnekonvensjon artikkel 16 (1), der det bl.a. heter at ”No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence.” Konvensjonen gjelder privatliv og familieliv i vid forstand, og jeg legger til grunn at vern av opplysninger om barn (personopplysninger) inngår i det som vernes etter denne bestemmelsen og etter andre sentrale bestemmelser

* Artikkelen er i stor grad basert på kapittel 11 i en utredning som førsteamanuensis Lee A. Bygrave og jeg selv skrev for det norske Justisdepartementet våren 2006 som ledd i evaluering av den norske personopplysningsloven, se Lee A. Bygrave og Dag Wiese Schartum: ”Utredning om behov for endringer i personopplysningsloven”, Justisdepartementets rapportserie 2006 (Heretter: Bygrave og Schartum 2006).

vedrørende ”privacy” i internasjonale menneskerettighetsinstrumenter.¹ Barnekonvensjonen forutsetter dessuten at barn skal kunne opptre som selvstendige mennesker med egne meninger om forhold som angår barnet: ”States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.” (art. 12 (1)) Dette gjelder åpenbart også i saker som gjelder barnets privatliv og personvern. Utgangspunktet er altså både at barn har krav på personvern, og at de har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder ivaretagelsen av personvern vedrørende dem selv.

OVERSIKT OVER MINDREÅRIGES HANDLEEVNE

Etter norsk lov innebærer foreldreansvaret en rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet slik at barnets interesser og behov kan ivaretas.² Barn under 18 år har derfor i utgangspunktet en begrenset selvstendig handleevne. Barnet skal likevel gradvis få en større selvråderett fram mot myndighetsalderen. Det er således i lov fastsatt aldersgrenser som sikrer barn/ungdom rett til å bestemme over seg selv innen bestemte områder/situasjoner, også før fylte 18 år.³ En gjennomgang av de viktigste norske bestemmelsene på området, viser at minst 4 alderstrinn er i bruk:

7 år:

- Barn skal få si sin mening før det tas avgjørelser om personlige forhold.⁴

¹ Dette gjelder særlig Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8 og Konvensjonen om sosiale og politiske rettigheter (SP) artikkel 17. Se Stephen K. Karanja: ”Schengen Information System and Border Control Co-operation: A Transparency and Proportionality Evaluation”, University of Oslo, Faculty of Law, avsnitt 4.5, konkluderer med at personopplysningsvernet uten tvil må ses som del av menneskerettighetene.

² Se barneloven av 8. april 1981 nr. 7, § 30.

³ Dette følger også av FNs barnekonvensjon, der det i artikkel 12 (1) heter: ”States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.”

⁴ Se barneloven § 31 annet ledd.

12 år:

- Det skal legges stor vekt på barns meninger.⁵
- Barn mellom 12 og 16 år har rett til å be om at informasjonen om helseforhold til foreldre blir begrenset, når de anfører grunner som ”bør respekteres”.⁶

15 år:

- Barn kan bestemme i spørsmål om utdanning og melde seg inn og ut av foreninger.⁷
- Barn kan som hovedregel inngå arbeidsavtaler, men disse kan heves av foreldrene⁸.
- Barn kan disponere over egne midler.⁹
- Barn under 16 år har rett til informasjon vedrørende helseforhold sammen med foreldre.¹⁰

16 år:

- Barn kan gi samtykke til helsehjelp.¹¹
- Barn mottar informasjon om helseforhold alene, med mindre informasjonen er nødvendig for å oppfylle foreldreansvaret.¹²

Etter min mening er det minst fem grunner til at spørsmål om personvern for barn og ungdom er særlig utfordrende: For det første er barns avhengighet av foreldre og foreldrenes intime tilknytning til sine barn en åpenbar grunn til at personvernsspørsmålene kommer i en spesiell stilling. For helt små barn er det nettopp et karakteristisk trekk at samlivet med en eller begge foreldre er symbiotisk, og i en helt tidlig fase av livet vil de fleste barn ikke ha privatliv i vanlig forstand. Å vokse fra barn til voksen innebærer å utvikle et eget privatliv, og etablering av privatliv for barnet kan langt på vei ses som en målsetting for oppgaven som forelder.

⁵ Se barneloven § 31 annet ledd.

⁶ Se pasientrettighetsloven av 2. juli 1999 nr. 63, § 3-4 annet ledd.

⁷ Se barneloven § 32.

⁸ Se vergemålsloven av 22. april 1927 nr. 3, § 32 og arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62, § 11-1.

⁹ Se vergemålsloven § 33.

¹⁰ Se pasientrettighetsloven § 3-4 første ledd.

¹¹ Se pasientrettighetsloven § 4-3.

¹² Se pasientrettighetsloven § 3-4.

For det andre er barns personvern spesielt ved at de gradvis skal oppnå selvstendighet og frigjøre seg fra foreldre og andre omsorgspersoner. Slik sett gir de refererte aldersgrensene et falsk bilde; utviklingen mot et selvstendig individ skal snarere skje kontinuerlig enn trinnvis, jf Barnekonvensjonens artikkel 12 (1). Selvstendighet og modenhet har åpenbart betydning for barns behov for privatliv og evne til å bestemme over private forhold. Barn og ungdoms modning skjer imidlertid i et tempo og på måter som er forskjellig mellom individene, og det er derfor ikke mulig å fastslå at barn/ungdom har en bestemt grad av modenhet på bestemte alderstrinn. Likevel er det åpenbare retts tekniske behov for å bruke alder som et kriterium for når ulike former for selvbestemmelse skal inntre.

For det tredje er barn og ungdoms personvern spesielt ved at de kan sies å forholde seg til spørsmål om personvern i to retninger. Dels har de behov for personvern i relasjon til utenforstående personer og institusjoner, for eksempel skole, idrettsforening, tilbydere av netjtjenester mv. Dels har de også behov for personvern i forhold til foreldre og andre personer i familien/husstanden, dvs i forhold til mennesker som de har et privat og personlig forhold til. Det spesielle er dessuten at det ikke sjeldent vil oppstå allianser mellom enkelte eksterne personer og foreldre/familie. For eksempel kan barnehage og skole delvis komme i foreldres sted på måter som gjør at lærerens (mv) relasjon til barnet blir semi- eller kvasi-privat. Enkelte eksterne personer får med andre ord rollen som barnets fortrolige hjelpere. Barn og ungdom vil i mindre grad enn voksne ha kontroll over slike private allianser som direkte berører dem; barnet kan for eksempel ikke selv bestemme at hun skal bytte skole for å komme unna et uønsket personlig forhold til en lærer eller lignende.

For det fjerde kan det hevdes å være en ubalanse mellom barns teknologiske kompetanse og deres samfunnsmessige/sosiale kompetanse. Mange barn vil for eksempel raskt tilegne seg kunnskap om hvorledes Internett kan anvendes, men har typisk samtidig begrenset innsikt i det samfunnet nettet setter dem i kontakt med. Dette kan gjøre barn mer sårbare overfor ulike typer krenkelser og skade som andre kan påføre dem. De innser for eksempel ikke faren for å komme i kontakt med seksuelle overgrepere og de innser ikke økonomiske følger av å benytte tjenester som tilbys over nettet. Barn kan derfor anses å ha et spesielt beskyttelsesbehov i forhold til konsekvenser som kan være knyttet til bruk av Internett, mobiltelefoni mv. Behandling av personopplysninger om barnet er en integrert del av tjenester som kan medføre slike uønskede konsekvenser. Derfor er personopplysningsvern nøye

knyttet til annet vern av barn, for eksempel vern av barnets fysiske integritet og vern av barnet som forbruker.

Det femte og siste generelle poenget er at personvern for barn og ungdom delvis handler om private relasjoner, om ”personvern innen private sfærer”. Dette gir grunn for lovgiver og tilsynsmyndigheter mv å vise betydelig tilbakeholdenhet med å anvende offentlig myndighet. Vern av barns personvern kan således innebære en klar krenkelse av nærstående personers privatliv, og personvernet bør ikke ofres i kampen for personvern.

Alle spørsmål vedrørende personvern for voksne er i utgangspunktet også relevante for barns personvern. I forhold til barns personvern og selvbestemmelsesrett i forhold til foreldre, er det særlig tre spørsmål som er vanskelige:

- Spørsmål om innsamling av opplysninger om barn, herunder spørsmål om samtykke;
- Spørsmål om retting, sletting, supplering og blokkering av opplysninger om barn.
- Spørsmål om innsyn i personopplysninger om barn;

I det følgende skal jeg kort foreta en nærmere drøftelse av først og sist nevnte spørsmål. Spørsmålene ligger alle innen den delen av personvernet som vi kan definere som ”personopplysningsretten”, dvs spørsmål vedrørende ”data protection” og ikke spørsmål vedrørende privatliv i mer tradisjonell forstand.¹³ For EU-/EØS-land innebærer det at spørsmålene i utgangspunktet faller inn under personverndirektivet (rådsdirektiv 95/46/EF).

BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER OM BARN I HENHOLD TIL PERSONVERNDIREKTIVET

Personverndirektivet skiller ikke mellom opplysninger som kan knyttes til barn og opplysninger som kan knyttes til andre (voksne) personer. Innenfor rammene av direktivet står derfor nasjonale lovgivere og tilsynsmyndigheter forholdsvis fritt til å tilpasse den rettslige reguleringen til mindreåriges spesielle behov.

¹³ Se Dag Wiese Schartum – Lee A. Bygrave: Personvern i informasjonssamfunnet, Fagbokforlaget 2004, s. 24–27 for nærmere gjennomgang av forholdet mellom personvern i sin alminnelighet (jf ”privacy”) og personopplysningsvern, jf ”data protection”.

I september 2006 forelå det ingen rekommendasjon eller annet policy-dokument fra artikkel 29 arbeidsgruppen som spesielt tar opp personvern for mindreårige. EU-kommisjonens enhet med direkte ansvar for personopplysningsvern og oppfølging av direktivet har heller ikke utarbeidet særskilt politikk på området. Kommisjonen har imidlertid gitt støtte til initiativer med formål å beskytte barn mot personvernetrusler, særlig i tilknytning til barns bruk av Internett. Et sentralt eksempel er SAFT-prosjektet (Safety, Awareness, Facts and Tools) som gjelder sikkerhet på Internett for barn og unge, og som har hatt partnere fra Danmark, Irland, Island, Sverige og Norge.¹⁴

Så vidt jeg kjenner til finnes det ikke eksempler på særlovgivning i EU-/EØS-land som direkte regulerer spørsmål om mindreåriges generelle rettigheter vedrørende personopplysningsvern. Flere lands datatilsynsmyndigheter har imidlertid uttalt seg i spørsmål som er spesielt relevant for mindreårige, og særlig ser spørsmål vedrørende undervisningsinstitusjoners behandling av opplysninger om barn ut til å være et tema som har vært gjenstand for nærmere vurderinger. Dette gjelder for eksempel publisering av eksamensresultater og andre elevopplysninger på skolars nettsider mv.¹⁵ I tillegg finnes det spesiallovgivning vedrørende mindreåriges personvern, særlig vedrørende behandling av helseopplysninger, men dette kommer jeg ikke nærmere inn på her.¹⁶

I norsk lovgivning er det ikke fastsatt regler i personopplysningsloven eller forskriftene til loven som spesielt gjelder for barn og ungdom. Utgangspunktet er med andre ord at personopplysningslovens og -forskriftens vanlige regler kommer til anvendelse på enhver, uavhengig av om personen er mindreårig eller ikke. Samtidig er det åpenbart at dette ikke kan gjelde for helt små barn, og at foreldre eller andre representanter for barnet i slike tilfelle må opptre i barnets sted. Datatilsynet har utarbeidet flere retningslinjer og veiledere som gjelder noen viktige sider ved denne gruppens personvern. Det mest generelle dokumentet er "Barn og unges personopplysninger: Ret-

¹⁴ Se <http://www.saftonline.org/> og <http://www.saferinternet.org/>.

¹⁵ Den svenske Datainspektionen har kartlagt hvordan elevopplysninger behandles i det svenske skolesystemet, se Datainspektionen, "Behandling av elevers personuppgifter i grundskolan", Rapport 2002:2, tilgjengelig fra <http://www.datainspektionen.se/pdf/rapporter/skolrapport.pdf>.

¹⁶ I NOU 2005: 1 "God forskning – bedre helse", ble det i forslag til §§ 4-2 og 4-3 foreslått detaljerte regler vedrørende utøvelse av samtykkekompetanse for barn som skal delta i helseforskningsprosjekter. Ref. til finsk lov der det ikke er særlige regler for PO og barn i helseforskning

ningslinjer for innhenting og bruk”, som er utarbeidet i samarbeid med Forbrukerombudet.¹⁷ Retningslinjene forholder seg ikke til lov om barn og foreldre og annen lovgivning som spesielt gjelder barns handleevne (jf forrige avsnitt), men inneholder oppfatninger om hva som bør gjelde for barn i flere praktisk viktige situasjoner som primært er knyttet til barn og ungdoms bruk av Internett.¹⁸ Retningslinjene gjelder primært spørsmålet om samtykkekompetanse, og belyser ikke (i alle fall ikke systematisk) spørsmål om barns autonomi i en videre forstand, for eksempel i forhold til innsynsrett og rett til å rette og slette personopplysninger om egen person mv.

BARNs KOMPETANSE SOM REGISTRERT PERSON – SÆRLIG OM SAMTYKKE

Et grunnkrav for behandling av personopplysninger er at den behandlingsansvarlige skal ha et rettslig grunnlag i form av lovhjemmel, eller samtykke fra den registrerte personen eller en nødvendig grunn som angitt i loven.¹⁹ Et sentralt punkt i vurderingen av barns personvern er spørsmålet om det er barnet selv eller barnets foreldre som har samtykkekompetanse. Etter norsk rett kan det ofte være tvil om det i stedet for samtykke kan påberopes en nødvendig grunn, og særlig er grunner i den skjønnsmessige bestemmelsen i lovens § 8 bokstav f aktuell å påberope seg. Bestemmelsen gir bl.a. grunnlag for å behandle personopplysninger dersom dette er nødvendig for at den ”behandlingsansvarlige [...] kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen.” Bestemmelsen gir med andre ord anvisning på en skjønnsmessig avveining mellom behandlingsansvarliges og (i våre tilfelle) barnets interesser. Det er den behandlingsansvarlige selv som skal vurdere spørsmålet (”bukken” skal med andre ord ”passe havresekken”!).²⁰ Dersom behandlingsansvarlige mener hans interesser må veie tyngre enn barnets interesser, kommer med

¹⁷ Se http://www.datatilsynet.no/templates/article____892.aspx, lansert 29. januar 2004.

¹⁸ Dvs. administrasjon av konkurranser og ”klubber”, direkte markedsføring, adressemeking, internett-publiserings. Retningslinjene omfatter ikke spørsmål vedrørende forskning eller journalistisk, kunstnerisk eller litterær virksomhet.

¹⁹ Se personopplysningsloven §§ 8 og 9.

²⁰ Datatilsynet og Personvernemnda kan overprøve slike vurderinger, men det skal i praksis meget til for at tilsynsmyndigheten får slike saker til behandling.

andre ord spørsmålet om barnets samtykke aldri opp som et aktuelt problem.

I Datatilsynets retningslinjer vedrørende innhenting og bruk av personopplysninger om barn og unge, er det antatt at barn som har fylt 15 år som hovedregel selv kan samtykke til behandling av personopplysninger. Samtidig er det sagt at det i tillegg må skje en skjønnsmessig vurdering der en trekker inn en rekke konkrete forhold. Retningslinjene går ut i fra at det enten er barnet eller foreldrene som har samtykkekompetanse. De synes å forutsette at foreldre kan samtykke alene på vegne av barn under 15 år, og at unge som er 15 år eller eldre kan samtykke alene til å behandle personopplysninger som ikke er sensitive.²¹ Dessuten antas det at barn under 15 år kan samtykke til behandling av personopplysninger til ”småkonkurranser og liknende”, og at innhenting av sensitive personopplysninger alltid må skje med foreldrenes samtykke. Retningslinjene benytter flertallsformen ”foreldrene”, men det er ikke nærmere kommentert om det med dette menes at begge foreldrene må samtykke.

Logisk sett foreligger det minst tre (og ikke to) alternative løsninger på fordeling av samtykkekompetanse:

- Barnet samtykker alene;
- Barnet og foreldrene avgir felles samtykke;
- Foreldrene samtykker alene.

Også ut i fra personvern hensyn er det viktig å anerkjenne at barnet har en viss grad av autonomi, og at denne autonomien gradvis skal øke frem til myndighetsalder. Det bør derfor være et mål å la barn være meningsberettigete i så stor grad som forsvarlig. I henhold Barnekonvensjonens artikkel 12 skal barn som har evne til å formulere egne synspunkter ha rett til å uttale seg, og vekten av slike synspunkter skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. I følge den norske barneloven skal det legges stor vekt på barns meninger når barnet har fylt 12 år.²² Det er dårlig harmoni mellom disse bestemmelsene og et synspunkt om at foreldre skal kunne samtykke alene på vegne av en 14-åring, eventuelt mot barnets vilje. Riktignok kan det finnes spesielle situasjoner der det vil være uakseptabelt å la et barn på 12 år ha ”veto” i en sak om å behandle opplysninger om barnet. Slike tilfeller vil imidlertid ofte enten falle inn under særlovgivning (for eksempel pasientrettighetsloven), eller de bør være gjenstand for annen særlig regulering (dette

²¹ Se personopplysningsloven § 2 nr. 8.

²² Se barneloven § 31 annet ledd.

kan for eksempel tenkes å gjelde barnevern og utdanning). En hovedregelen om at samtykke til å behandle personopplysninger for barn mellom 12 og 15 år må avgis *i fellesskap* av barn og foreldre, vil være langt bedre i overensstemmelse med barnekonvensjonen og barneloven.

Gjennomføring av felles samtykke kan selvsagt by på praktiske problemer, for eksempel i tilknytning til Internett-bruk der det i dag er lagt opp til samtykke ved hjelp av ”klikk” på et ikon eller lignende. Det vil imidlertid alltid være problemer av denne typen, for eksempel med å sikre seg at det virkelig er en forelder som samtykker for barnet. Felles samtykke kan kreve en totrinns prosedyre; for eksempel ved at barnet samtykker på vanlig måte og får oppgitt et referansenummer eller lignende som deretter benyttes av foreldre som bekrefter via SMS eller e-post. Det er imidlertid neppe grunn til å se seg blind på *avgivelse* av samtykke. Felles samtykkekompetanse kan også tenkes praktisert ved at foreldre får melding om barnets samtykke, og har rett til uten varsel å trekke samtykket tilbake.²³

Når det gjelder barn mellom 7 og 12 år, er den norske barnelovens regel at barn skal få si sin mening før det tas avgjørelser om personlige forhold.²⁴ Samtykke til å behandle personopplysninger om barnet, gjelder ofte personlige forhold, og barnet bør derfor alltid høres før samtykke gis, nektes eller trekkes tilbake.

Når det gjelder barn som er eldre enn 15 år, er det neppe holdbart å hevde (slik Datatilsynet gjør) at det kun er foreldrene som kan samtykke til å innhente sensitive personopplysninger om barnet. Dette gjelder i alle fall i den grad barnet har en selvstendig, begrenset handleevne etter annen lovgivning. Når barn kan gi samtykke til helsehjelp alene,²⁵ må de også kunne avgi helseopplysninger og andre sensitive opplysninger som er begrunnet i helsehjelpen. Etter kirkeloven²⁶ kan personer som har fylt 15 år melde seg ut og inn av Den norske kirke på egen hånd. Det er da åpenbart at de i denne sammenheng også kan gi samtykke til å behandle opplysninger om religiøs tro, filosofi mv. Dessuten er det nærliggende å mene at trosfriheten må innebære kompetanse til alene å gi samtykke til å gi slike opplysninger også til andre enn Den norske kirke.

²³ Jeg går ikke nærmere inn på mulige tekniske/praktiske løsninger, men legger til grunn at problemet kan løses på tilfredsstillende måte.

²⁴ Se § 31 annet ledd.

²⁵ Se pasientrettighetsloven § 4-3.

²⁶ Se lov av 7. juni 1996 nr. 31, § 3 nr. 6.

Selv om det er to personer som har foreldreansvar, må det normalt være tilstrekkelig at én av disse samtykker. I enkelte tilfelle der samtykke til å behandle personopplysninger er knyttet til avgjørelser som er av vesentlig betydning for omsorgen for barnet, kan det imidlertid være at samtykke fra begge foreldrene må kreves. Dette spørsmålet må imidlertid løses i samsvar med reglene i barneloven vedrørende utøvelse av foreldreansvar. Dersom foreldreansvaret må utøves i fellesskap, må det med andre ord kreves samtykke fra begge foreldre. Jeg går ikke nærmere inn på hvorledes denne grensen bør trekkes, men understreker at den eneste praktisk mulige hovedregelen er at kun én forelder samtykker.

Selv om spørsmålet om samtykkekompetanse er viktig, er det behov for å avklare forholdet mellom barn og foreldre også i relasjon til andre deler av personopplysningsloven. Dette gjelder ikke minst spørsmål om hvem som har rett til innsyn i opplysninger om barnet (§ 18), hvem som kan kreve retting, sletting av opplysninger om barnet (§ 27) osv. Det vil være unødig kompliserende å regulere hvert forhold for seg. Også pedagogisk sett vil et generelt regelsett trolig være lettere å kommunisere enn flere enkeltregler. Målet må derfor være å gi en generell regulering av forholdet mellom barn og foreldre innenfor rammene av personopplysningsloven. Det overordnede spørsmålet som loven bør gi svar på er i hvilken grad barn kan opptre som *”registrert person”*, og således opptre som aktiv part i forhold til behandlingsansvarlige, databehandler, Datatilsynet og andre. Spørsmålet tilsvarer langt på vei spørsmålet om hvem som har kompetanse til å samtykke til at opplysninger om barn blir behandlet. I Bygrave og Schartum 2006, s. 146 er følgende generelle bestemmelse foreslått som en mulig løsning på dette spørsmålet:²⁷

”Personer under 18 år kan opptre som registrert person (jf. § 6 første ledd) etter bestemmelsene i denne loven på følgende måter:

- a) For barn mellom 7 og 12 år kan barnets foreldre opptre alene. Foreldrene bør om mulig først spørre barnet om hva det mener om vedkommende personvernspørsmål.
- b) For barn mellom 12 og 15 år skal barn og foreldre opptre i fellesskap. Barn kan likevel opptre alene overfor behandlingsansvarlige som har personvernombud i samsvar med kapittel IV i denne loven.²⁸

²⁷ Se også forslaget i Bygrave og Schartum 2006, § 8c, bokstav c vedrørende barn og krav til rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger.

²⁸ Det ble foreslått en styrket og mer forpliktende ordning med personvernombud.

c) Barn mellom 15 og 18 år kan opptre alene, uten foreldrenes medvirkning.

Uansett bestemmelsene i a–c, kan barnets foreldre gripe inn i den utstrekning ivaretagelse av foreldreansvaret gjør dette nødvendig.”

Forslaget innebærer at barn under 12 år ikke alene vil kunne gi fra seg opplysninger om egen person, kreve innsyn mv., men trenger foreldrenes medvirkning. Dette kan virke tungvint i forhold til barns bruk av ”uskyldige” Internett-, SMS- og MMS-tjenester mv. Imidlertid er det behov for en nedre aldersgrense, og av hensyn til å unngå unødig regelkompleksitet bør det ikke innføres flere aldersgrenser enn de tre som her er nevnt (7, 12 og 15 år).

INNSYN I PERSONOPPLYSNINGER OM BARN OG INFORMASJON TIL BARN

Forslaget i forrige avsnitt til generell løsning for spørsmålet om barn og foreldres rett til å opptre i henhold til bestemmelsene i lov, forskrift mv., gir også løsning på praktisering av innsynsretten. Så lenge barnet er under 15 år, vil de således som hovedregel opptre sammen med en forelder. Det er imidlertid grunn til å vurdere om barns innsyn bør modifiseres noe også for barn eldre enn 15 år.

I dagens lov er det en unntaksbestemmelse som er særlig anvendelig i forhold til barn (men som ikke er spesielt knyttet til denne gruppen): Det heter således i personopplysningsloven § 23 første ledd bokstav c at retten til innsyn og informasjon ikke omfatter opplysninger som ”det må anses utilrådelig at den registrerte får kjennskap til, av hensyn til vedkommendes helse eller forholdet til personer som står vedkommende nær”. Bestemmelsen knytter med andre ord en reservasjon til innsynsretten som gjelder opplysningenes innhold, og fremholder spesielt opplysninger om helse og personlige relasjoner. Unntaket blir kombinert med en bestemmelse i § 23 annet ledd der det åpnes for at opplysningene ”på anmodning likevel gjøres kjent for en representant for den registrerte når ikke særlige grunner taler mot det”.

Hensynet til helse og personlige relasjoner representerer åpenbart viktige grunner til at det kan oppstå ønske om å holde opplysninger tilbake. Når det gjelder barn, kan det imidlertid være flere opplysningstyper som kun bør gis via en representant for barnet: for eksempel fordi opplysninger kan virke

skremmende eller forvirrende uten nærmere forklaring fra en voksen. Dersom en skal ivareta barns interesser kan det derfor være grunn til å bygge unntaket på den registrertes evne til å forholde seg til opplysningene. Det kan således være mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i den registrerte personens lave alder, evne til å forholde seg til informasjonen mv., snarere enn i bestemte opplysningstyper som helse mv. For å tydeliggjøre at unntaket gjelder overfor den registrerte direkte, og at en representant normalt vil kunne/skal få tilgang til opplysningene, kan denne bestemmelsen settes inn i forlengelsen av selve unntaket. Foreldre vil ofte være barns representanter, og dette kan sies direkte i bestemmelsen. Med denne innfallsvinkelen kan en argumentere for en alternativ bestemmelse til § 23 bokstav c. For eksempel slik som foreslått i Bygrave og Schartum 2006:

”Dersom det må anses utilrådelig at den registrerte får direkte kjennskap til egne personopplysninger fordi vedkommende på grunn av ung alder eller andre forhold har utilstrekkelig evne til å forholde seg til opplysningene, skal opplysningene gjøres kjent via en representant for den registrerte (foreldre, lege, advokat mv).”

Forslaget til bestemmelse er formulert slik at den omfatter også andre enn barn, men barn er spesielt nevnt. Bestemmelsen innebærer at opplysninger som kan virke skremmende, nedbryte personens selvbylde mv., ikke skal gis barn direkte men først vurderes av barnets representant. Dette gjelder generelt og får størst betydning for barn fra 12–18 år som kan utøve direkte innsynsrett sammen med foreldre eller alene.

OM BEHOVET FOR SÆRLIGE REGULERINGER AV BARNES PERSONVERN

De bestemmelsene som er gjengitt i avsnittene ovenfor, gjelder behandling av opplysninger om barn generelt, og kan passe som et lovgivningsmessig utgangspunkt. Personopplysningslovens saklige virkeområde er imidlertid meget vidt, og det er ikke til å unngå at det innen bestemte saksområder kan være grunn til å gjøre avvikende avveininger. I tillegg er det en ulempe ved generelle bestemmelser at de er så allment formulerte, at det kan være vanskelig for registrerte, barn, foreldre, behandlingsansvarlige og andre å forstå hva lovbestemmelsen innebærer i deres konkrete situasjon. Personopplys-

ningslovens bestemmelser er dessuten så omfattende at det klart utgjør mer enn hva det er rimelig å forvente at barn kan klare å sette seg inn i. Det er derfor grunn til å vurdere om barns personvern bør være gjenstand for særskilt regulering, spesielt innen områder som har spesielt stor betydning for personvernet. Etter min mening foreligger det slike behov innenfor områder som for eksempel innen markedsførings- og skolesektoren.

Som tidligere nevnt har det norske Forbrukerombudet og Datatilsynet i fellesskap gitt retningslinjer som bl.a. omfatter behandling av opplysninger om barn i tilknytning til markedsføring. Her heter det bl.a.: ”De næringsdrivende bør ikke tilby belønninger eller fordeler i bytte mot mindreåriges personopplysninger. De bør heller ikke benytte undersøkelser, konkurranser eller liknende metoder for å samle inn disse opplysningene”. Etter min mening er det mye som tale for at personvern knyttet til markedsføring og forbrukerkjøp over Internett mv bør være gjenstand for spesiell regulering utenfor personopplysningsloven, for eksempel i markedsføringsloven²⁹ eller i forskrift til denne.

Ved siden av hjemmet er skolen ofte den viktigste arenaen for barns oppvekst. Skolen gjelder ikke bare undervisning og evaluering av prestasjoner, men er også ramme for barns fritid i form av skoleturer og frikvarter mv. Skolen er dessuten rådgiver overfor barn og foreldre med særskilte behov for tilrettelegging av undervisningstilbud, og kan formidle hjelp fra andre offentlige etater i tilfelle av ulike slags sosiale problemer. Skolepersonalet har i visse tilfelle også rapporteringsplikt overfor barnevernsmyndigheter og sosialkontoret.³⁰ For å utføre sine oppgaver behandler skolen en rekke opplysninger som har betydning for barnas fremtidsutsikter, sosiale sikkerhet og forhold til andre mennesker. I Norge er det imidlertid ingen særskilt regulering av spørsmål som gjelder barns personvern i tilknytning til skolen, og også her er det de generelle bestemmelsene i personopplysningsloven som gjelder.

Mange personvernspørsmål har vært gjenstand for konflikt og diskusjon i skolen, men det er imidlertid ikke uten videre enkelt å ta stilling til disse spørsmålene ut i fra den generelle reguleringen i personopplysningsloven: Har skolen rett til å legge ut bilder av elever på Internett?, kan skolen beslaglegge mobiltelefoner og gjøre bruk av opplysninger i anropslogger for å

²⁹ Lov 16. juni 1972 nr. 47.

³⁰ Se lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17. Juli 1998 nr 61, §§ 15-3 og 15-4.

oppklare brudd på skolens regler? I hvilken grad kan skolen spre opplysninger om elever og foreldre til andre elever og foreldre på skolen ("klasselister")?

Spørsmålene knyttet til behandling av personopplysninger innen skoleverket gjelder i tilknytning til skolens og elevenes/hjemmets behandling av personopplysninger, og er både knyttet til bruk av teknisk utstyr på skolen og i hjemmet. Det oppstår for eksempel særskilte spørsmål når skolen gir elevene fri tilgang til bærbare PCer som kan benyttes på skolen og i hjemmet. De spørsmålene som ofte oppstår i skolen er så konkrete og spesielle, samtidig som de er så viktige for ivaretagelsen av barns personvern, at det etter min mening er et klart behov for en nærmere regulering som er forståelig for barn, foreldre og skole.

Dersom en går inn for særlig regulering av personvernsspørsmål som gjelder barn, oppstår spørsmålet om den nærmere systematiske plasseringen av slike bestemmelser, dvs om bestemmelsene bør vedtas i eller i medhold av personopplysningsloven, eller være knyttet til særlovgivning. Etter min mening er det grunn til å velge særlovgivning. Valg av løsning følger ikke primært av rent lovgivningstekniske overlegninger, men er primært knyttet til pedagogiske og kapasitetsmessige hensyn.

For det første er det pedagogisk mest hensiktsmessig å la bestemmelser om personvern for barn inngå i de deler av lovgivningen som allerede er kjent for personer som har med barna å gjøre. Regler vedrørende personvern og markedsføring mot barn må for eksempel primært kommuniseres til folk som arbeider med markedsføring. Markedsføringsloven vil åpenbart være bedre kjent i reklamebransjen mv enn personopplysningsloven. Dessuten vil eventuelle bestemmelser om behandling av personopplysninger i markedsføringsloven måtte vise til personopplysningslovens bestemmelser. Dermed kan antatt kjent lovgivning fungere som "bro" til antatt mindre kjent lovgivning om personvern. På tilsvarende måte må bestemmelser som skal ivareta barns personvern i skolen plasseres i skolelovgivningen, dvs. i den lovgivningen som det administrative og pedagogiske personalet i undervisningssektoren kan antas å kjenne.³¹

De kapasitetsmessige hensynene gjelder primært datatilsynsmyndighetenes forholdsvis begrensede mulighet til å håndheve personvernlovgivnin-

³¹ Denne begrunnelsen for plassering av bestemmelser vedrørende behandling av personopplysninger er av helt generell karakter, men jeg kommer ikke nærmere inn på den allmenne diskusjonen her.

gen. Også andre myndigheter kan på sine særlige områder gi et betydelig bidrag til ivaretagelsen av personvern. Med den altomfattende lovgivningen som er vedtatt i medhold av personverndirektivet, vil det aldri være økonomisk eller politisk mulig å bygge opp et Datatilsyn som kan kontrollere og gripe inn annet enn i et utvalg av saker der loven brytes.³² Dersom andre myndigheter, for eksempel Forbrukerombudet, arbeider med ivaretagelse av barns personvern i sammenheng med markedsføring, vil det derfor innebære større kapasitet på myndighetssiden. Dessuten vil en slik innsats medføre at personvern settes inn i en faglig sammenheng som kan gi større refleksjonsbredde og innsikt enn hva en rendyrket datatilsynsmyndighet kan prestere. Situasjonen er en noe annen innen skolesektoren, fordi den norske skolen er styrt på kommunalt og fylkeskommunalt nivå, med departementet som tilsynsmyndighet.³³ Innen skolen er det imidlertid bygget ut flere former for demokratisk deltakelse og brukerstyring, som muligens kan supplere skoleadministrasjonens og departementets ivaretagelse av personvern.

Poenget med å spre ansvaret for personvern er ikke å sjalte ut Datatilsynet, men å aktivisere andre myndigheter mv i arbeidet med å ivareta og utvikle gode personvernregimer for barn. Forutsetningen er at slike andre myndigheter får klart definerte oppgaver vedrørende personvern, og derved får motivasjon til å dyktiggjøre seg innen problemområdet.

AVSLUTNING

Barn blir etter hvert voksne. Etter min mening er det en sannsynlig sammenheng mellom – på den ene side – det personvernet vi gir barn og ungdom og – på den annen side – det personvernet de selv vil komme til å forvente og praktisere når de blir voksne. Sentrale stikkord er: forventninger, kunnskaper og forståelse. Det personvernet vi i dag tilbyr barn og unge må antas å skape forventninger hos dem – både i negativ og positiv forstand. Det er mulig at manglende oppmerksomhet og gjennomslag for barn og unges personvern kan skape en situasjon da de ser frem til å bli voksne, med en situasjon der personvernet deres blir respektert. Like sannsynlig er det imidlertid

³² Det er kanskje heller ikke ønskelig å ha en så mektig myndighet som et datatilsyn med vidt myndighetsområde og inngripende kompetanse ville ha vært.

³³ Se opplæringslova § 14-1.

at manglende ivaretagelse av barn og unges personvern vil skape forventninger om at personvern bare i begrenset grad kan forlanges og forventes, også for voksne.

Respekt for privatliv og personvern er ikke selvsagte elementer i samfunnsordenen, men del av vår kultur og dermed et produkt av de forventninger vår kultur produserer, ikke minst gjennom oppveksten. En forutsetning for at det skal skapes forventninger blant barn og ungdom om at personvern er en del av den beskyttelsen samfunnet skal gi dem, er at de får kunnskaper om hvilken lovgivning og etiske normer som kan sies å gjelde og som beskytter deres personlige integritet. Utdanningsinstitusjonene kan selvsagt gi kunnskap, men vi lærer dessuten av å være vanlige deltakere innen ulike deler av samfunnet, for eksempel som en aktør som handler på nettet. Læringen gjelder med andre ord både normative og faktiske aspekter ved vernet av den personlige integriteten. Derfor er det ikke tilstrekkelig å etablere et formelt rettslig vern; i tillegg må *håndhevelsen* av bestemmelser vedrørende personvern være tilstrekkelig og konsekvent. Dersom en tror at holdninger og forventninger særlig skapes i barne- og ungdomsår, kan dette tilsi at lovgiver og datatilsynsmyndigheter bør være spesielt opptatt av å gi og håndheve personvern for mindreårige personer.

Peter Seipel

Integritetsskydd och folkets röst¹

INLEDNING

Allmänt om juridik och opinionsundersökningar

Rättssamhällets fundament består till viktiga delar av medborgarnas uppfattningar om de intressen rättsordningen skall skydda, hur sådant skydd bör vara utformat och hur det hanteras i praktiken. Av sådana skäl vore det måhända motiverat att i varje lagstiftningsärende företa empiriska undersökningar om attityder och synpunkter hos den breda allmänheten (“opinionsundersökningar”) och basera normsystemets utformning på resultaten. Av många skäl är detta inte regel. Ett av skälen är att sådana undersökningar i många situationer uppfattas som onödiga. Opinionsläget betraktas – utan att detta behöver uttryckas explicit och i detalj – som känt och stabilt. Ett annat skäl är att man räknar med att den allmänna opinionen förmedlas genom institutionella och väletablerade kanaler, t.ex. politiskt sammansatta kommittéer, synpunktsmöten (“hearings”), remissyttranden m.m. Ett tredje skäl är att kostnader och tidsbrist inte lämnar rum för frågor till folket. Och så vidare.

När opinionsundersökningar genomförs med direkt anknytning till ett lagstiftningsärende kan olika syften vara aktuella. I varje fall teoretiskt går skalan från önskemål att få veta hur medborgarna ställer sig till någon viss detalj i en reglering till önskemål att få en allmän kännedom om något visst område av mänsklig verksamhet eller samvaro. Undersökningar kan vidare ta sikte på en begränsad krets av något slag (‘skolelever’) eller på en bred krets av medborgare i gemen. Utgångspunkten för undersökningar kan på mot-

¹ Uppsatsen är en reviderad version av IRI-PM 2006-03-15 av Peter Seipel i samarbete med Christine Kirchberger. Promemorian har använts i Integritetsskyddskommitténs (dir. 2004:51) arbete med att förbereda en opinionsundersökning om integritetsskydd under hösten 2006.

svarande sätt vara snäv (forskning på stamceller) eller bred (uppfattningar om vad som kränker den personliga integriteten).

Teoribildningen om rättsliga opinionsundersökningar – vad de syftar till, hur de förhåller sig till rättslig normering o.s.v. – finns givetvis men är både svagt utvecklad och knappast något som rutinmässigt finner tillämpning i lagstiftningssammanhang.² Det är rimligt att anta att många beställningar av siffermaterial i lagstiftningssammanhang utgår från ganska oklara föreställningar om vad det är beställaren/lagskrivaren behöver veta och hur den inhämtade informationen skall nyttiggöras i lagstiftningsarbetet.

Empiri och analys

Skyddet av den personliga integriteten är ett av de lagstiftningsområden som kontinuerligt och från växlande utgångspunkter har blivit föremål för empiriska studier. Förklaringarna är flera. En kan vara att begreppet personlig integritet, alltså det skyddade intresset, är notoriskt svårhanterligt och innebär behov av insikter i hur människor ställer sig till olika tolkningar av integritetsskyddet etc. En annan förklaring är att begreppet har att göra med känslor och attityder som, om de skall ges konkretion, förutsätter studier av människors upplevelser, föreställningar och reaktioner. Man kan jämföra med empiriska undersökningar av etiska frågor i allmänhet, t.ex. frågor om vad som är "rätt handlande".³

² Ett exempel på sådan teoribildning ger Johannes Pichler (tillsammans med Karim J. Giese): *Rechtsakzeptanz: eine empirische Untersuchung zur Rechtskultur aus dem Blickwinkel der Ideen, Werte und Gesinnungen, dargestellt am Beispiel einer österreichischen Demoskopie*. Böhlau, Wien 1993. Inom det område som brukar kallas lagstiftningsteori förekommer mer eller mindre ambitiösa försök att analysera hur traditionellt arbete med rättsnormkonstruktion kan förenas med kvantitativa undersökningar av olika slag. En extrem variant är den s.k. jurimetris som vill se juridiken som kvantifierbar och jämförbar med 'hårda' vetenskaper. Ett exempel ger Frederick K. Beutel: *Die Experimentelle Rechtswissenschaft*. Duncker & Humblot, Berlin 1971.

³ Med magnetisk scanning har hjärnans varierande funktionsmönster undersökts när personer ställs inför olika moraliska dilemman. En fråga kan lyda: 'Antag att du, när ett framrusande tåg är på väg att köra över och döda tre människor, kan förhindra detta genom att knuffa ner en person på rälsen så att bara den knuffade dör men tåget växlar spår och de andra tre räddas. Hur gör du?' En annan: 'Antag att du, när ett framrusande tåg är på väg att köra över och döda tre människor, kan förhindra detta genom att lägga om en växel så att tåget växlar in på ett annat spår och dödar bara en människa som står på det andra spåret. Hur gör du?'. Forskning av detta slag diskuteras hos Carl Zimmer: *Soul Made Flesh: The Discovery of the Brain and how it Changed the World*. Heinemann, London 2004.

Integritetsskyddet kan diskuteras både analytiskt och empiriskt. Den *analytiska* inriktningen innebär försök att konstruera tankemodeller (begrepp, samband, tolkningar, syften m.m.) som dels ger hållbara utgångspunkter för rättslig reglering, dels speglar det mänskliga samhällets verklighet. Valet av tankemodell får konsekvenser för synen på den rättsliga regleringen och utformningen av denna. Detta gäller inte minst nyckelbegrepp i tankemodellerna som 'privatliv', 'personvård' och 'personlig integritet'. Skillnader möter inte bara på språktytan ('privacy' / 'integritetsskydd') utan kan mycket väl gå på djupet.⁴

Integritetsskyddsdiskussionens *empiri* gäller inte bara själva skyddsintresset utan omfattar också sådant som tekniska förutsättningar (för hot och för skydd) och den praktiska rättstillämpningen 'på fältet' (till skillnad från rättstillämpning på högre nivå). Till detta kommer ideologiska diskussioner och förhållningssätt. Ofta smälter diskussionerna och perspektiven samman – t.ex. när utgångspunkten är 'övervakningssamhället'. Frågorna handlar då om sådant som vad som menas med 'övervakningssamhället', hur 'övervakningssamhället' utvecklas, hur det uppfattas av medborgarna, hur det förhåller sig till demokratin, vilken etik som bör utvecklas för att motverka övervakningssamhällets skadliga effekter o.s.v.

Generellt förefaller det vara så att analysen dominerar över empirin när integritetsskyddet definieras och konstrueras.⁵ Det är således knappast den allmänna opinionen som drivit fram att EU:s personuppgiftslagstiftning har konstruerats enligt den s.k. hanteringsmodellen, alltså som en lagstiftning som utgår från att all behandling av personuppgifter förutsätter en uttryckligt reglerad rättsgrund för att vara lovlig. Också de grundprinciper för skydd av 'privacy' som återfinns i t.ex. Europarådets konvention om persondataskydd och OECD:s riktlinjer för skydd av persondata får ses som resultatet av överläggningar mellan experter och rättslärda snarare än som ett utflöde av existerande kunskap om människors inställning och önskemål.⁶

⁴ Se den koncisa framställningen hos Lee A. Bygrave: Privacy Protection in a Global Context – A Comparative Overview. In: Scandinavian Studies in Law, Vol. 49. Stockholm Institute for Scandinavian Law 2004, sid. 320–324.

⁵ Detta är ett allmänt intryck baserat på åtskilligt läsande inom området, men påståendet behöver beläggas och kvantifieras.

⁶ Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (adopted 28 January 1981) och OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (adopted 23 September 1980).

Att i lagstiftningsarbete välja den analytiska infallsvinkeln som första steg förefaller väl motiverat. Detta innebär att frågorna i en empirisk studie skall relateras till en bestämd tankemodell och besvara eller i varje fall kasta ljus över frågor som denna modell ger upphov till. En tidig diskussion kring en tankemodell kan också klargöra vad som skall anses vara etablerade synsätt som inte behöver ifrågasättas eller utvecklas genom empiriska undersökningar (t.ex. att det finns både 'informationell integritet' och 'fysisk integritet').

Kvantitativ och kvalitativ metod

En metodfråga värd särskild uppmärksamhet gäller möjliga kombinationer av kvantitativ och kvalitativ metod. Synpunkter på detta finner man i t.ex. en undersökning som nyligen gjorts om svenska folkets åsikter om och förtroende för myndigheter, medier och politiker (*Efter flodvågskatastrofen*. Krisberedskapsmyndighetens temaserie 2005:4). I denna rapport betonas *svårigheterna med validiteten* och behovet att kombinera flera olika metoder. I undersökningen använde man *telefonintervjuer* med 1001 slumpmässigt valda personer. I tillägg till intervjuerna genomförde man en undersökning där s.k. *fokusgrupper* om två till sju personer (totalt 44 personer) under en och en halv till två timmar diskuterade ett antal relevanta frågeställningar. På så vis kombinerades styrkan hos en kvantitativ undersökning med en kvalitativt inriktad undersökning (jfr data som informerar om vad människor *anser* och data som informerar om hur de *resonerar*).

Tidigare undersökningar av integritetsskydd. Användbara?

Som nämnts har ett relativt stort antal empiriska studier av integritetsskyddet genomförts i olika sammanhang, både i Sverige och på andra håll. De har relevans på åtminstone följande sätt:

De kan underlätta att urskilja centrala teman och skilja dem från dagsländor eller att se hur dessa centrala teman kläs i olika dräkt under olika tidsskeden.

De kan svara på konkreta frågor som inte är alltför tidsbundna och minska eller eliminera behovet av att upprepa.

De kan underlätta formuleringen av frågor i nya undersökningar.

De kan ge grund för jämförelser mellan olika undersökningar i fråga om uppläggning, omfattning m.m.

De kan visa på utveckling över tid och utgöra grund för ytterligare studier som följer upp och verifierar eller falsifierar antaganden och påståenden.

De kan upplysa om skillnader mellan olika länder / rättssystem, olika traditioner etc.

En kort presentation av några tidigare studier motiveras således av två skäl. Det ena är återbruk av resultat. Det andra har att göra med förberedelsen av egna undersökningar, både genom konstruktiva idéer och genom möjligheter att undvika fallgropar.

NÄRMARE OM BAKGRUNDEN TILL DENNA RAPPORT

Informationsbehovet

Integritetsskyddskommitténs uppdrag enligt direktiv (2004:51) är att kartlägga lagstiftning som berör den personliga integriteten och analysera om integritetsskyddet är reglerat på ett tillfredställande sätt varvid det har intresse att undersöka hur allmänheten upplever integritetsskyddet.

En opinionsundersökning i detta sammanhang kan ha olika syften, t.ex. att klargöra *orsakerna* till vissa åsikter hos allmänheten eller att studera *förändringar* i opinioner över tid. Tyngdpunkten i den planerade undersökningen bör ligga på att få en uppfattning om medborgarnas attityder till personlig integritet i allmänhet och deras uppfattningar om speciella (utvalda) rättigheter och skyldigheter i detta sammanhang. Att klargöra förändringar över tid möter sannolikt svårigheter. Flera tidigare undersökningar har tagit sig an denna uppgift. Resultaten är knappast imponerande. Ofta blir det fråga om gissningar och tolkningar snarare än väl underbyggda slutsatser. Kort och gott: även om de tillfrågade t.ex. hävdar att deras personliga integritet är mer kränkt nu än för fem år sedan, kan de oftast inte nämna några orsaker till detta. Överhuvudtaget förefaller det vara svårt att med konkretion visa att den personliga integriteten var bättre skyddad tidigare än den är idag.⁷

⁷ Colin J. Bennet – Charles D. Raab: The Governance of Privacy. Policy Instruments in a Global Perspective. Ashgate Publishing, Hampshire 2003, sid. 27 f.

Personlig integritet

En central uppgift för Integritetsskyddskommittén är att analysera sitt arbetsområde, urskilja samband och sätta gränser. En tänkbar lösning är att urskilja fyra frågekomplex:⁸

Hur skyddas enskilda personer mot *olovlig insamling* av uppgifter om deras privata förhållanden och hur avgränsas “lovligt” uppgiftsinsamlande (såväl i förhållande till andra enskilda som till det allmänna)?

Hur skyddas enskilda personer mot *olovligt offentliggörande* eller annan negativ användning av uppgifter om deras privata förhållanden och hur avgränsas vad som i detta sammanhang är “lovligt” (såväl i förhållande till andra enskilda som till det allmänna)?

Hur regleras skyddet mot *intrång i någon enskilds privata sfär* (såväl fysiskt som i annan mening) där syftet är att inhämta information om den enskilde, och hur avgränsas vad som utgör “lovliga” intrång (såväl i förhållande till andra enskilda som till det allmänna)?

Hur skyddas *identifieringsdata* som namn, bild och liknande?

Allmänt gäller att innebörden av begreppet personlig integritet kan beskrivas på många olika sätt.⁹ De olika, existerande teorierna belyser olika aspekter av privatsfären, men ingen av dem ger någon slutgiltig och uttömmande definition av begreppet. Vanligt är att fokusera på *information om en person*, framför allt behandling av personuppgifter, dvs. insamling, spridning och bearbetning av uppgifter som namn, adress, personnummer, telefonnummer o.s.v.

Frågeställningarna som rör information om den enskilde omfattar när en behandling är tillåten enligt lag, vilka uppgifter som får behandlas i olika situationer och vilka krav som ställs på själva behandlingen. De olika situationerna hänger bl.a. samman med att en viss individ kan uppträda som kund, anställd, medlem, patient, medborgare, privatperson, förälder o.s.v. I vissa sammanhang lämnas personuppgifterna frivilligt, vilket kan bero bl.a. på att individen får en fördel (t.ex. bättre vård eller attraktiva kommersiella erbjudanden), i andra sammanhang kan en lagstadgad skyldighet tvinga en person att lämna sina uppgifter, t.ex. i ett skatteärende.¹⁰

⁸ Integritetsskyddskommittén. Promemoria 2005-01-31. Begreppet personlig integritet. Det skyddsvärda områdets avgränsning.

⁹ Se allmänt Peter Seipel, Juridik och IT, sid. 257 och Bygrave op.cit.

¹⁰ Se vidare Uppgiftslämnande och dataregistrering. Allmänhetens inställning 1970–1995, Johan Åhlfeld, SOU 1997:39, Bilaga 5.

I många framställningar understryks betydelsen av skydd av personlig integritet inte bara för den enskilde utan även för *samhället som helhet* och för demokratin.¹¹ Men personlig integritet är dock till sist en högst *individuell upplevelse* och skiljer sig från person till person. Detta utesluter inte att man genom opinionsundersökningar söker klargöra gemensamma drag och allmänna förhållningssätt. Ett särskilt intresse är att få en uppfattning om skillnader mellan länder och kulturer jämfört med skillnader mellan åldersgrupper, inkomstgrupper och liknande.

Under de senaste åren har flera attitydundersökningar genomförts, både i Sverige, inom Europeiska Unionen och på andra håll utomlands. Några av dem redovisas kort i det följande. Rent allmänt kan konstateras att resultaten i hög grad förefaller bero av *vilka* frågor som ställs och, inte minst, *hur* frågorna ställs. På grund av detta är det svårt att dra allmänna slutsatser av många tidigare undersökningar. Men de ger vägledning för frågekonstruktion och möjligheter att undvika åtminstone vissa misstag, vilket berörts ovan.

KORT OM NÅGRA TIDIGARE OPINIONSUNDERSÖKNINGAR

Inledning

Syftet med översikten som följer är att beskriva huvuddragen av några tidigare opinionsundersökningar för att kasta ljus över det slags frågor som ansetts kunna ge kunskap om olika aspekter av personlig integritet. Att redovisa procenttal och detaljer är inte aktuellt. Vad man allmänt kan notera är att det oftast tycks ställas frågor om *själva upplevelsen* av personlig integritet, t.ex. om den tillfrågade anser att en viss situation innebär ett intrång i hans eller hennes privatliv eller om den tillfrågade känner oro inför den tekniska utvecklingen. Bara ett fåtal undersökningar tar upp frågor om *hur människan faktiskt agerar*, dvs. på vilket sätt en oro över en möjlig integritetskränkning påverkar hur personer beter sig.

¹¹ Bygrave op.cit. sid. 325.

Eurobarometer Data Protection, December 2003. European Commission, DG Internal Market, Unit E4 Media and data protection

Eurobarometern genomfördes 2003 av European Opinion Research Group (EORG) i de dåvarande 15 medlemsländerna och behandlade frågor om medborgarnas tillit när det gäller olika organisationers hantering av personuppgifter, åsikter om uppgiftsinsamling och om "privacy" för uppgifter. Undersökningen handlade också om människors kunskap om existerande lagstiftning, om dataskydd i praktiken samt om frågor med anknytning till kampen mot terrorism och övervakning av telekommunikationer. Denna attitydundersökning fokuserade i första hand på *dataskydd* och inte på personlig integritet i vidare mening.

Eurobarometern använde sig av flera socio-demografiska kategorier, som kön, ålder, yrke, inkomst, boende (stad, land), civilstånd och medlemsstat. Resultatet av studien visade på flera skillnader i attityder beroende på medlemsland, men inte i lika hög grad när det gäller socio-demografiska skillnader.

Några specifika aspekter som undersöktes gällde om allmänheten tenderar att känna oro över att lämna personuppgifter på Internet. Men undersökningen visade inte i vad mån de oroad personerna ändå i praktiken lämnar uppgifter. En annan fråga gällde om (den nationella) lagstiftningen anses kunna hantera att ett växande antal människor lämnar personuppgifter på Internet. Tolkningen av svaren är inte självklar: behövs det mer lagstiftning eller krävs det andra åtgärder? Osäkerheten är intressant bl.a. eftersom rättsnormer och teknisk systemutformning kan vara alternativa sätt att hantera existerande risker.

Mot bakgrund av behovet av kontroll av telefonsamtal och Internettrafik i kampen mot terrorism, ställdes frågan om människor accepterar att telefonsamtal övervakas. Alternativa svarsmöjligheter omfattade bl.a. "ja, om detta bara drabbar misstänkta individer" och "ja, om detta sker under kontroll av domstol". Resultatet innebar att de tillfrågade lade större vikt vid vem som drabbas av övervakningen än vid vem som utför kontrollen. Frågan tog ingen hänsyn till förhållandet att även övervakning av misstänkta förutsätter kontroll av domstol.

Norsk Transportøkonomisk Institutt rapport 789/2005

Denna norska utredning behandlade frågor om tillit till vissa myndigheter och organisationer, kunskap om rättigheter, skyddsintressen, kameraövervakning, och användning av Internet. Undersökningen kartlade också kunskaper om säkerhet och elektroniska signaturer. Svaren relaterades till flera socio-demografiska kategorier, bl.a. kön, ålder, utbildning och yrke.

Undersökningen är omfattande och analyserar även *orsaker* till vissa beteenden. Till exempel fick de tillfrågade uppge varför de inte hade utnyttjat möjligheten till rättelse av personuppgifter. Svarsalternativen inkluderade att de svarande inte hade reflekterat över att det finns personuppgifter om dem, att de inte brydde sig om att uppgifterna sparas eller att de inte kände till hur rättelse går till.

Enkäten tog även sikte på vilka typer av uppgifter de tillfrågade finner vara viktiga att skydda. Möjliga svar omfattade personnummer, hälsouppgifter, uppgifter om den personliga ekonomin, uppgifter om fackföreningsmedlemskap och om religion.

Upplägget av undersökningen möjliggjorde att vissa samband mellan åsikter och faktiskt agerande kunde belysas. Till exempel indikerade undersökningen att det inte tycks finnas något samband mellan å ena sidan hur orolig man är över att uppgifter missbrukas med anknytning till Internet och å andra sidan hur ofta man använder Internet. Ett annat exempel är att de som finner det otryggt att lämna ifrån sig personuppgifter ändå inte förefaller särskilt benägna att begära insyn i vilka uppgifter som registreras.

Undersökning rörande personuppgifters känslighet. Statistiska centralbyrån (Pieter Langlet). Stockholm 1975

Syftet med denna undersökning var bl.a. att analysera personuppgifters känslighet i förhållande till varandra, hur känsligheten påverkas av att flera uppgifter sammanställs och hur känsligheten förhåller sig till att uppgifter behandlas med datateknik. "Känslighet" definierades i undersökningen som "det obehag som upplevs då andra personer tar del av uppgifter som gäller en själv".

Som huvudkategorier av uppgifter förekom: identitet, familj, bostad, arbete, ekonomi, utbildning, hälsa, ideologi, fritid och samhällskontakter. Frågorna var mycket specifika och de svarande hade att sortera uppgifter i kategorier som 'inte det minsta känslig', 'lite känslig', 'mycket känslig', 'oer-

hört känslig' samt 'vet ej' och 'vägrar'. Frågorna knöts till konkreta exempel som gällde personnummer, ögonfärg, barns personnummer, antalet rum i bostad, möjligheten att ta emot privata besök på arbetsplatsen, tillgång till bil, föräldrarnas utbildning, hur ofta man brukar läsa dagstidningar och om man tidigare är straffad eller inte.

SCB och allmänheten. Intervjuundersökning. Statistiska centralbyrån (Bo Wärneryd). Stockholm 1976

Undersökningen genomfördes i samband med en utredning rörande uppgiftslämnar- och bortfallsproblem i statistikproduktionen. De frågor i undersökningen som behandlade skyddet för privatlivet belyste olika aspekter, t.ex. uppfattningar om integritetsskyddsintressets vikt jämfört med andra samhällsintressen. Deltagarna fick tio kort med olika aktuella samhällsfrågor och uppmanades att välja ut de fem viktigaste och rangordna dem. Frågorna på korten gällde t.ex. 'att komma tillrätta med prisstegringar', 'att skydda folks privatliv', 'att bygga ut barnomsorgen', 'att skydda tryckfriheten', 'att uppnå jämställdhet mellan män och kvinnor', 'att förbättra kriminalvården' och 'att hålla arbetslösheten nere'.

En av frågorna rörde innebörden av begreppet 'privatliv'. Deltagarna i undersökningen ombads att skriva ned vad de anser är privatliv. Allmänt kan sägas att svaren speglade de uppfattningar om begreppet personlig integritet som brukar förekomma i den allmänna diskussionen. Ett typiskt svar kunde således lyda "att jag skall få vara i fred".

Data och integritet. Allmänhetens kunskaper och attityder allmänt och till SCB. Statistiska centralbyrån. Stockholm 1985

Undersökningen genomfördes mot bakgrund av diskussioner i massmedia om personlig integritet och knöt an till tidigare undersökningar 1976, 1980 och 1984. En del av studien gällde datakunskaper och samband mellan sådana kunskaper och inställningen till skyddet av privatlivet. Ett särdrag värt att nämna var att denna undersökning ställde frågan om de svarande anser att det är befogat, tveksamt eller obefogat att vissa myndigheter, organisationer och företag utnyttjar personregister. Fokus är här inte på känslor av obehag och liknande, vilket är vanligt i andra undersökningar.

Vem vet var Du är och vad Du gör? Transportinformatik och personlig integritet. Rapport 2002:5. Institutet för transportforskning TFK (Anders Lindkvist m.fl.). Stockholm 2002

Studien undersökte allmänhetens inställning till videoövervakning och övervakningens betydelse för minskad brottslighet och för känslan av trygghet.

FRÅGOR ATT STÄLLA

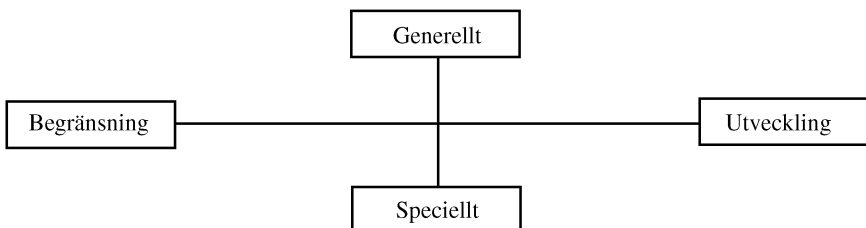
Inledning

Som den korta genomgången av några tidigare undersökningar indikerar kan olika strategier användas för att formulera frågor. Viktigt är att grunda frågorna på någorlunda väl definierade *informationsbehov* och inte falla för frestelsen 'bra att ha' eller, rättare sagt, 'bra att veta'.

En möjlighet är att utgå från en mycket generell grundritning och från denna bygga frågebatteriet, detalj för detalj.

Schemat eller tankemodellen nedan skall tas som ett exempel på ett möjligt tillvägagångssätt. Modellen bygger på en enkel struktur med två dimensioner relaterade till varandra, där den ena dimensionen går från 'speciellt' till 'generellt' och den andra från 'begränsning' till 'utveckling'. 'Generellt' syftar på frågor av övergripande art, t.ex. hur människor ser på behovet att få vara anonym. Det speciella rör detaljfrågor av typen 'Är det acceptabelt med videokameror i taxibilar?'. 'Utveckling' och 'begränsning' tar sikte på intresset att skapa nya rättspositioner och att utveckla skyddet av existerande rättspositioner respektive intresset att precisera existerande rättspositioner och stämma av dem mot motstående intressen.

Modellen resulterar i fyra fält och ger möjligheter att överväga både hur balansen mellan frågor av olika typ kan utformas och att skapa en grundläggande, enkel systematik.



Med koppling till modellen har man att överväga vilka kunskapsbehoven är och hur de kan belysas genom frågor. Man kan också bestämma var tyngdpunkten skall ligga, t.ex. på att studera generella frågor snarare än speciella. Modellen kan också användas för att sortera frågor från tidigare undersökningar och klargöra om och i vilken form de kan återanvändas. Givetvis finns det variationer på modelltemat och denna modell är bara en bland många möjligheter. Ett enkelt tillvägagångssätt är att använda ett antal centrala frågekategorier som mer eller mindre frekvent förekommit i tidigare undersökningar, eventuellt i kombination med modellen ovan.

Socio-demografiska kategorier

En indelning i flera olika socio-demografiska kategorier som kön, ålder, utbildning och inkomst kan ge användbar kunskap. Men det är viktigt att hålla i minnet att tidigare undersökningar knappast tydligt har påvisat några stora skillnader i åsikterna hos olika grupper. Frågor om IT-vana och upplevelse av tidigare intrång bör inte uppfattas som socio-demografiska kategorier utan kan hanteras på annat sätt.

Eftersom det inte är (ekonomiskt) möjligt att använda sig av ett stort antal kategorier är det angeläget att noga tänka igenom vilka eventuella 'gruppvariationer' som är relevanta. Utgångspunkten bör vara att det räcker med t.ex. 'kön', 'ålder' och 'utbildning'.

Uppfattningar om begreppet personlig integritet

Då lagstiftningen syftar till att skydda enskilda människors personliga integritet har det självklart intresse att försöka klargöra vad det är som allmänheten uppfattar skall skyddas. Det dominerande problemkomplexet i forskningen och den allmänna diskussionen handlar om *behandling av personuppgifter*. Det finns skäl att överväga om en undersökning bör ta ett bredare grepp. En möjlighet är t.ex. att relatera informationell integritet till fysisk integritet för att få en uppfattning om samband och prioriteringar.

Frågor om informationell integritet kan inriktas dels på allmänna frågor ('Bör det finnas en rätt till absolut anonymitet?'; 'Bör man lagstifta om skydd så snart det finns en teoretisk risk för intrång?'), dels på olika, konkreta sammanhang som 'hus och hem', innehåll i kommunikation (brev, telefon, e-

post), uppgifter om den egna personen, uppgifter om familj och närstående, uppgifter om en persons omgivning (stadsdel, grannen, bekantskap) o.s.v.

Nyckelfrågorna kan handla om *att säkra integritetsskyddets kärna* – ett skyddat rum dit individen kan dra sig undan och vara sig själv, fredad mot insyn och övervakning. Skyddets kärna hotas när möjligheter till insyn och övervakning påverkar människors *beteenden* och, framför allt, får dem att avstå från aktiviteter och kontakter som de annars inte skulle ha tvekat att engagera sig i. Det kan vara t.ex. att uppsöka en vårdinrättning, att kontakta en myndighet, att söka efter viss information, att umgås med vissa andra individer eller att engagera sig i en debatt. En typisk fråga enligt denna tanke-*linje* är: *'Har du någon gång avstått från att besöka en plats där du vet att det förekommer kameraövervakning?'*

När det gäller behandlingen av personuppgifter är det naturligt att använda underkategorier som insamling, spridning och bearbetning. En hypotes kan vara att allmänheten ser på *insamling* på ett annat sätt än på *spridning* och har olika uppfattningar om integritetskränkningar i de olika sammanhangen. Här kan man även beakta t.ex. till vem uppgifterna sprids och på vilket sätt spridningen sker (jfr t.ex. 'åtkomlighet på särskild förfrågan' med 'allmän åtkomlighet via Internet').

Frågorna bör syfta till att nå fram till en positiv bestämning av begreppet personlig integritet och placera fenomenet och de anknyttande problemen i en genomtänkt ram. Frågor om synen på tillåtna intrång, d.v.s. en negativ bestämning av begreppet personlig integritet, bör grupperas för sig (jfr i modellen ovan 'begränsning').

Vilka uppgifter är känsliga?

Olika rättsliga föreskrifter bygger på att personuppgifter kan delas in i olika typer med olika grad av känslighet. Även den dagspolitiska diskussionen tenderar att uppmärksamma särskilt känsliga kategorier av information, t.ex. personnummer eller loggar med upplysningar om datatrafik. Det bör vara intressant att ta reda på hur allmänheten uppfattar olika typer av uppgifter och studera i vilken utsträckning allmänhetens inställning är i harmoni med lagstiftningen.

Frågorna kan ställas på olika sätt, och behöver inte nödvändigtvis bygga på en enkel, binär kvalificering som 'känslig' eller 'icke känslig', utan kan sikta till att rangordna mer finfördelat. Ett exempel ger SCB:s Undersökning

rörande personuppgifters känslighet 1975, med kategorier som: 'inte det minsta känslig', 'lite känslig', 'mycket känslig', 'oerhört känslig' samt 'vet ej' och 'vägrar'. Man bör vara uppmärksam på att ordet "känslig" i sig innebär en värdering, vilket kan påverka resultaten.

Det förefaller viktigt att i frågorna ge *konkreta exempel*, så att de tillfrågade kan ta ställning till dessa. Förebilder finns i tidigare undersökningar, bl.a. de som genomförts av SCB.

Exempel på uppgifter som kan förekomma i frågorna är fysisk adress, e-postadress, mobiltelefonnummer, hemtelefonnummer, personnummer, kundnummer, hälsouppgifter, uppgifter om religion, sexuell läggning, fackligt medlemskap, medlemskap i ideella föreningar, bilder av identifierbara personer, köpvanor, uppgifter om var man befinner sig, politiska åsikter, uppgifter om den tillfrågades familj (barn, make, föräldrar), sysselsättning, uppgifter om ekonomiska förhållanden (skulder, bankkonto), betyg från tidigare utbildningar, medlemskap i ett politiskt parti, tidigare straff, o.s.v. Eftersom listan kan bli mycket lång är det angeläget att överväga informationsbehoven och hålla i minnet att de svar som erhålls helst bör vara till direkt nytta i det praktiska arbetet med regelutformning.

Svaren på frågor i denna kategori kan relateras till frågor av annat slag för att bedöma olika samband. Till exempel kan en uppgift som generellt uppfattas som känslig likväl i speciella situationer bedömas som 'ofarlig'.

Vilka intrång är accepterade?

Till skillnad mot frågorna om begreppet personlig integritet i avsnittet ovan syftar den här gruppen av frågor till att avgränsa personlig integritet på ett negativt sätt. Frågorna handlar om uppfattningar om vad som är acceptabla intrång och om upplevelser av kränkning satta i relation till intrångets syften, dess omfattning m.m. Interesseavvägningar av detta slag är grundläggande i integritetsskyddsdiskussionen och hör hemma på både hög och låg nivå (jfr 'generellt' och 'speciellt' i modellen ovan). Det bör ha intresse att få en uppfattning om *orsakerna* till oroskänslor och kränkingskänslor i olika sammanhang. Möjliga påverkande faktorer är *vem* som företar intrånget och i vilket *syfte*, den egna *kännedomen* om intrånget o.s.v.

Av betydelse i sammanhanget är sannolikt att den tillfrågade kan ha en viss grunduppfattning i en fråga, t.ex. om kameraövervakning, men kanske inte tidigare har tänkt på en viss aspekt. Människor kan således vara allmänt

bekanta med ett visst integritetsskyddsproblem men ändå inte ha tänkt igenom alla dess konsekvenser. Man kan också se det så att det kan finnas 'populäruppfattningar' om vissa kända integritetsskyddsproblem som inte nödvändigtvis stämmer överens med uppfattningarna om 'dolda konsekvenser'.

Frågorna kan gälla ett eller flera områden, t.ex. hälso- och sjukvården. Några exempel kan tydliggöra vad de kan handla om:

Accepterar du informationsutbyte mellan sjukhus och vårdcentraler så att en läkare kan ta fram dina hälsouppgifter var du än befinner dig?

Känner du oro över att någon annan än sjukvårdspersonalen kan läsa dina uppgifter och sprida dessa uppgifter vidare?

Anser du att försäkringskassan bör ha tillgång till dina hälsouppgifter?

Skulle du vilja få tillgång till dina journaler över Internet om det vore möjligt?

Egen upplevelse av intrång under de senaste fem åren

Obehagskänslor och inställningen till personlig integritet kan vara relaterade till tidigare, egna upplevelser av intrång. Hypotetiskt kan till exempel en person som upplevt missbruk av personuppgifter på ett sjukhus känna större allmänt obehag och göra anspråk på en bredare personlig sfär än en person som aldrig har blivit utsatt för intrång på detta sätt.

En inledande fråga kan vara allmän och gälla om den svarande under de senaste fem åren upplevt något som personen själv betraktar som ett intrång i den personliga integriteten. Den kan kopplas till frågor som belyser i vilket sammanhang intrång skett, t.ex. ett sjukhusbesök, en intervju- eller enkätundersökning eller en reklamkampanj. Man kan också – men detta är inte utan problem – tänka sig frågor som avser att belysa om intrånget har att göra med att den svarande tillhör någon viss särskilt utsatt grupp (minderårig, invandrad, X-minoritet).

Intresseavvägning

Lagstiftningen föreskriver en intresseavvägning i vissa situationer. Artikel 8 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna tillåter t.ex. inskränkningar i rätten till privatlivet med "hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, lan-

dets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.” Som framkommit i olika tidigare undersökningar företar också allmänheten sådana intresseavvägningar.

I SCB:s undersökning från 1976 skulle de tillfrågade rangordna vissa skyddsintressen. Skyddet av människors privatliv kom på plats nummer tre. Intressena (frågeställningarna) som förekom i denna undersökning var inte i konflikt med varandra, jfr t.ex. ’arbetslöshet’ och ’personlig integritet’. Kanske är det mer intressant att be människor rangordna vissa *konkurrerande* intressen. Frågan kan t.ex. vara ställd så att de tillfrågade ombudsordna vissa intressen efter deras inbördes vikt. Som kategorier kan t.ex. följande förekomma: brottsbekämpning, bidragsfusk, förvaltningseffektivitet, effektivitet i e-handel, personlig integritet, yttrandefrihet. Frågorna kan även här med fördel formuleras med anknytning till konkreta exempel/situationer.

Åsikter om olika juridiska åligganden att lämna ut uppgifter

Vilka frågor som ställs måste i hög grad bero av konkreta kunskapsbehov (alltså specifika frågor enligt modellen ovan). Det kan gälla uppgiftslämnande från skatteverket, teleoperatörer, hälsovården o.s.v. Skillnader kan göras mellan uppgiftslämnande myndigheter emellan och annat uppgiftslämnande.

Oroskänslor och faktiskt uppträdande

Trots att en person känner oro över att ge andra tillgång till personliga uppgifter, kan han eller hon ändå lämna sådan information, t.ex. på en webbplats. Det har intresse att undersöka varför och i vilka situationer detta sker. Frågorna kan vara av typen ’Känner du oro när du lämnar uppgifter om din person i samband med ett köp på Internet?’ Generellt sett har det intresse att få belyst hur en obehagskänsla och ett visst agerande på Internet hänger samman med varandra. Oroskänslor betingas inte alltid av faktiska riskmoment, utan kan ha en mer eller mindre irrationell grund. Hur är det t.ex. med en omfattande användning av Internet; minskar eller ökar den oron över bristande integritetsskydd? Och hur är det med oroskänslor i förhållande till attityden till informationsbehandling i samhället i allmänhet? Jfr en tänkbar uppdelning av ’grundattityder’ som denna:

Tillitsfull inställning	Situationsbetingad inställning	Misstänksam inställning
Missbruk förekommer endast sällan	Information om användning skyddas	Missbruk är regel
Sanktioner avskräcker från missbruk	Övertramp går att rätta till	Missbruk kommer inte att upptäckas

Rätt till informationsskydd

Som blivit belyst i några tidigare undersökningar tenderar personer att besvara kunskapsfrågor utan att egentligen ha de insikter eller erfarenheter som förutsätts för att kunna svara. Det kan därför ha intresse att ha med ett frågeblock som (direkt eller indirekt) tar sikte på kännedomen om rättigheter som innebär skydd av personlig information. Frågorna kan vara av följande typ:

Har du någon gång kontaktat en myndighet, ett företag eller någon annan organisation och begärt ett utdrag av dina personuppgifter?

Har du någon gång kontaktat en myndighet, ett företag eller någon annan organisation och begärt rättelse av dina personuppgifter?

Om du inte gjort det vilket är skälet? (a) Kände inte till rättigheten. (b) Fann det inte viktigt att fråga. (c) Litar på att organisationen behandlar mina uppgifter på ett korrekt och lagligt sätt. (d) Andra skäl (ange vilka)

Det kan finnas samband mellan hur väl allmänheten känner till sina informationsrättigheter och vilken grad av oro de upplever i samband med personlig integritet.

TRE SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER

(a) *Brett och snävt*

En opinionsundersökning kan ha ett *allmänt syfte* och söka belysa integritetsskyddets sociologi och psykologi i stort. Den kan också inriktas *snävt* och knytas till analys och utformning av en viss rättslig reglering. I viss utsträckning sammanfaller de båda syftena men renodlas de blir ett vägval nödvändigt. Om syftet är snävt – vilket kan motiveras också av ekonomiska skäl – är det särskilt angeläget att tänka igenom hur den information

som en undersökning resulterar i kan utnyttjas i det aktuella lagstiftningssarbetet.

(b) *Konkretion och sammanhang*

Det är lämpligt att frågorna i en opinionsundersökning i stor utsträckning bygger på *konkreta exempel ur vardagen*. Exempelen kan gärna ha anknytning till områden som människor är förtrogna med (t.ex. sjukvårdsmiljön) snarare än att relatera till abstrakta principer. Frågorna bör också stämmas av inbördes så att svaren ger helhetsbilder, t.ex. av hur redovisade attityder förhåller sig till hur människor faktiskt beter sig.

(c) *Varför?*

Man bör inte försumma att försöka fram få information om orsaker till att människor har en viss inställning och hur de resonerar. Detta innebär svårigheter för en undersökning men informationen är sannolikt värdefull eftersom den kan öppna för förståelse av vilka uppfattningar som är baserade på erfarenhet och eftertanke och vilka uppfattningar som är mer eller mindre irrationella och tillfälliga. Jfr ovan om möjligheten att utnyttja intervjuer och 'fokusgrupper'.

.....

Annamari Turunen

Aineettomuus, oikeuksien hallinnointi ja yhteiskäyttö*

AINEELLISET VAI AINEETTOMAT MARKKINAT

Seuraavassa kirjoituksessa tarkastellaan ongelmia, joita perinteinen oikeusajattelu saattaa aiheuttaa puhuttaessa aineettomista hyödykkeistä. Samalla tarkastellaan myös näistä ongelmista johtuvaa tarvetta pyrkiä hallinnoimaan aineettomia oikeuksia perinteisestä poikkeavalla tavalla. Tarkastelun lähtökohta löytyy markkinoista, jotka ovat jatkuvaa vuorovaikutusta. Markkinoilla vuorovaikutus toteutetaan tuotteita ja palveluita myymällä ja ostamalla, jolloin vastikkeeksi saadaan rahaa.

Markkinoiden ytimestä muodostuu toiminnallinen eli *funktionaalinen*; toiminnallisuus on vaihdannan kautta eräs markkinoiden välttämätön osatekijä. Markkinat ovatkin siten osaltaan sekoitus sekä statiikkaa että dynamiikkaa; vaihdantaobjekteja (staattista) vaihdellaan maksua vastaan (dynaamista). Markkinoiden dynaamisuus koostuu näiden kahden elementin keskinäisestä yhteistoiminnasta. Vaihdannan staattisuus näkyy tavaroiden ja palveluiden staattisuudessa; ne määritellään yleensä perinteisessä taloudessa vaihdantaobjekteina, joita sitten siirrellään etupiiristä toiseen. Tässäkin tapahtumassa itse omaisuus säilyy kuitenkin yleensä muuttumattomana eli se on määritelty staattisesti. Toisaalta itse vaihdanta on perusluonteeltaan dynaamista, jolloin dynamiikka on luonnollinen osa vaihdantatapahtumaa.¹

* Artikkelissa esitetyt ajatukset perustuvat kirjoittajan tohtorinväitöskirjaan *Innovations as Communication Processes. A Legal Architecture for Governing Ideas in Business*, joka hyväksyttiin Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnassa joulukuussa 2005. Kirjoittaja työskentelee tutkijana Lapin yliopistossa.

¹ Tämä perustuu esineiden kahdenlaiseen käyttöön; jokaiseen esineeseen sisältyy kaksi käyttötapaa. Esimerkiksi kenkää voidaan käyttää pitämällä sitä jalassa kävellessä. Tämä on kengän *luonnollinen käyttötapa*, ja se antaa kengälle käyttöarvon. Toisaalta kenkää voidaan käyttää *vaihdantaobjektina*, jolloin sillä on lisäksi vaihdanta-arvo. Ks. Karapuu, Heikki: Omistusoikeus perusoikeutena, s. 49. Julkaisussa Scheinin, Martin (toim.): Omistusoikeus. Tutkijaliiton julkaisusarja 21, s. 45–81. Helsinki 1983.

Näistä lähtökohdista markkinoiden ajatellaan toimivan hallinnointi-instrumenttina. Toimintaa kutsutaan oikeuksienhallinnoinniksi (*rights governance*). Hallinnoinnin keskeisin tavoite on pyrkiä järjestelemään markkinatoimijoiden oikeudet järkevällä, toimivalla ja kestäväällä tavalla. Tästä syystä markkinoiden toiminta voidaan määrittää juuri termillä ”governance”.² Perinteisellä tavalla toimivilla markkinoilla oikeuksienhallinnointi tapahtuu usein muodostamalla hyödykkeistä sopivia yksityiseen omistukseen. Yksityiseen omistukseen kuuluvat vaihdantaobjektit toimivat markkinoiden muovaajina ja antavat samalla taloudellista valtaa oikeudenomistajalle. Toisaalta oikeudenomistajan valta ja yksityisomistus määrittävät myös tuotteen arvoa.³

Aineettomassa vaihdantaympäristössä sekä staattisuus että dynaamisuus saavat uudenlaista merkitystä. Myös *vaihdantaobjekteista muodostuu dynaamisia* ja vaihdantaympäristöstä entistä toiminnallisempi. Aineettomat vaihdantaobjektit ja tätä kautta muuttunut vaihdantaympäristö vaikuttavat siten myös markkinoihin. Markkinat ja perinteinen juridinen ajattelutapa ovat sidoksissa toisiinsa, jolloin ajattelun keskiössä on vaihdannan kohde. Se on yleensä ollut tarkoin määritelty ja usein konkreettinen objekti, siis staattinen. Nämä markkinoiden objektit kuuluvat tällöin yleensä yksityisen omistuksen piiriin. Aineettomat objektit eivät kuitenkaan läheskään aina määrity staattisiksi. Kuinka arvioidaan esimerkiksi *multimediaa*? Multimedia voi sisältää ainakin liikkuvaa ja liikkumatonta kuvaa, puhetta, kirjoitusta, musiikkia, pelejä, tietokoneohjelmaa ja paljon muitakin elementtejä.⁴ Keskeis-

² Markkinoiden toiminnasta hallinnointivälineenä voidaan käyttää myös termiä ”*market management*”. Ero termien ”governance” ja ”management” välillä löytyy hallinnointitapojen sisällöstä ja toteuttamisen tavasta. Hallinnointi management-mielessä liittyy yleisimmin liiketoimintaan ja kohdistuu pääasiassa liiketoiminnassa syntyvien voittojen ja voitontuottoon tarvittavien resurssien jakoon. Hallinnointi governance-mielessä taas perustuu usein ainoastaan hallinnollisten toimien kestäväään järjestelyyn. Management-hallinnointi liittyy siis yleensä liiketoimintaan tai rahaan, kun taas governance-hallinnointi pyrkii ensisijaisesti määrittelemään ja järjestelemään kansalaisten oikeuksia ja velvollisuuksia. Ks. Fox, Gwyneth – Moon, Rosamund – Stock, Penny (toim.): *Collins Cobuild English Language Dictionary*, s. 882, Lontoo 1987.

³ Yksityistämisen kautta oikeudenhaltijalle (omistajalle) annetaan vahva hallinta-asema, joka näyttyäyttyy usein jopa tämän suvereniteettina. Suvereniteetti luodaan antamalla omistajalle *absoluuttinen ja eksklusiivinen oikeus* yksityistettyyn hyödykkeeseen tai esineeseen. Suvereniteetti voidaan määrittää myös yksityisen omistuksen ytimeksi. Ks. Drahos, Peter: *A Philosophy of Intellectual Property*, s. 147. Dartmouth 1996.

⁴ Multimedia muodostuu erilaisista informaatiotyypeistä ja sitä voidaan pitää eräänä informaatiotuotteen malliesimerkkinä. Multimedia voi sisältää kirjoitusta, ääntä, kuvaa ja dataa. Multimedia on tyypillisesti *interaktiivinen media*, jolloin myös tuotteen käyttäjät ovat aktiiv-

tä itse multimediatuotteelle on kuitenkin näiden elementtien sekä niiden tekijöiden, samoin kuin tekijöiden oikeuksien ja intressien keskinäinen järjestäminen ja yhteistoiminta.

Perinteisillä markkinoilla aineettomiksi määrittyvät vaihdantaobjektitkin on kuitenkin pyrittävä konstruoimaan perinteisen mallin mukaisiksi. Hyvä esimerkki tästä on informaatio, joka määrittyy selkeästi aineettomaksi. Aineettomuudesta huolimatta informaation hallinnointiin käytetään usein esineoikeuden käsitteitä ja oikeussääntöjä. Hahmojen kaupallistaminen (*character merchandizing*) muodostaa erään esimerkin; tunnettuihin mielikuvitusshahmoihin liittyvien mielikuvien varaan pyritään rakentamaan kaupallisesti hyödynnettäviä oheistuotteita, jolloin mielikuviin ja tuoteinformaatioon sisältyvää arvoa kyetään hallinnoimaan. Mielikuva siis tuotteistetaan ja näitä tuotteita jälleen ostetaan ja myydään.

Aineelliset tuotteet mahdollistavat myös itse informaation aineellistamisen. Tällä tavoin aineettomuus rakentuu juuri informaation perusluonteeseen osana ihmisten elämysmaailmaa.⁵ Tuotteistamisen tavoin aineettoman käsitteleminen aineellisena on keskeistä perinteisen logiikan varassa toimiville markkinoille. Seuraavassa tarkastellaan aineettomien hyödykkeiden suhdetta perinteisen oikeuksienhallinnointijärjestelmän solmukohtiin. Lähtökohtana toimii totuttu materiaalistien hyödykkeiden hallinnointi, jota käytetään aineellisuuden mukanaan tuomien muutosten tausta-argumenttina.

visia toimijoita sisältöä käyttäessään. Interaktiivisuus tarkoittaa käyttäjien reaaliaikaista mahdollisuutta ottaa vastaan tuotteen sisältöä ja vaikuttaa siihen. Ks. Grewlich, Klaus W.: Governance in "Cyberspace". Access and Public Interest in Global Communications, s. 57. Kluwer Academic Publishers 1999.

⁵ Informaation ajatellaan usein tulevan yksityisen omistuksen kohteeksi silloin, kun se muuttuu tiedoksi. Informaation tuotteistaminen vastaa tätä ainakin osittain. Informaation merkityksen kasvaessa eivät keskeisimmässä asemassa markkinoilla enää olekaan fyysiset esineet ja sellaisina siirrettävät objektit, vaan itse informaatio. Näissä olosuhteissa informaation kontrollimahdollisuudesta muodostuu objektien hallintaa merkittävämpi pohja vahvalle markkina-asemalle. Ks. Elkin-Koren, Niva: It's All About Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape, s. 79–80. Julkaisussa Netanel, Neil – Elkin-Koren, Niva (toim.): The Commodification of Information. s. 79–106. Kluwer Academic Publishers 2002.

MATERIAALISUUS/IMMATERIAALISUUS HALLINNOINNIN KOHTEENA

Esineellistäminen ja toiminnallisuus

Markkinat muodostavat perinteisen oikeuksienhallinnointijärjestelmän, jolloin oikeuksienhallinnointi rakentuu keskenään toimiville elementeille eli vaihdannalle. Ytimenä toimii vaihdantakelpoisten esineiden olemassaolo. Esineen vaihdantakelpoisuus edellyttää tällöin taustakseen yleensä subjektiivisen oikeuden konstruktia; oikeudella on subjekti ja objekti ja se perustuu oikeussuhteille.⁶ Subjektiivisen oikeuden kautta vaihdannan piiriin tulevat hyödykkeet kyetään esineellistämään (*commodification*) ja niihin liittyviä oikeuksia pystytään tällä tavoin hallinnoimaan. Esineellistettäessä esimerkiksi informaatiosta muodostetaan vaihdantaa varten erilaisia informaatiohyödykkeitä sen sijaan, että oikeuksienhallinnointi tarvitsisi suunnata itse informaatioon ja sen käyttöön. Tavoitteena on tietysti edelleen mahdollisimman joustava ja sujuva vaihdanta perinteisen oikeuksienhallinnointijärjestelmän varassa.⁷

Hyödykkeiden esineellistämisen perusta on siis vaihdannan liittyminen *konkreettisen esineen hallintaan*. Pelkät näkymättömät oikeudet ovat totutulle juridiikalle hankalia käsitellä. Tästä syystä aineettomatkin hyödykkeet pyritään usein muuntamaan siirrettävyyteen sopiviksi, jolloin puhutaan juuri niiden esineellistämisestä tai aineellistamisesta. Tällä tavoin hyödykkeitä voidaan käsitellä fyysisten kappaleiden (vaihdantaobjektien) muodossa ilman aineettomuuden mukanaan tuomaa epämääräisyyttä.⁸ Esineellistämistä

⁶ Subjektiivisella oikeudella on kolme perusaksioomaa: 1) subjektiivinen oikeus perustuu oikeussuhteeseen, 2) oikeussuhteet ovat aina henkilöiden välisiä ja 3) subjektiivinen oikeus ei esiinny vain suhteessa *inter partes*, vaan myös suhteessa *ultra partes*. Ks. Niemi, Matti Ilmari: Kompetenssi, s. 291a. Julkaisussa: *Encyclopaedia Iuridica Fennica* VII, s. 289a–297c. Jyväskylä 1999.

⁷ Juuri tästä syystä hyödykkeet on muutettava esineiden muotoon. Informaatiomarkkinoilla markkinarakenne perustuu kolmeen muuntuvaan ja toisiinsa lomittuvaan elementtiin. Nämä ovat markkinaistuminen, esineellistäminen ja kasvava teknologian hyväksikäyttö. Keskeisimpiä käytettyjä teknologian muotoja ovat elektroniikka, tieto- ja ohjelmistoteknologia ja bioteknologia. Ks. Tepora, Jarno: Tekijänoikeuden käyttö vakuutena, s. 181. Julkaisussa Tammi-Salminen, Eva (toim.): Omistus, sopimus, vaihdanta. Juhlakirja Leena Kartiolle, s. 181–203. Jyväskylä 2004.

⁸ Eräs esineellistämisen vastavoima arvon lisäämiseksi ja hallinnoimiseksi on *brandaus*. Arvon sitominen brandiin varmistaa sen, että tuotteita voidaan markkinoida esimerkiksi niminä. Hyödykkeiden ei siten välttämättä tarvitse jäädä pelkiksi tuotteiksi ja arvokin saattaa moninkertaistua. Ks. Kotler, Philip: *Marketing Management*, s. 425. 11. painos. New Jersey 2003.

on siten pidetty eräänä vastauksena aineettomuuden tuomaan epämääräisyyteen, sillä aineettomien hyödykkeiden esineellistäminen on keino muodostaa niille oikeuksienhallinnointirakenteita. Esineellistetyt tuotteet sopivat aineettomia resursseja paremmin markkinoille ja vaihdantaan.⁹

Esineellistäminen mahdollistaa siis aineettomien hyödykkeiden käsittelemisen aineellisen kaltaisina ja siirtokelpoisina. Musiikkiteokset ja elokuvat ovat tästä hyvä esimerkki. Molempien jakelu on perinteisesti tapahtunut fyysiseen tallennusalueeseen sidottuna, jolloin myös aineettoman puolen hallinnointi on tapahtunut helposti käyttämällä avuksi tallennusalueen fyysisyyttä.¹⁰ Perinteiset oikeuksienhallinnointijärjestelmät kohtaavat kuitenkin nykypäivänä suuria muutospaineita. Erityisesti aineettomien hyödykkeiden hallinnointi esineellistämällä on entistä vaikeampaa digitaalisessa ympäristössä, jossa tuotteen sisältö irtaantuu täysin sen fyysisestä kantajasta.

Musiikkiteosten valmistaminen ja saattaminen yleisön saataville digitaalisessa muodossa tarjoaa hyvän esimerkin perinteisen oikeuksienhallinnoinnin riittämättömyydestä aineellisten hyödykkeiden hallinnointiin ja kontrolliin. Sisällön itsensä osalta esineellistäminen on kyllä toteutunut, muun muassa teknisten kopiosuojausten ja digitaalisten oikeuksienhallinnointijärjestelmien (*digital rights management*) avulla (TekL 5a luku, 14.10.2005/821). Aineettomuuden myötä sisällön jakelu- ja kopiointimahdollisuudet ovat kuitenkin helpottuneet. Siksi pelkkä yksinkertainen aineettoman muuntaminen aineelliseksi ei enää riitä takaamaan oikeudenhaltijalle edes samanvahvuista asemaa kuin tällä aiemmin oli. Tekijänoikeus näyttää olevan jatkuvasti ainakin askelen teknisen kehityksen jäljessä.

Aineettomuuden hallinnoinnin ongelma on perinteisen juridiikan tiukassa sidonnaisuudessa subjektiiviseen oikeuteen, johon aineettomat hyödykkeet eivät aina taivu. Informaation tasolla aineettomista oikeuksista koostuvan sisällön esineellistäminen jää nimittäin aina vajaaksi. Oikeudenhaltijalla ei näissä olosuhteissa voi koskaan olla täyttä mahdollisuutta rajattomaan

⁹ Toisaalta tiedon muuttaminen tuotteeksi on myös sen uudelleentuottamisen ydin: uudelleentuottaminen on juuri se kehitysvaihe, jossa tieto esineellistetään. Samalla informaatio saa vaihdanta-arvoa käyttöarvonsa lisäksi. Ks. Suarez-Villa, Luis: *The Rise of Technocapitalism*, s. 14. *Social Studies*. Vol. 14 (2) 2001, s. 4–20.

¹⁰ Fyysisiä informaation kantajia ovat esimerkiksi kirjat, CD-levyt tai valokuvat. Informaation muuntaminen digitaalseksi ei aina kuitenkaan tarkoita sitä, että fyysiset tuotteet muutettaisiin digitaalisiksi, vaan fyysisiin tuotteisiin on mahdollista sisällyttää myös digitaalisia elementtejä. Ks. Westman, Daniel: *Information – infrastruktur och access*, s. 33. IRI-rapport 1998:1. Institutet för rättsinformatik. Stockholm 1998.

kontrolliin samalla tavalla kuin fyysisten esineiden kohdalla on.¹¹ Kuitenkin aineettomienkin hyödykkeiden hallinnointiin on perinteisessä juridisessa järjestelmässä käytettävä olemassa olevaa juridiikkaa.

Aineettomassa ympäristössä tämä aiheuttaa ongelmia tai ainakin soveltamisepäselvyyksiä. Kuinka on esimerkiksi arvioitava verkkosivujen grafiikan (TN 2004:10: teoskynnys ei ylittynyt) tai Internet-linkkien (TN 2001:8: kysymys linkityksen tekijänoikeussuojasta jätetty edelleen auki) tekijänoikeudellista asemaa? Kumpikin tapaus asettuu tekijänoikeuden ”harmaalle alueelle” arvioitavan kohteen toiminnallisuuden vuoksi. Uudet tietoverkoissa toteutettavat ideat ja siellä lisääntyvästi liikkuva informaatio muodostavatkin erään hyvän esimerkin aineettomista, esineellistämiseen taipumattomista hyödykkeistä.¹² Siten aineettomien oikeuksien hallinnointi on rakennettava esineellistämistä toiminnallisemmalle pohjalle.

Niukkuus ja arvo

Hyödykkeiden esineellistämistä käytetään keinona määritellä hyödykkeitä yksityisen käytön piiriin. Taustana toimii yhteiseksi jäävä/tuleva alue. Esineellistämisen pääpaino on juuri siinä, että hyödykkeitä siirretään yhteisen käytön alueelta yksityiseen käyttöön. Hyödykkeen määrällä tai arvolla siinänsä ei esineellistämisen näkökulmasta ole merkitystä, vaan esineellistämisen tavoitteena on aina hyödykkeen käytön rajoittaminen ja kontrolli.¹³

¹¹ Informaatiota ei ole koskaan kyetty täysin esineellistämään sen rajallisen kontrolloitavuuden vuoksi. Siten esimerkiksi tekijänoikeus rakentuu aina tekijän rajoitetulle yksinoikeudelle. Hyvä esimerkki on TekL (14.10.2005/821) 12 §:n *oikeus valmistaa kopioita yksityiseen käyttöön*. Muita rajoituksia tekijän yksinoikeudelle löytyy muun muassa sananvapaudesta. Nämä rajoitukset on osittain kirjoitettu jo tekijänoikeusjärjestelmän ja -lain sisälle. Ks. Oesch, Rainer. Tekijänoikeudet ja perusoikeusnäkökulma, s. 364. Lakimies 2005 (3), s. 351–376.

¹² Tästä näkökulmasta immateriaalioikeuksien järjestelmän lähtökohtana on toisaalta usein pidetty juuri ideoiden muuntamista tuotantoon sopiviksi vaihdantakelpoisiksi tuotteiksi. Tiedon tuottamisen perustana on yleisemminkin ajateltu olevan pyrkimys muuttaa sitä tuotteeksi, jolloin tuotteistamisen on nähty olevan välttämätön edellytys tiedon vaihdanta-arvolle. Ks. Suarez-Villa: The Rise of Technocapitalism, s. 5.

¹³ Taustana voidaan tarkastella lahjoituskulttuureita (*gift culture*), jolloin oma (tekijänoikeus)kulttuurimme määrittyy vaihdantakulttuuriksi. Erona on näiden kulttuurimuotojen suhde niukkuuteen. Vaihdantakulttuurin ydin on hyödykkeiden niukkuudessa, kun taas lahjoituskulttuuri perustuu hyödykkeiden runsauteen ja jopa yltäkylläisyyteen. Toisaalta lahjoituskulttuurissa elävän ihmisen statuskin määrittyy eri lähtökohdista kuin vaihdantakulttuurissa. Statuksen lähtökohta on antamisessa, ei mahdollisuudessa kontrolloida omaisuutta. Ks. Bergquist, Magnus – Ljungberg, Jan: The Power of Gifts: Organizing Social Relationships in Open Source Communities, s. 305. Information Systems Journal 11 (2001), s. 305–320.

Hyödyke voi siis olla runsas, niukka, arvokas tai arvoton. Esineellistäminen kuitenkin aina niukentaa hyödykettä, joten esineellistäminen ja niukkuus ovat läheisessä vuorovaikutussuhteessa keskenään.

Esineellistämisen kautta hyödykettä siis myös niukennetaan (*scarification*). Niukentaminen vaikuttaa sekä kykyyn kontrolloida hyödykkeen käyttöä että mahdollisuuteen kasvattaa sen markkina-arvoa ja vaihdantaa.¹⁴ Hyödykkeen niukentaminen on tehokas keino vaikuttaa hyödykkeiden kysyntään ja sitä kautta myös niiden markkina-arvoon.¹⁵ Niukentaminen toimii tehokkaimmin juuri silloin, kun hyödykkeen määrä on runsas. Hyödyke ei siis tällöin normaalioloissa tulisi riittämättömäksi, vaikka jokainen hyödynnäisi sitä tarpeeseensa.¹⁶ Valaiseva esimerkki on päivänpaiste!

Toisaalta löytyy myös runsaita hyödykkeitä, joiden niukentaminen on mahdollista ja joita on jo niukennettukin. Esimerkki tällaisista on kieli ja sen muuttaminen yksinoikeuden alaiseksi – ainakin osittain – tekijänoikeudella tai tavaramerkkioikeudella. Kielen sanojakin voidaan siis omistaa. Korkein oikeus on esimerkiksi ratkaisussaan *KKO:2005:43* (S2003/594) arvioinut oppikirjan sanaluettelon tekijänoikeutta.¹⁷

KKO:2005:43. Kielen oppikirja oli käsittänyt erilliset tekstiosan ja sanaston. Yhtiö oli ilman oppikirjan tekijänoikeuden haltijoiden suostumusta kopioinut sanaston tietokoneella luettavissa oleville levykkeille ja ryhtynyt markkinoimaan levykkeitä. Korkeimman oikeuden tuomiossa maini-

¹⁴ Perustana on kysynnän ja tarjonnan laki, joka toisaalta pohjautuu hyödyn ja niukkuuden vuorovaikutukseen. Hyödyllisyys on keskeisin vaatimus sille, että jokin esine tulee taloudelliseen käyttöön. Niukkuus puolestaan vaikuttaa tuotteen erityiseen arvoon. Tarjonta vastaa siis niukkuutta ja kysyntä hyödyllisyyttä. Ks. Simmel, Georg: *The Philosophy of Money*, s. 90–91. London 1978.

¹⁵ Niukentamista voidaan käyttää myös välineenä, jonka avulla tuotteille luodaan arvoa. Tämä pätee usein kuitenkin vain fyysisiin esineisiin ja tuotteisiin, joiden osalta niukkuudella ja arvolla on selkeä vastaavuussuhde. Esimerkiksi kulta on yleensä arvokkaampaa kuin vehnä. Tilanne voi kuitenkin olla päinvastainenkin. Varsinkin monien aineettomien hyödykkeiden arvo kasvaa niiden yleistessä. Ks. Barlow, John: *The Economy of Ideas. A framework for patents and copyrights in the Digital Age*. (Everything you know about intellectual property is wrong.) *Wired*, March 1994 – http://wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html [23.9.2006].

¹⁶ Ks. Kuronen, Timo: *Kansalaiskeskustelun edellytykset tietoverkkojen aikakaudella*, s. 90–91. Tampere 2000.

¹⁷ Kielen niukentaminen, kuten siihen muodostettavat yksinoikeudetkin, on monitahoinen kysymys ja näkökulmia sekä tekijänoikeussuojan puolesta että sitä vastaan on esitetty. Tekijänoikeusneuvoston (TN 1995:16) mukaan muutamasta sanasta muodostuva lausuma ”*Save the Wildlife*” ei saisi tekijänoikeussuojaa.

tuilla perusteilla yhtiön katsottiin menettellyllään loukanneen tekijänoikeuksia.

Niukentaminen yksin tai edes yhdessä esineellistämisen kanssa ei kuitenkaan riitä oikeuksienhallinnointijärjestelmän perustaksi. Lisäksi on kyettävä määrittämään hyödykkeiden käyttökelpoisuus markkinoilla. Toisaalta tällainen määrittelykin toimii niukentamisen perustana: niukat hyödykkeet erotetaan muista, yleisesti/yhteisesti käytettävistä ja runsaista hyödykkeistä. Tämä tapahtuu yleensä muodostamalla juuri yksinoikeuksia.¹⁸ Yksinoikeuden kautta niukkuudella on toinenkin merkittävä tehtävä. Yksinoikeus toimii nimittäin taustana siihen perustuvia hyödykkeitä määriteltäessä. Yksinoikeuden alainen ja tällä tavoin määritelty hyödyke on esine, jolloin sen niukkuus muodostaa hyödykkeen arvon ja hallinnoinnin ytimen.

Kilpailevuus ja hallinnointi

Yksityinen omistus perustuu hyödykkeiden keskinäiselle kilpailevuudelle (*rivalry*). Hyödykkeiden kilpailevuudella on oma tehtävänsä osana aineellisten hyödykkeiden oikeuksienhallinnointia. Kilpailevuus muodostaa niukentamisen ja esineellistämisen lisäksi tehokkaan hallinnointijärjestelmän kolmannen peruselementin, jolloin keskenään erilaisille intresseille perustuvia hyödykkeitä pystytään kontrolloimaan. Kontrolli vaikuttaa suoraan hyödykkeiden määrään. Kontrollia nimittäin tarvitaan varmistamaan hyödykkeen riittävyys kilpailutilanteessakin.¹⁹ Kontrollin kautta siis varmistetaan se, että hyödykettä tuotetaan, mutta ei ylikäytetä.

Kumpikin näistä uhista, siis tuottamattomuus ja ylikäyttö, liittyvät erityisesti juuri keskenään kilpaileviin hyödykkeisiin. Nämä tuotetaan ja käytetään usein perinteisten siirtokelpoisten hyödykkeiden muodossa. Niiden

¹⁸ Omaisuuden perustana ero omaisuuteen kuuluvan ja sen ulkopuolelle jäävän välillä on keskeinen. Kyse on omistusoikeuden eksklusiivisuudesta ja absoluuttisuudesta. Ks. Mackaay, Ejan: Intellectual Property and the Internet: The Share of Sharing, s. 137. Julkaisussa Elkin-Koren, N. – Netanel N. W. (toim.): The Commodification of Information. Kluwer Academic Publishers 2002, s. 133–146.

¹⁹ Uhkana on hyödykkeiden ylikäyttö ja loppuunkuluminen. Ylikäytön ongelma on uhkaavampi esineiden ja kilpailevien hyödykkeiden osalta, sillä tässä suhteessa informaatioon tai innovaatioihin perustuvat yhteisölliset hyödykkeet ovat kestävämpiä. Ks. Boyle, James: The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public, s. 41. Law and Contemporary Problems. Public Domain. Vol. 66 (1&2) Winter/Spring 2003, s. 33–74.

määrä on monesti vakio, mutta käyttötarve vaihtelee. Hyviä esimerkkejä ovat vaikkapa maa tai irtain esine. Näiden hallinnointiin istuvat luontevasti myös perinteiset, subjektiiviseen oikeuteen sidotut varallisuusoikeudet.²⁰ Keskenään kilpailevien hyödykkeiden oikeuksienhallinnoinnin voidaankin ajatella olevan jopa koko omistusoikeuden perusta; omistusta ei tarvittaisi, jos niukkojen hyödykkeiden käytöstä ei olisi kilpailua.²¹

Myös immateriaalioikeuksien järjestelmä rakentuu perinteisen omistusoikeuden (siis absoluuttisuuden ja eksklusiivisuuden) varaan siten, että keskenään kilpailevien hyödykkeiden hallinnointi ja omistusoikeus täydentävät toisiaan.²² Aineettomien oikeuksien hallinnoinnissa nämä perusteet muodostavat oikeuksien yhteistoiminnan pohjan. Ensinnäkin tavoitteena on suojata ja palkita aineettoman hyödykkeen tuottamiseen käytettyä aikaa tai tehtyä työtä. Aineettomien hyödykkeiden osalta tämä on kilpailevuuden hallinnoinnin lähtökohta; ilman palkitsemista aineettomistakin hyödykkeistä muodostuisi keskenään kilpailevia. Toisaalta aineettomien oikeuksien avulla pyritään synnyttämään uutta takaamalla tekijälle yksinoikeus luomaansa. Nyt puolestaan eksklusiivisuus toimii kantavana voimana.²³

Informaatio muodostaa jälleen hyvän esimerkin vastakkaisesta: informaatiohyödykkeet ovat usein ei-kilpailevia ja ei-eksklusiivisia. Informaatio on

²⁰ Varallisuusoikeuksia on usein pidetty vastauksena niukkuuteen ja kilpailevuuteen, koska ne kohdistuvat perinteisesti niukkoihin hyödykkeisiin; varallisuusoikeutta ei kannata perustaa sellaista hyödykettä varten, jota on saatavana runsaasti. Ks. Mackaay: Intellectual Property and the Internet: The Share of Sharing, s. 134.

²¹ Aineettomien oikeuksien osalta kilpailevuudella ei ole aivan näin merkittävää asemaa. Aineetonta omaisuutta ei aina määritelläkään varallisuudeksi perinteisin varallisuusoikeuden käsittein, vaan sen katsotaan perustuvan erilaisiin vastuuasemiin, joissa kunnioitetaan toisia ihmisiä sekä eläimiä, kasveja ja paikkoja. Samalla pyritään rakentamaan ja pitämään yllä näille suhteille perustuvaa vastavuoroisuutta. Ks. Blakeney, Michael: The Protection of Traditional Knowledge under Intellectual Property Law, s. 253–254. European Intellectual Property Review. Vol. 22 (6) June 2000, s. 251–261.

²² Omistusoikeuden peruslähtökohdat ovat siis absoluuttisuus ja eksklusiivisuus. Absoluuttisuus on omistajan käyttöoikeuden perusta. Tätä oikeutta vahvistaa eksklusiivisuus eli omistajan oikeus kieltää ulkopuolisia sekaantumasta esineen käyttöön. Tätä oikeusasemaa kutsutaan perinteisesti staattiseksi käyttöoikeudeksi ja sen suojaa staattiseksi suojaksi. Tällä tavoin omistusoikeuden käsite sitoo toisiinsa absoluuttisuuden ja eksklusiivisuuden. Ks. Zitting, Simo: Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia, s. 27. Vammala 1951.

²³ Keskenään kilpailevia hyödykkeitä, esimerkiksi irtaimia esineitä tai maata varten luotu kontrollijärjestelmä ei sovellu aina suoraan ei-kilpailevien, esimerkiksi informaation hallinnointiin. Saman järjestelmän soveltaminen kummankinlaisiin hyödykkeisiin saattaa pahimmillaan johtaa koko järjestelmän vääristymiseen. Ks. Lessig, Lawrence: The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World, s. 95. New York 2002.

kyllä aina subjektiivista, mutta sillä on samalla myös yhteisöllinen puoli. Subjektiiviset arviot nimittäin muodostetaan objektiivisesta, kaikille kuuluvasta ja vapaasta informaatiosta.²⁴ Informaation esineellistäminen tai tuoteistaminen vaikuttaakin selkeimmin juuri informaation yhteisöllisyyteen. Yhteisöllisyys vähenee sitä voimakkaammin, mitä enemmän oikeuksienhallinnointi rakentuu hyödykkeiden kilpailevuutta lisäävälle fyysisyydelle. Toisinaan yhteisöllisiä oikeuksia vastustetaankin, sillä niiden myötä perinteisten yksinoikeuksien haltijat joutuvat kärsimään. Aineettomuus ja sen mukanaan tuoma hyödykkeiden yhteisöllisyys vaikuttaa niiden tekijöiden eli ”omistajien” mahdollisuuteen saada voittoa tai edes kohtuullinen palkkio omastaan. Vastaavasti informaatiohyödykkeiden osalta innokkuus luoda uutta saattaa laskea riittävän tehokkaan oikeuksienhallinnointijärjestelmän puuttuessa.

Aineettomassa ympäristössä kilpailevuuden vastavoimatkin löytyvät aineettomuudesta itsestään. Eräs hyödykkeiden kilpailevuuteen suoraan vaikuttava tekijä on sisällön tuottaminen digitaalisessa muodossa ja sen mukanaan tuoma informaation helppo toisinnettavuus.²⁵ Tällä tavoin informaatio eräänä keskeisenä aineettomana hyödykkeenä on luonteeltaan selkeästi ei-kilpaileva. Aineettomien hyödykkeiden ei-kilpailevuutta voidaan tarkastella edelleen esimerkkien valossa. Painettua kirjaa voi levittää tai myydä yhden kappaleen kerrallaan, mutta digitaalisessa muodossa ja varsinkin tietoverkoissa julkaistuna kopioiden määrä on rajaton. Kuitenkin maksun saaminen jokaiselta lukijalta on monesti mahdotonta – toisin kuin kirjan kappaleita myydessä. Digitaalisuus ja aineettomuus vaikuttavat juuri tähän maksun saamisen vaikeuteen. Samalla se saattaa tätä kautta aiheuttaa ongelmia myös aineettomien oikeuksien hallinnoinnissa.

Samasta kirjaesimerkistä löytyy toinenkin oikeuksienhallinnointiin vaikuttava tekijä aineettomassa ympäristössä, nimittäin informaation yleisyys. Informaation yleisyys liittyy kiinteästi sen yhteisölliseen luonteeseen ja kulumattomuuteen. Varsinkin yhteisöllisyys määrittää informaatiota; informaation tultua ihmisten saataville se leviää usein tehokkaasti ja esteettä. Juuri

²⁴ Informaation siirtäminen kaikille yhteisestä informaatiovarannosta jonkun omaksi vaikuttaa juuri tämän informaation kaksoisluonteen vuoksi myös koko yhteiskunnan toimintaan ja ihmisten käsityksiin siitä. Ks. Elkin-Koren: *It's All About Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape*, s. 79–80.

²⁵ Toisinnettavuuden helppous linkittyy suoraan ideoiden ja informaation luonteeseen. Eriyisesti digitaalisessa muodossa olevan informaation tuottaminen on kallista, mutta kopioiminen halpaa. Ks. Negroponte, Nicholas: *Being Digital*, s. 14–15. New York 1995.

tästä syystä informaation määrittäminen eksklusiiviseksi on usein hankalaa. Informaatiosta on muodostunut uudenlainen hyödyke, joka muuttaa perinteistä markkinalogiikkaa yhteisöllisen luonteensa kautta. Tässä logiikassa myyjä tai kuluttaja ei koskaan voi täysin omistaa informaatioita samassa mielessä kuin perinteisiä hyödykkeitä omistetaan. Mahdollisia ovat ainoastaan käyttöoikeuden kaltaiset oikeudet. Lisäksi jokaisesta informaatioon liittyvästä vaihdantatapahtumasta voidaan laskuttaa erikseen ja samankin informaation vaihdanta voi tapahtua lukemattomia kertoja.²⁶

ENTÄ HYÖDYKKEIDEN YHTEISKÄYTTÖ?

Perinteiset markkinat toimivat subjektiiviselle oikeudelle rakentuvan logiikan pohjalta. Tämän logiikan kantava voima on subjektiivisen oikeuden adekvaattisuus perinteisessä oikeuksienhallinnointijärjestelmässä, jossa ydinkäsite on yksityinen omistusoikeus. Yksityinen omistus ei kuitenkaan ole ainoa mahdollisuus oikeuksienhallinnoinnin järjestämiseksi. Hyödykkeet olisi täysin mahdollista määrittää myös yhteiskäyttöisiksi (*commons*).²⁷ Yhteiskäyttöiset hyödykkeet ovat hyödykkeitä, jotka ovat yhteisiä kaikille yhteiskunnan jäsenille ja sellaisina varattu kaikkien käyttöön. Käyttö on jokaiselle vapaata, mutta käytön vapaus ei kuitenkaan tarkoita sitä, että yhteiskäyttöisten hyödykkeiden hyödyntäminen olisi aina välttämättä maksutonta. Yhteiskäyttöisten hyödykkeiden osalta maksu on kuitenkin aina määrättävä neutraalein ja yhtäläisin perustein, jotta kaikilla olisi mahdollisuus niiden käyttöön.²⁸

Hyvä esimerkki yhteiskäyttöisistä hyödykkeistä ovat tiet ja kadut; jokainen voi kävellä haluamallaan kadulla, mennä sinne haluamaansa aikaan ja kulkea haluamaansa suuntaan. Samalla tavoin yhteisiksi voivat määritettyä muutkin viestintäkanavat, varsinkin silloin, kun liikenne (viestintä) tapah-

²⁶ Ks. Drahos, Peter – Braithwaite, John: Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy?, s. 58–59. New York 2003.

²⁷ Termi ”*commune*” on latinaa ja tarkoittaa yhteistä omaisuutta tai hyvinvointia, ”*in commune*” merkitsee yhteistä hyvää tai yhteistä käyttöä. ”*Communis*” tarkoittaa jaettua, yhteistä, yleistä, universaalialia tai julkista. Ks. Simpson, Donald Penistan: Cassell’s Latin Dictionary, s. 121. New York 1977.

²⁸ Kyse ei siis ole siitä, että hyödykkeiden käyttöä ei kontrolloitaisi. Kontrolli perustuu kuitenkin toisenlaisille lähtökohdille perinteisiin varallisuushyödykkeisiin verrattuna. Ks. Lesig, Lawrence: The Architecture of Innovation, s. 1788. 51 Duke Law Journal 2002, s. 1783–1801.

tuu informaatioverkoissa. Toisen hyvän esimerkin muodostaa tässä kirjoituksessa jo usein viitattu informaatio; informaatio ja ideat sen pohjana ovat kaikille vapaita käyttää eikä kukaan yleensä tarvitse lupaa niiden hyödyntämiseen.²⁹ Yhteiskäyttöiset hyödykkeet ovat tällä tavoin kaikkien tietyn yhteisön jäsenten käytettävissä olevia hyödykkeitä, eikä niiden hyödyntäminen ole riippuvaista kenenkään ulkopuolisesta luvasta. Siten myös yhteiskäyttöisten hyödykkeiden oikeuksienhallinnoinnin logiikan on perustuttava perinteisestä poikkeaville lähtökohdille.

Markkinoiden perinteinen logiikka kyseenalaistuu juuri informaation tai ideoiden kaltaisten aineettomien hyödykkeiden lisääntymisen myötä. Aineettomista hyödykkeistä on uuden aineettoman talouden myötä tullut yhä keskeisempi osa vaihdannan piirissä olevaa varallisuutta.³⁰ Eräs markkinoiden keskeisimpiä elementtejä perinteisessä taloudessa on vaihdantaobjektien eli esineiden yksinomaisuus ja oikeudenhaltijalle kuuluva kontrolliasema. Perinteisillä, objektien yksinomaisuuteen perustuvilla markkinoilla oikeudenhaltijan kontrolliasema näkyy erityisesti tämän kyvyssä vaikuttaa vaihdannan sujuvuuden ohjaamiseen. Vaihdantaobjektien yksinomaisuus toimii toisaalta myös keinona jakaa hyödykkeitä kontrolloitaviin ja vapaisiin hyödykkeisiin, jolloin vapaat hyödykkeet muodostavat juuri edellä kuvatun yhteiskäyttöisten hyödykkeiden piirin.

Aineettomien hyödykkeiden aikakausi asettaa perinteiset markkinoiden hallinnointirakenteet alttiiksi muutoksille. Eräs muutoksen paineessa oleva seikka on *yksinomaisuuden konstruktion kestävyys* aineettomien hyödykkeiden ytimenä. Yksityisen omistuksen ensisijaisuus yleiseen tai yhteiseen

²⁹ Eräs hyvä esimerkki yhteiskäyttöisistä hyödykkeistä on myös avoimen ohjelmakoodin tietokoneohjelma (*open source software*), jossa tietokoneohjelman ohjelmakoodi on jokaisen vapaasti käytettävissä. Avoimen ohjelmakoodin tietokoneohjelma sisältää sekä oikeuden kopioida ohjelman lähdekoodia että jakaa sitä eteenpäin vapaasti. Koodia voi käyttää, muokata ja jakaa eteenpäin, eikä tähän enää erikseen tarvita lupaa. Nämä oikeudet kuuluvat jokaiselle osana yhteisöä. Ks. Välimäki, Mikko: *The Rise of Open Source Licensing. A Challenge to the Use of Intellectual Property in the Software Industry*, s. 113–114. Helsinki 2005.

³⁰ Tätä kautta hyödykkeet perustuvat entistä voimakkaammin myös toiminnallisuuteen, sillä suuri osa liiketoiminnasta saa muotonsa erilaisista kommunikaatiomuodoista. Tämä tekee vuorovaikutuksesta erään uuden talouden keskeisimmistä elementeistä. Muita keskeisiä tekijöitä uuden talouden toiminnoissa ovat informaatio- ja kommunikaatioteknologian (*information and communication technology*, ICT) taloudellinen merkitys, talouden jatkuva kasvu, liikeyritysten riskialtius, kehityksen epävarmuus, verkottuminen ja talouden globalisaatio. Kehityssuuntaa kutsutaan myös termillä ”*intellectual property age*”. Ks. Koulu, Risto: *Immateriaalinen varallisuus konkurssissa*, s. 2. Porvoo 2003.

perustellaan usein yksityisomistuksen paremmalla taloudellisella tehokkuudella. Toisaalta yksityinen omistusoikeus on nähty erinomaisena oikeuksien hallinnointi-instrumenttinakin. Etu on näkynyt erityisesti silloin, kun on hallinnoitu määrältään niukkojen ja keskenään kilpailevien hyödykkeiden käyttöä, siis juuri fyysisiin tunnusmerkkeihin sidottuja tai pakotettuja hyödykkeitä. Hyödykkeen ollessa todella niukka ja sen käytön ollessa runsasta ja vapaata syntyy helposti tilanne, jossa hyödyke kulutetaan loppuun. Tilannetta kuvataan termillä *tragedy of commons*.³¹ Oikeuksien yksinomaisuus on perinteisessä juridiikassa ollut ongelman ratkaisu, sillä loppuunkulumista tai hyödykkeiden ylikäyttöä on perinteisesti esiintynyt useimmiten juuri silloin, kun hyödyke on tuotettu yleistä käyttöä varten ja sitä on tarjottu vapaasti hyödynnettäväksi.³²

Yhteiskunnassa käytettävät hyödykkeet ja niiden käyttöympäristö muodostavat kokonaisuuden. Eräs kestävä ratkaisu *tragedy of commons* -tilanteeseen onkin järjestellä uudelleen yhteiskunnan ja puheena olevan hyödykkeen keskinäinen suhde. Esimerkiksi hyödykkeiden niukkuus tai tuleminen niukoiksi estetään parhaiten poistamalla niukkuus. Menettely on perinteiselle yksinoikeuslogiikalle outo ja päinvastainen; yksinoikeudet perustuvat juuri oikeudenhaltijan valtaan kontrolloida hyödykettä. Tällä tavoin hyödykkeestä kuitenkin muodostuu entistä niukempi ja ongelma pahenee edelleen.³³

³¹ *Tragedy of commons* -metaforaa käytti ensimmäisen kerran *Garrett Hardin* selittäessään valtioiden ylikansoitusta, ilman saastumista ja lajien kuolemista sukupuuttoon. *Tragedy of commons* -argumentti voidaan lyhyesti määrittää toimijoiden oman hyödyn maksimoinniksi vapaassa ja kontrolloimattomassa ympäristössä. Ks. Hardin, Garrett: *The Tragedy of Commons*, s. 1243–1244. *Science*. Vol. 162 (13) December 1968, s. 1243–1248.

³² Yleensä tämä pyritään estämään juuri sulkemalla käyttöoikeuden ulkopuolelle ne, joilla käyttöoikeutta ei ole. Tätä voidaan kutsua myös omaisuuden staattiseksi ulottuvuudeksi (*static benefit of property*). Jos omistaja ei kykene kieltämään muita käyttämästä omaisuuttaan, esimerkiksi vaikka laidunmaata, ylilaiduntaminen kuluttaa karjan ruokavarat loppuun siksi, että muut samaa laidunmaata hyödyntävät eivät välitä laiduntamisen vaatimista kustannuksista. Ks. Landes, William M. – Posner, Richard A.: *Trademark Law: An Economic perspective*, s. 266. *Journal of Law & Economics*. Vol. XXX, October 1987, s. 265–309.

³³ Yksityisomistuksen sopivuutta aineettomien hyödykkeiden, kuten ideoiden tai informaation hallinnointiin voidaan tarkastella myös *tragedy of commons* -argumentin vastakohtana kautta. Puhutaan *tragedy of anticommons* -ilmiöstä, jolloin hyödyke on altis alikäyttöön tai se jää lähes kokonaan hyödyntämättä, kun useilla käyttäjillä on oikeus kontrolloida hyödykkeen käyttöä tai estää muita hyödyntämästä sitä. Toisaalta kenelläkään ei *tragedy of anticommons* -tilanteessa ole tehokasta yksinoikeutta hyödykkeeseen. Hyödykkeen yksityistäminen siis saattaa ratkaista ongelman yhtäällä, mutta aiheuttaa lisää ongelmia toisaalla. Ks. Hellner, Michael A. – Eisenberg, Rebecca S.: *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, s. 698–699. *Science*. Vol. 280 (364) 1 May 1998, s. 698–701.

Informaatio ja ideat kuuluvat usein yhteiskäyttöisten hyödykkeiden alueelle. Niitä voidaan siten käyttää esimerkkinä tarkasteltaessa hyödykkeiden yhteiskäyttöä ja yhteiskäyttöisten hyödykkeiden oikeuksienhallinnointia. Erityisesti digitaalisessa ja verkottuneessa ympäristössä ideoiden vapaa kulku on eräs innovatiivisen ympäristön keskeisimmistä elementeistä, joten tällaisessa ympäristössä hyödykkeiden yhteiskäyttöisyys on erittäin perusteltua.³⁴

Ideoiden vapaus ja yhteisöllinen hyödyntäminen ei kuitenkaan toteudu täysin ongelmattomasti; ideoitakin saattavat uhata sekä ylikäyttö että loppuun kuluminen. Innovaatioista ja ideoista puhuttaessa tragedy of commons-tilanne voidaan kuitenkin estää helposti niin haluttaessa. Ideoiden tai innovaatioiden käytön ei tarvitse välttämättä rakentua perinteiselle yksityisen omistuksen logiikalle – siis sille, että hyödykkeet ovat kilpailevia ja niiden hallinnointi tapahtuu siksi parhaiten yksityisomistuksen kautta. Ideat voidaan määrittää myös ei-kilpaileviksi käyttäen perustana niiden yhteisöllistä luonnetta ja yhteiskäyttöä. Silloin jo niiden luonteeseen kuuluisi ylikäytön tai loppuunkulumisen mahdottomuus.

³⁴ Ideoiden ja informaation vapaa liikkuvuus on eräs innovaatioihin perustuvan digitaalitalouden keskeisimmistä elementeistä. Sen muodostamaa kokonaisuutta kutsutaan usein termillä ”*innovation commons*”. Ks. Lessig: *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, s. 23.

Ahti Saarenpään curriculum vitae ja valikoitu bibliografia

Professori *Ahti Erik Saarenpää* on syntynyt 19.8.1946 Helsingissä. Hän kirjoitti ylioppilaaksi keväällä 1965 Helsingin II lyseosta ja aloitti opinnot Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Suoritettuaan oikeustieteen kandidaatin tutkinnon syksyllä 1973 hän aloitti tutkijantaipaleensa yksityisoikeuden laitoksella. Oikeustieteen lisensiaatin tutkinnon jälkeen hän ryhtyi kirjoittamaan väitöskirjatutkimusta jäämistöoikeuden alalta. Väitöskirjaansa Saarenpää puolusti menestyksekkäästi keväällä 1980, ja se hyväksyttiin 22.5.1980. Hankittuaan tarvittavan käytännön kokemuksen Saarenpää sai oikeustieteen tohtorin arvon.

Vuosina 1969–1978 Saarenpää toimi monipuolisissa työtehtävissä muun muassa ulosottoapulaisena, lakimiehenä sekä eri tehtävissä Helsingin yliopistolla. 1970-luvun puolivälissä hän työskenteli useita vuosia Suomen Akatemian tutkimusassistenttina. Lapin korkeakoulussa Saarenpää aloitti opettajanuransa joulukuussa 1979. Hänet nimitettiin Lapin yliopiston perhe- ja jäämistöoikeuden professoriksi elokuun alusta 1981. Oikeusinformatiikan instituutin johtaja (LaY) hän on ollut 1.1.1993 alkaen.

Professori Saarenpään asiantuntemukseen ovat turvautuneet niin Suomen valtio kuin Euroopan unioni, puhumattakaan niistä sadoista käytännön lakimiehistä, jotka ovat aina voineet kääntyä hänen puoleensa. Saarenpää on arvostettu ja kunnioitettu perhe- ja jäämistöoikeuden sekä oikeusinformatiikan asiantuntija. Hänelle on ansioistaan myönnetty SVR R I itsenäisyyspäivänä 1998.

Ahti Saarenpää on julkaissut lukuisia kirjoja ja yli sata tieteellistä artikkelia avioliitto-oikeuden, perintöoikeuden, holhousoikeuden, potilasoikeuden, oikeusinformatiikan ja oikeudellisen tietohallinnan alalta. Seuraavalla sivulla olevaan luetteloon on koottu esimerkkejä hänen tuotannostaan neljännesvuosisadan ajalta.

- Pesänselvitys ja pesänjako (1978)
- Pesänselvittäjä ja pesänjakaja (1980)
- Tasajaon periaate: tutkimus jäämistöoikeudellisen tasajaon periaatteen toteuttamisesta tuomioistuinkäytännössä (1980)
- Sääntö, peukalosääntö, rutiini: näkökohtia käytännön ja teorian suhteesta (1984)
- Inter vivos ja mortis causa: näkökohtia kuoleman vaikutuksesta oikeustoimiin, teoksessa Juhlajulkaisu Simo Zitting (1985) s. 251–273
- In casu – tiedonhallinnon tuho: ajatuksia informatiikasta oikeuskäytännössä, Rovaniemen hovioikeuspiirin IX tuomaripäivät (1991) s. 1–37
- Vajaavaltainen kuolinpesässä (1991)
- Avioliittolain muutokset (1992)
- Kenen lakikirja? Lakimies (1992) s. 625–647
- Sana, käsite ja tulkinta: kieli ja ammattitaito informaatiomassojen keskellä. Helsingin hovioikeuspiirin VI tuomarikokouksen pöytäkirja (1992) s. 45–68
- Perintö ja jäämistö: jakosäännösten ja jakoon vaikuttavien säännösten tulkin-toja (1994)
- Laatu ja viesti, teoksessa Hyvä päätös – ymmärrettävä päätös (1995) s. 40–81
- Tieto, suoja ja byrokratia – näkökohtia suomalaisen tietosuojan kehityksestä ja tulkinnoista, teoksessa Oikeuskirja (1995) s. 581–621
- Potilas, oikeus ja ihminen: näkökohtia itsemääräämisoikeutemme suojasta. Oikeustiede – Jurisprudentia (1997) s. 265–278
- Oikeus, tekniikka, tietotekniikka, teoksessa Juhlajulkaisu Jukka Peltonen (1999) s. 209–220
- Privacy and the harmonization of law in Europe, teoksessa Function and future of European law (1999) s. 147–157
- Näkökohtia tietoturvallisuudesta ja sen sääntelystä verkkoyhteiskunnassa. Pohjois-Suomen tuomarikoulu (2002) s. 75–108
- E-government and good government: an impossible equation in the new network society. Scandinavian Studies of Law (2004) s. 246–273
- Holhouksesta edunvalvontaan: näkökohtia edunvalvonnan käynnistämisestä holhoustoimilain mukaan. Pohjois-Suomen tuomarikoulu (2004) s. 141–196
- Perinnönyhteys ja perinnön ennakko. Defensor Legis (2004) s. 602–617
- Ihmiskäsitys ja laki, teoksessa Kansainvälistyvä oikeus (2005) s. 461–478

Kirjoittajat

Aulis Aarnio

professori emeritus

Jon Bing

professor, Universitetet i Oslo

Peter Blume

professor, Københavns Universitet

Markku Helin

professori (vv.), lainsäädäntöneuvos, oikeusministeriö

Urpo Kangas

professori, Helsingin yliopisto

Ari Koivumaa

OTL, lakimies, Poliisin tietohallintokeskus

Rauno Korhonen

professori (vsn.), Lapin yliopisto

Asko Lehtonen

professori, Vaasan yliopisto

Tapani Lohi

professori (mvs.), Helsingin yliopisto

Heikki E. S. Mattila

professori, Lapin yliopisto

Tuulikki Mikkola

professori (vsn.), Lapin yliopisto

Wolfgang Mincke

professor, Universiteit Maastricht; OTT h.c., Lapin yliopisto

Anna Mäki-Petäjä-Leinonen

edunvalvonta-asiamies, Alzheimer-keskusliitto ry

Kari Nuotio

henkikirjoittaja, Salon maistraatti

Tuomas Pöysti

dosentti, valtioneuvoston controller, valtiovarainministeriö

Jari Råman

OTT, yliassistentti, Lapin yliopisto

Dag Wiese Schartum

professor, Universitetet i Oslo

Peter Seipel

professor emeritus

Désiree Söderlund

assistentti (mvs.), Helsingin yliopisto

Annamari Turunen

OTT, tutkija, Lapin yliopisto

Pekka Tuunainen

oikeustieteen assistentti (mvs.), Helsingin yliopisto

Pertti Välimäki

dosentti, oikeusneuvos, Korkein oikeus