



VAASAN YLIOPISTO

KRISTIAN SIIKAVIRTA

(Toim.)

Oikeus ja yhteiskunta – oikeustieteen monet kasvot

XIV Oikeustieteen päivät

VAASAN YLIOPISTON JULKAISUJA

TUTKIMUKSIA 299
OIKEUSTIEDE 18
JULKISOIKEUS

VAASA 2012

Julkaisija Vaasan yliopisto	Julkaisupäivämäärä Huhtikuu 2012	
Tekijä(t) Kristian Siikavirta (toim.)	Julkaisun tyyppi Toimitettu julkaisu	
	Julkaisusarjan nimi, osan numero Vaasan yliopiston julkaisuja. Tutkimuksia, 299	
Yhteystiedot Vaasan yliopisto Julkisoikeuden yksikkö PL 700 65101 Vaasa kristian.siikavirta@uwasa.fi	ISBN 978-952-476-392-9	
	ISSN 0788-6667, 0788-673X	
	Sivumäärä 156	Kieli suomi, englanti
Julkaisun nimike Oikeus ja yhteiskunta – oikeustieteen monet kasvot, XIV Oikeustieteen päivät		
Tiivistelmä <p>Järjestyksessään XIV oikeustieteen päivät pidettiin Vaasassa 22.–23. elokuuta 2012. Päivien kantavana teemana oli Oikeus ja yhteiskunta – oikeustieteen monet kasvot. Työryhmien vetäjät valitsivat tämän julkaisun kirjoittajat esitysten joukosta. Valintaprosessin lisäksi julkaisun artikkelit on arvioinut ja hyväksynyt riippumaton referee-asiantuntija.</p> <p>Tämä artikkelikokoelma koottiin kuvaamaan oikeustieteen tutkimuksen piirissä tapahtuvaa toimintaa vuonna 2012. Oikeustieteen päivät on toistuva valtakunnallinen tieteellinen tapahtuma ja avoin kaikille oikeustieteestä kiinnostuneille. Esitykset ovat yliopistoissa tai ammatissa toimivien oikeustieteilijöiden kirjoittamia.</p> <p>Kirjoituksista <i>Anna-Liisa Autio</i>, <i>Eija Siitari-Vanne</i> ja <i>Hanna Savolainen</i> käsittelevät oikeussuojan ja -prosessin kysymyksiä. Kirjoitukset perustuvat Oikeussuojakeinojen moninaisuus -työryhmässä pidettyihin esityksiin.</p> <p>Oikeussuojan kansainvälisiin ja ihmisoikeuskysymyksiin liittyy <i>Jukka Viljasen</i> kirjoitus Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen toiminnasta sekä ihmisoikeuksien ja humanitaarisen oikeuden erottelusta, jota käsiteltiin Globalisoituva oikeus -työryhmässä.</p> <p>Oikeustieteen metodisiin kysymyksiin keskityttiin työryhmässä Oikeuden metodikysymykset, josta mukaan otettiin kirjoitukset <i>Niina Mäntylältä</i>, <i>Ville Komulaiselta</i> ja <i>Markus Karilta</i>.</p> <p>Vastuullinen liiketoiminta -työryhmästä mukana on <i>Anniina Huttunen</i> teknologian kehityksen oikeudellisia reunaehtoja kartoittavalla kirjoituksellaan.</p>		
Asiasanat oikeustiede, oikeustieteen metodi, oikeusturva, ihmisoikeudet, kuluttajansuoja, tekijäoikeus		

Publisher Vaasan yliopisto	Date of publication April 2012	
Author(s) Kristian Siikavirta (ed.)	Type of publication Edited publication	
	Name and number of series Proceedings of the University of Vaasa. Research Papers, 299	
Contact information University of Vaasa Department of Public Law P.O. Box 700 FI-65101 Vaasa, Finland kristian.siikavirta@uwasa.fi	ISBN 978-952-476-392-9	
	ISSN 0788-6667, 0788-673X	
	Number of pages 156	Language Finnish, English
Title of publication Justice and Society – Multiple Faces of Jurisprudence, XIV Finnish Law Conference		
Abstract <p>In its order the XIV Finnish Law Conference was arranged for 22nd–23rd of August 2012 in Vaasa. The carrying theme of the Conference was Justice and Society – Multiple faces of jurisprudence. The leaders of teams chose the writers of this publication among the presentations. The articles have been evaluated in the choice process, and also by an independent referee.</p> <p>This collection was compiled to describe the activity which takes place within the jurisprudence in 2012. The Finnish Law Conference is a biannual national scientific event and open to all those interested in the jurisprudence. The presentations are written by the lawyers and scholars who work in the universities or in public or private sector.</p> <p>The writings from Anna-Liisa Autio, Eija Siitari-Vanne and Hanna Savolainen deal with the questions of legal protection and judicial proceeding. The articles are based on the presentations that have been kept in the session of the Multiple means of legal protection.</p> <p>The international face of legal protection is approached in Jukka Viljanen's article on human right and humanitarian law issues in the European Court of Human Rights. The theme was dealt with in the session of the Globalization of the law.</p> <p>The methodological questions of jurisprudence were analysed in the session of the Methods of Jurisprudence. The selected articles included here are from Niina Mäntylä, Ville Komulainen and Markus Kari.</p> <p>Anniina Huttunen's article surveys the judicial framework and legal conditions of the development of the technology. The presentation took place in the session of the Responsible Business.</p>		
Keywords jurisprudence, legal method, legal protection, human rights, consumer protection, copyright		

ESIPUHE

Järjestyksessään XIV oikeustieteen päivät pidettiin Vaasassa 22.–23. elokuuta 2012. Päivien järjestelystä vastasivat ne Vaasassa toimivat yliopisto- ja korkeakouluyksiköt, joissa on vireää oikeustieteen tutkimusta ja opetusta. Ne tuovat toimintaansa esiin väljän ja organisoimattoman Vaasa Law Schools -verkoston avulla. Verkostoon kuuluvat Vaasan yliopiston julkisoikeus ja talousoikeus, Hanken (handelsrätt) sekä Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan Vaasan yksikkö. Vaasan seudun kulttuurin omaleimaisuus näkyi merellisen kampuksen ja käyttötarkoitukseltaan muutettujen toimitilojen lisäksi konferenssin työkielissä, jotka olivat suomi, ruotsi ja englanti.

Tapahtuman onnistunut järjestely oli suurelta osin mahdollista paitsi järjestelytoimikunnan jäsenten tiiviin ja toimivan yhteistyön avulla niin myös ulkopuolisten rahoittajien antaman tuen voimin. Järjestelytoimikuntaa puolestaan avusti pätevästi yliopistoharjoittelija Viljami Wiirilinna. Rahoittajia olivat Vaasan kaupunki, Roschier, Talentum, Vaasan yliopistosäätiö, Harry Schaumans Stiftelse, Suomen lakimiesliitto, Suomalainen lakimiesyhdistys, Tieteellisten seurain valtuuskunta ja Suomen kulttuurirahaston Etelä-Pohjanmaan rahasto.

Oikeustieteen päivien kantavana teemana oli Oikeus ja yhteiskunta – oikeustieteen monet kasvot. Teemaa tarkasteltiin eri oikeudenalojen ja lukuisten tutkimusasetelmien näkökulmista. Päivien ohjelma koostui plenum-alustuksista ja työryhmäkeskusteluista. Ohjelma on tämän julkaisun liitteenä. Erityinen kiitos päivien onnistumisesta on annettava kutsuille alustajille, joiden puheenvuorot antoivat osallistujille paitsi arvokasta tietoa myös virikkeitä ajatteluun, työhön ja keskusteluun. Työryhmien vetäjät tekivät arvokkaan työn päivien järjestelyssä ja he myös valitsivat tämän julkaisun kirjoittajat kaikkien laadukkaiden esitysten joukosta. Valintaprosessin lisäksi julkaisun artikkelit on arvioinut ja hyväksynyt riippumaton referee-asiantuntija.

Tässä julkaisussa esiintyvät kirjoittajat ovat taustoiltaan ja lähtökohdiltaan erilaisia. Heidän joukossaan on väitöskirjaa valmistelevia tutkijoita sekä työelämässä ja akateemisessa työssä ansioituneita oikeustieteilijöitä. Tämä tekee artikkelien lukemisesta jännittävän kokemuksen ja antaa oman kuvansa oikeustieteen päivien luonteesta oikeustieteilijöitä yhteen kokoavana merkittävänä tapahtumana. Kirjoitukset puhukoot omasta puolestaan. Niihin kannattaa todella tutustua.

Kirjoituksista *Anna-Liisa Autio*, *Eija Siitari-Vanne* ja *Hanna Savolainen* käsittelevät oikeussuojan ja -prosessin kysymyksiä. Kirjoitukset perustuvat Oikeussuojakeinojen moninaisuus -työryhmässä pidettyihin esityksiin. Oikeussuojan kansainvälisiin ja ihmisoikeuskysymyksiin liittyy *Jukka Viljasen* kirjoitus Euroopan

VIII

ihmisoikeustuomioistuimen toiminnasta sekä ihmisoikeuksien ja humanitaarisen oikeuden erottelusta, jota käsiteltiin Globalisoituva oikeus -työryhmässä. Oikeustieteen metodisiin kysymyksiin keskityttiin työryhmässä Oikeuden metodikysymykset, josta mukaan otettiin kirjoitukset *Niina Mäntylältä*, *Ville Komulaiselta* ja *Markus Karilta*. Vastuullinen liiketoiminta -työryhmästä mukana on *Anniina Huttunen* teknologian kehityksen oikeudellisia reunaehtoja kartoittavalla kirjoituksellaan.

Toimittaja

Kristian Siikavirta
Yliopistonlehtori
Vaasan yliopisto
Julkisoikeus

Kirjoittajat

Autio, Anna-Liisa OTK, VT, Hovioikeuden viskaali, tohtoriopiskelija,
Turun yliopisto

Huttunen, Anniina OTM, LL.M., Tohtorikoulutettava, OMM-tutkijakoulu,
Kansainvälisen talousoikeuden instituutti (KATTI), Helsingin yliopisto

Kari, Markus OTL, KTM, Tohtorikoulutettava, OMM-tutkijakoulu,
Helsingin yliopisto

Komulainen, Ville OTM, Tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto

Mäntylä, Niina HTT, Tutkijatohtori, Hankejohtaja, Vaasan yliopisto

Savolainen, Hanna OTK, VT, Yliopisto-opettaja, Itä-Suomen yliopisto

Siitari-Vanne, Eija OTT, Hallintoneuvos, Korkein hallinto-oikeus

Viljanen, Jukka HT, Dosentti, Yliopistonlehtori, Tampereen yliopisto

Työryhmät

Työryhmä 1. Oikeussuojakeinojen moninaisuus

Matti Tolvanen, Itä-Suomen yliopisto

Veijo Tarukannel, Kuopion hallinto-oikeus

Työryhmä 2. Oikeuden metodikysymykset

Johanna Niemi, Helsingin yliopisto

Jaakko Husa, Lapin yliopisto

Työryhmä 3. Erilaiset intressit oikeudessa

Vesa Annola, Vaasan yliopisto

Laura Kalliomaa-Puha, KELA, Tutkimusosasto

Työryhmä 4. Globalisoituva oikeus

Tuulikki Mikkola, Lapin yliopisto

Jukka Kultalahti, Tampereen yliopisto

Työryhmä 5. Vastuullisen liiketoiminnan oikeus

Heikki Toiviainen, Helsingin yliopisto

Pekka Lämsineva, Turun yliopisto

Sisällys

ESIPUHE.....	VII
Kirjoittajat.....	IX
Työryhmät	X

Anna-Liisa Autio

SIVIILIOIKEUDELLISTEN OIKEUSSUOJAKEINOJEN MONINAISUUS

YRITYKSEN NÄKÖKULMASTA	1
1 Johdanto.....	1
2 Yrityksen käytettävissä olevat oikeussuojakeinot.....	3
3 Oikeussuojakeinojen keskinäinen suhde ja etusijajärjestys.....	7
4 Yritysten ohjaaminen käyttämään sille suotuisinta oikeussuoja- keinoa	11
5 Lopuksi	12

Eija Siitari-Vanne

JUTUN ELINKAAREN HALLINTA PROSESSIN TAVOITTEENA.....	17
1 Yleistä.....	17
2 Oikeussuojakeinojen kokonaisuus	19
3 Hyvitysvaatus oikeudenkäynnin viivästymisestä.....	24
4 Ylimääräisen muutoksenhaun vero-oikeudellinen renessanssi – kuka korjaa EU-oikeudelliset tulkintaerehdykset?.....	27
5 Tarvitaanko passiivisuusvalitusta?.....	30
6 Lopuksi	33

Hanna Savolainen

OIKEUSSUOJATIET KULUTTAJARIIDASSA – VERTAILUSSA

KULUTTAJARIITALAUTAKUNTA- JA ALIOIKEUSKÄSITTELY	39
1 Johdanto.....	39
2 Kuluttajariitalautakunnan rooli ja suhde tuomioistuimeen.....	40
3 Asian käsittelystä lautakunnassa ja alioikeudessa.....	43
4 Menettelyperiaatteista lautakunnassa ja alioikeudessa.....	47
5 Kuluttajariidan ratkaisu	52
6 Kustannukset.....	54
7 Alioikeusmenettely vai kuluttajariitalautakunta	56
8 Yhteenvedoa	58

Jukka Viljanen

CONFLICTS AND THE STATE OF EMERGENCY IN LIGHT OF
THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:
GOING TO THE UNCOMFORTABLE ZONES OF JUDICIAL
REASONING

.....	61
1 Introduction.....	61

2	The threat to the life of the nation and the wide margin of appreciation.....	63
3	International legal development in the field of derogation and state of emergency	66
4	Relationship between international humanitarian law (IHL) and the European Court of Human Rights	70
5	Possibilities to promote the rights of a conflict victim through the ECtHR.....	72
6	Extra-territorial aspects of human rights protection and conflicts: An Excursion to the War in Iraq	74
7	Conclusions.....	77

Niina Mäntylä

MUTKIA METODISSA?	80
Monitieteisyyden haaste oikeustieteelle: neljä käytännön ongelmaa	
1 Oikeudenalat ja monitieteisyys	81
2 Ongelma 1: traditio.....	83
3 Ongelma 2: perustutkinto	84
4 Ongelma 3: kohderyhmä ja julkaisufoorumi	86
5 Ongelma 4: eriytyminen	87
6 Lopuksi	87

Anniina Huttunen

ONKO ÄLYLLÄ VÄLIÄ?	91
Oikeudelliset reunaehdot älykkäiden järjestelmien kehittämisessä ja toiminnassa	
1 Johdanto	91
2 Metodologia ja lähestymistavat	94
3 Älykkäät järjestelmät ja luovuus – tekijänoikeudelliset reunaehdot älykkäiden järjestelmien kehittämisessä ja toiminnassa.....	95
4 Älykkäät järjestelmät ja oikeudellinen vastuu	97
5 Älykkäät järjestelmät ja yksityisyys.....	98
6 Ongelmakeskeinen kokonaistarkastelu.....	101

Ville Komulainen

VERTAILEVA OIKEUSTIEDE JA EPÄPUHDAS OIKEUSOPPI.....	102
1 Johdanto	102
2 Oikeusvertailun nykykriitikin taustaa.....	104
3 Kysyntä positivismia laajemmalle käsitykselle ”oikeudesta”.....	107
4 Kelsenin aave – juristiprofession hillitsevä ääni	110
5 Yhteisymmärrystä etsimässä.....	112
6 Lopuksi: Substanssi ja identiteetti.....	115

Markus Kari

MUUTTUVA YHTEISKUNTA, OIKEUS JA OIKEUSTIETEEN METODI	117
1 Johdanto	117

2	Oikeuden yhteiskunnallisuus	118
2.1	Yhteiskunnallisuuden nousu oikeuden yhteyteen.....	118
2.2	Oikeustieteen näkökulmat oikeuteen: sisäinen ja ulkoinen	120
2.3	Esimerkkejä oikeustieteen ja yhteiskunnan suhteesta.....	123
3	Oikeuteen vaikuttavia muutostrendejä	124
4	Muutos ja metodiikka	127
5	Yhteenvedo	130

LIITTEET

Tiivistelmät	134
Ohjelma ja logot.....	141

SIVIILIOIKEUDELLISTEN OIKEUSSUOJAKEINOJEN MONINAISUUS YRITYKSEN NÄKÖKULMASTA

Anna-Liisa Autio OTK, VT, hovioikeuden viskaali,
prosessioikeuden tohtoriopiskelija
Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta

1 Johdanto

Yritykset ovat oikeushenkilöitä, jotka ovat oikeutettuja yhtä korkeatasoiseen oikeusturvaan kuin ihmiset. Oikeussuojasta keskusteltaessa puhutaan kuitenkin yleensä pelkästään ihmisistä eli luonnollisista oikeushenkilöistä. Oikeussubjekteina yrityksiä koskevat kuitenkin lähes identtinen aineellinen oikeus ja niitä velvoittavat samat normit kuin luonnollisia henkilöitäkin. Näin ollen on luonnollista, että yritykset ovat myös oikeutettuja vähintään samantasoiseen oikeussuojaan kuin ihmisetkin.¹

Yleisten tuomioistuinten tarjoaman lainkäytön (rättskipning) tehtävänä on perinteisesti oikeustieteellisessä keskustelussa pidetty oikeussuojan antamista välittömästi yksityisoikeudellisille intresseille.² Siviilioikeudellisella lainkäytöllä on tämän yksilöllisiin oikeussuojan tarpeisiin liittyvän tehtävän lisäksi tärkeä yhteiskunnallinen ja taloudellinen tehtävä. Nämä viimeksi mainitut kaksi tehtävää liittyvät hyvin läheisesti yrityksiin ja liike-elämään. Tuomioistuimessa tapahtuvalla lainkäytöllä on merkittävä rooli terveen yhteiskuntarakenteen edesauttamisessa ja ylläpitämisessä. Tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että sopimukseen sitoutunut tietää, että mikäli hän jättää velvoitteensa toiselle osapuolelle suorittamatta, tällä on oikeus saada laiminlyöjä vastuuseen nostamalla tätä vastaan kanne tuomioistuimessa. Vaihtoehtoinen riidanratkaisu toteuttaa omalla tavallaan oikeuslaitoksen rinnalla samoja tehtäviä, mutta kevyemmällä koneistolla.

Yritysten ja ihmisten lainkäyttöön liittyvät tarpeet poikkeavat kuitenkin toisistaan. Olennaisinta on, että yritysten lainkäyttötarpeet eivät ole henkilökohtaisia siinä

¹ Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artikla oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä koskee myös yrityksiä. Ks. esim. EIT *Fortum Corporation v. Suomi* 15.7.2003. Ks. myös Ervo (2008), s.1.

² Lainkäyttö on tuomioistuinten oikeudenkäynnissä harjoittamaa tuomitsevaa toimintaa eli tuomiovallan käyttämistä. Jokela (2005), s.1–2 ja 8, ks. myös Virolainen (2007), s.70 ja Virolainen (1995), s. 80.

mielessä kuin useimmiten ihmisillä, mutta niiden huomiotta jättäminen voi välillisesti vaikuttaa haitallisesti ensinnäkin talouselämään yleensä ja toisaalta koskettaa hyvin laajaa määrää ihmisiä ja vaikuttaen esimerkiksi pitkäaikaisesti monen ihmisen toimeentuloon. Yritysten oikeussuojaa ei pitäisi unohtaa eikä niiden erityistarpeita tulisi jättää huomiotta.

Yritysten oikeussuojan tarve ja oikeussuojamekanismin tuottajan valinta riippuu monesta seikasta. Näitä seikkoja ovat ainakin yrityksen koko, oikeussuojan tarpeen laatu ja intressi sekä vastapuolen rooli ja asema yrityksen toiminnassa ja ennen kaikkea se, miten hyvin oikeussuojamekanismin valinnasta päättävä taho tuntee nämä eri mekanismit, jotta se pystyy tekemään kussakin ainutlaatuisessa tilanteessa mahdollisimman oikeanlaisen valinnan.

Siviilioikeudellisessa yritysten välisessä oikeudenloukkaustilanteessa on kyse tilanteesta, jossa jompikumpi tai molemmat osapuolet ovat sitä mieltä, että toinen on loukannut toisen oikeuksia. Useimmiten on kysymys joko jonkinlaisesta selvästä sopimusrikkomuksesta tai siitä, että osapuolet ovat erimieltä siitä mistä on sovittu. Silloin, kun toinen osapuoli on toiminut vastoin sovittua ja siitä on aiheutunut toiselle osapuolelle oikeudenloukkaus, kyse voi olla vaikkapa tavarantoimituksen virheestä, joka vaikuttaa haitallisesti toista osapuolta velvoittaviin muihin liiketoimiin. Oikeudenloukkauksen seurauksena osapuolten välille syntyy liiketoimintaan liittyvä ongelma ja, jos osapuolet eivät ole yksimielisiä siitä, mitä ongelmalle tehdään, kehittyy oikeudellistunut riita. Oikeudellistuneella riidalla tarkoitan riitaa, jossa osapuolet eivät enää keskinäisin neuvotteluin pysty pääsemään asiassa ratkaisuun ja he turvautuvat kolmannen osapuolen apuun.³

Tämän kirjoituksen teemana on siviilioikeudellinen oikeudenloukkaus yrityksen näkökulmasta. Selvitän niitä seikkoja, jotka yritysten tulisi ottaa huomioon niiden punnitessa ja valitessa riidanratkaisumekanismit. Käytän siviilioikeudellisesta oikeussuojakeinoista nimitystä riidanratkaisumekanismit ja kutsun oikeudenloukkauksen seurausta riidaksi. Oikeudellisena viitekehyksenä toimivat siviilioikeudelliseen riidanratkaisuun liittyvä sääntely sekä eräät selvitykset, joita on saatavilla yrityksen riidanratkaisuun liittyen. Eri riidanratkaisumekanismien ominaispiirteitä käsitellään yksinkertaistetussa taulukkomuodossa. Tämän jälkeen käsitelen eri mekaniismien keskinäistä suhdetta ja etusijajärjestystä. Pohdin lopuksi vielä niitä tapoja, joilla yrityksiä voitaisiin ohjata käyttämään niille suotuisinta riidanratkaisumekanismita.

³ Tuomioistuimeen viedystä riidasta on käytetty nimitystä oikeusriita esim. Ervasti (2001), s. 15, Ervasti (2005 b), s. 5.

2 Yrityksen käytettävissä olevat oikeussuojakeinot

Yrityksen riidanratkaisutavat ovat moninaiset.⁴ Kirjoituksen tarkoituksena ei ole käydä kaikkia yksittäisiä riidanratkaisumekanismeja yksityiskohtaisesti läpi vaan tässä yhteydessä tarkoituksenmukaista on vain lyhyesti määritellä ja luonnehtia kutakin mekanismeista yritysnäkökulmasta.

Yritysten oikeussuojaan liittyy korostuneena piirteenä yritysten oikeus sopia riidanratkaisusta. Jos riidankohtena on asia, josta osapuolet voivat sopia eli kyseessä on dispositiivinen riita-asia, osapuolet ovat täysin vapaita itse päättämään siitä, mitä oikeussuojamekanismeja he/ne haluavat käyttää.⁵ Eräissä vaihtoehdoissa – kuten välimiesmenettelyssä – osapuolten tulee olla tuosta mekanismista yhtä mieltä, joko ennen varsinaisen riidan syntymistä tai vasta sitten kun se on jo syntynyt. Riidanratkaisumekanismista sopiminen on kuitenkin usein erittäin hankalaa enää sen jälkeen kun riita on jo olemassa.⁶ Perinteisessä oikeudenkäynnissä osapuolten ei tarvitse olla yksimielisiä menettelyn aloittamisesta, vaan toinen osapuoli voi aloittaa oikeudenkäynnin *täysin oma-aloitteisesti*.

Yrityksen ensisijainen tavoite on yleensä saada ratkaisu sovinnollisesti ja sopimusteitse oikeudellistuneelle riidalle. Ensimmäinen vaihtoehto on pyrkiä ratkaisemaan riita ensin itse omin voimin ja sen epäonnistuessa turvautua ulkopuolisen neuvottelijan apuun. Neuvottelua ei voi lähtökohtaisesti pitää varsinaisena oikeussuojakeinona, mutta toisaalta se on sitä kuitenkin tilanteessa, jossa neuvottelu onnistuu ja riita saadaan ratkaistuksi. Osapuoli tai osapuolet ovat tuolloin saaneet välitöntä itse sopimaansa oikeussuojaa. Tämän vuoksi olen ottanut tarkasteluun mukaan neuvottelun omana riidanratkaisumuotonaan. Neuvotteluista voi käyttää myös nimitystä sovintoneuvottelut, jolloin niiden päämäärä ilmenee vielä paremmin,⁷ Neuvottelu on riidanratkaisutavoista ehdottomasti kaikkein kevyin.⁸

⁴ Ovaska, s. 368. Ovaska on jaotellut teoksessaan siviiliriita-asioissa olevat riidanratkaisumuodot kahdeksaan eri riidanratkaisumalliin: 1. Keskinäinen neuvottelu ja sovinto ilman ulkopuolista apua, 2. yksityinen sovintomenettely, jossa käytetään ulkopuolista puolueetonta sovittelijaa, 3. Tuomioistuinsovittelu, 4. Yksinkertaistettu tai nopeutettu välimiesmenettely, 5. Normaali ad hoc -välimiesmenettely, 6. Institutionaalinen välimiesmenettely, 7. Siviiliriita yleisessä tuomioistuimessa sopimuksin, että alioikeuden tuomioista ei valiteta (Oikeudenkäymiskaari 25 luku 2 §) ja 8. Siviiliriita yleisessä tuomioistuimessa.

⁵ Ovaska, s. 36.

⁶ Sopimukset ja niihin liittyvä sopimusvapaus ovat yritykselle tärkeitä lähtökohtaisesti sen vuoksi, että yritysten toiminta perustuu lähes kokonaan erilaisiin sopimuksiin. Luonnollisilla henkilöillä on toki samat mahdollisuudet riidanratkaisusta sopimiseen joko ennakolta tai vasta tarpeen tullen jälkikäteen. Nämä ihmisten väliset sopimukset ovat kuitenkin melko harvoin sen luonteisia, että riidanratkaisusta sopiminen katsotaan tarpeelliseksi.

⁷ Sovintoneuvottelu velvollisuus voi sisältyä jo sopimusehtoihin. Hemmo (2008), s. 566.

⁸ Ovaska, s. 368.

Oikeudenkäynti tuomioistuimessa on monimutkaisin ja vaativin tapa ratkaista riita, tai ainakin se on kaikkein eniten säännelty. Sääntely takaa yhdenmukaisen käytännön, mutta jättää silti hieman tilaa myös asianosaisen prosessiautonomialle. Asianosaisena oleva yritys voi itse esim. päättää siitä, jos sen puolesta halutaan riita ratkaista oikeudenkäynnillä ja, jos niin on, niin mikä on prosessin kohde ja mitä todisteita esitetään vaatimusten tueksi. Yrityksen ratkaisumekanismien vaihtomahdollisuudet pienenevät sen jälkeen, kun yritys on tehnyt valintansa. Se ei voi enää esim. sopia sopimuksen salassapidosta prosessin kestäessä toisen osapuolen kanssa. Elinkeinonharjoittajat tai liike-elämä voivat tietystä määrin kokea, että oikeudenkäynti ei sovellu sen vuoksi, että laki oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa (YTJulkL)⁹ tekee asioiden käsittelyn liian julkiseksi. Elinkeino toiminnan ei tarvitse olla julkista toisin kuin tuomioistuimen toiminnan. Elinkeinonharjoittajan tulee tyytyä YTJulkL:n säännöksiin ja tuomioistuimen harkintaan esim. salassapitomääräyksen antamisesta liikesalaisuuden nojalla tai valita jokin toinen riidanratkaisukeino.

Oikeudenkäynnin ulkopuolella tapahtuvaa riidanratkaisua nimitetään vaihtoehtoiseksi riidanratkaisuksi.¹⁰ Näistä tärkeimmät ovat välimiesmenettely ja erilaiset sovintomenettelyt.¹¹ Käytän välimiesmenettelystä lyhennettä vmm jäljempänä seuraavassa taulukossa. Välimiesmenettelyä on tosin luonnehdittu myös lainkäyttöön rinnastettavaksi mekanismiksi, koska se sisältää niin monia oikeudenkäyntiä muistuttavia piirteitä.¹² Välimiesmenettely on varsinkin suurten yritysten riidoissa suosittu riidanratkaisumuoto.¹³ Sen etuja on ylistetty useissa kirjoituksissa ja sitä pidetään erityisen joustavana, nopeana ja lisäksi välimiehiä pidetään asiantuntevina.¹⁴ Välimiesmenettely perustuu vapaaehtoisuuteen ja se voi olla joko instituutio-naalista tai ad hoc -tyyppistä. Ad hoc -välimiesmenettelyllä tarkoitetaan menettelyä, jossa välimiesmenettely toimitetaan ilman erityistä välitysinstituutin myötä-

⁹ Tuomioistuimissa noudatetaan asiakirjan julkisuuteen liittyvässä käsittelyssä ja asian ratkaisussa 1.10.2007 voimaan tullutta erityislakia oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa (2007/370) (YTJulkL)

¹⁰ Vaihtoehtoisesta riidanratkaisusta käytetään englanniksi nimitystä Alternative Dispute Resolution ADR. Ks. esim. *Ervasti (2005)*, s.70 ja *Ervasti (2004)*, s.108, *Koulu (2005)*, s. 19. Vaihtoehtoisella riidanratkaisulla voidaan tarkoittaa myös erilaisissa lautakunnissa tapahtuvaa käsittelyä, ks. esim. *Tepora*, s. 11.

¹¹ *Hemmo (2008)*, s. 569.

¹² Välimiesmenettely perustuu lakiin välimiesmenettelystä (967/1992). Lain mukaan mm. välimiesten tulee olla puolueettomia ja menettelyssä on mahdollisuus ottaa vastaan todistelua. Välimiesmenettelyn oikeudellista luonnetta, eli onko se myös siviiliprosessia ja lainkäyttöä, on myös pohdittu. Ks. esim. *Ervasti (2011)*, s.7, *Ovaska*, s. 26 ja 367 ja *Violainen (1995)*, s. 77.

¹³ Näitä ovat esim. teollisuuden, kaupan ja rakennustoiminnan riitaisuudet. *Ovaska*, s. 26.

¹⁴ mm. *Guttorm (2001)*, s. 179.

vaikutusta¹⁵. Ad hoc -menettelyssä asianosaiset voivat itse valita ja nimetä välimiehet. Yritykset voivat itse päättää minkälaista välimiesmenettelyä he haluavat käyttää kussakin kyseessä olevassa asiassa. Kauppakamarit¹⁶ ja kansainväliset välimiesmenettely instituutiot tarjoavat institutionaalista välimiesmenettelyä.¹⁷ Institutionaalisessa välimiesmenettelyssä instituutio valitsee välimiehet, jotka noudattavat ratkaisutoiminnassaan ko. instituution sääntöjä.

Sovittelu¹⁸ on lyömässä läpi myös suomalaisessa riidanratkaisun maailmassa. Tätä on edesauttamassa lainsäädäntö eli laki riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa (sovittelulaki).¹⁹ Lailla kumottiin aikaisempi vuonna 2006 voimaantullut ns. tuomioistuinsovittelulaki. Lakiuudistuksen taustalla on EU direktiivi 2008/52/EY.²⁰ Direktiivissä todetaan, että oikeus-suojan saatavuuden periaate on perustavan tärkeä ja sen tarkoituksena on parantaa riidanratkaisumenettelyjen saatavuutta ja lisätä sovintoratkaisuja edistämällä sovittelun käyttöä ja varmistamaan tasapainoinen suhde sovittelun ja oikeudenkäyntimenettelyn välille.²¹ Direktiivissä todetaan erityisenä tavoitteena lisätä sovittelun käyttöä siviili- ja kauppaoikeudellisten asioiden riidanratkaisumenetelmänä. Sovittelua pidetään direktiivissä yhtenä riidanratkaisukeinona eikä oikeuskäsittelyn vaihtoehtona.²² Lain mukaan sovittelu voi tapahtua tuomioistuimissa tai tuo-

¹⁵ Ovaska, s. 22 ja 125.

¹⁶ Keskuskauppakamarin välityslautakunta ks. esim. Ovaska, s. 125. Keskuskauppakamari tarjoaa myös ns. nopeutettua välimiesmenettelyä. Havansi (2005), s. 16. Tästä tarkemmin <http://www.kekkuskauppakamari.fi/Media/Asiantuntijakirjoitukset/Selvapiirteisiin-riitoihin-ratkaisu-nopeutetusta-valimiesmenettelysta> Keskuskauppakamarin välityslautakunta Ovaska, s. 125. Nopeutettu välimiesmenettely on myös mahdollinen Havansi (2005), s. 16.

¹⁷ Suomessa suurin ja käytännössä lähes ainut palvelun tuottaja on Finland Chamber of Commerce (FCC). Keskuskauppakamari on muuttanut nimensä englanninkieliseksi ja samoin Keskuskauppakamarin välityslautakunta on ottanut käyttöönsä englanninkielisen nimen The Arbitration Institute of the Finland Chamber of Commerce. Muita instituutioita ovat esim. COMI (University of Helsinki Conflict Management Institute), yleisemmin käytettyjä kansainvälisiä instituutioita ovat mm. International Court of Arbitration (ICC), The London Court of International Arbitration (LCIA), Tukholman kauppakamarin välitysinstituutti (SCC). Ovaska, s. 284, 291, 297 ja 302. Ks. lisäksi Lauri Railas The Time and Cost Factors in Finnish Institutional Arbitration JFT 4–5/2011 s. 593–627 ja <http://www.arbitration.fi/ajankohtaista.html>.

¹⁸ Sovittelu katsotaan kuuluvaksi ns. sovintomenettelyllisiin mekanismeihin. Hemmo luettelee muiksi toimintamalleiksi esim. Neutral Evaluation (kolmannen henkilön sitomaton näkemys) tai Mini.-trial (riitapuolien edustajat ja sovittelija), Hemmo (2008), s. 569.

¹⁹ Laki riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa 29.4.2011/394. Laki kumosi voimaantullessaan 21.5.2011 lain riita-asioiden sovittelusta yleisissä tuomioistuimissa (663/2005).

²⁰ EUROOPAN PARLAMENTIN JA NEUVOSTON DIREKTIIVI 2008/52/EY, annettu 21 päivänä toukokuuta 2008, tietyistä sovittelun näkökohdista siviili- ja kauppaoikeuden alalla.

²¹ 1 art.

²² 1 art. direktiivin tavoite on varmistaa, että sovittelu ja tuomioistuinkäsittely ovat tasapainoisessa suhteessa toisiinsa.

mioistuimen ulkopuolisena yksityisenä sovitteluna. Sovittelu on menettelynä toisenlainen kuin tuomioistuimessa tapahtuva asiassa tapahtuva sovinnon edistäminen.²³ Sovittelussa sovittelija pyrkii luomaan edellytyksiä sille, että osapuolet löytävät itse ratkaisun. Sovittelija ei esitä asiaan omaa ratkaisuehdotustaan.²⁴ Sovittelijana voi olla tuomioistuimen tuomari tai yksityisessä sovittelussa yksityinen henkilö tai sovittelu voi tapahtua ns. institutionaalisenä sovitteluna. Jälkimmäisessä vaihtoehdossa sovittelija noudattaa instituution sovittelua koskevia menettelysääntöjä.²⁵ Tällä hetkellä siviilioikeudellinen yksityinen sovittelu on kuitenkin vielä hyvin vähäistä Suomessa. Suomen Asianajajaliitto on kouluttanut asianajajia toimimaan riita-asioiden sovittelijoina. Tästä menettelystä ei kuitenkaan käytetä nimitystä sovittelu vaan Asianajajaliiton sovintomenettely.²⁶

Monimuotoisia riidanratkaisumekanismia ovat muun muassa asiantuntijaratkaisu (expert evaluation) ja sovittelun ja välimiesmenettelyn yhdistäminen (med-arb). Asiantuntijaratkaisu on menettely, jossa neutraali ulkopuolinen asiantuntija antaa osapuolille ratkaisuehdotuksen, joka osapuolten sopimuksen mukaisesti joko sitoo tai ei sido heitä.²⁷ Asiantuntijana toimii nimen mukaisesti riidan substanssin asiantuntija. Yhdistetyssä sovittelussa ja välimiesmenettely -mekanismissa menettely aloitetaan sovittelulla ja, jos sovittelu ei tuota toivottua lopputulosta, menettelyä jatketaan välimiesmenettelynä. Med-arb on menettelynä vähemmän tunnetumpi Suomessa, eikä sen käyttö ole yleistä.²⁸

²³ Oikeudenkäymiskaari 5 luku 19 § 4 mom. ja 26 § 1 mom. sekä 26 2 mom.

²⁴ Ervasti (2011), s. 9.

²⁵ Asiantuntijan tarjoamaa sovittelua on mahdollista saada rakennusasioissa Rakennusinsinööriliiton sovittelua käyttäen. <http://www.rilsovittelu.fi/web/index.php>, ks myös Keinänen (2009), s. 59. Käytössä on myös Rakennusmestarit ja -insinöörit AMK RKL:n ylläpitämä RKL-Raati. Se on valtakunnallinen asiantuntijajärjestelmä, jossa RKL-Raadin puolueettomat ja kokeneet rakennusasiantuntijat ratkaisevat erityisesti talonrakennusalalla esiintyviä laatu-, valmistus-, tuotanto- ja sopimusteknisiä erimielisyyksiä.

http://www.rkl.fi/asiantuntijapalvelut/rakennusasiantuntijat/fi_FI/rakennusasiantuntijat/

²⁶ <http://www.asianajajat.fi/asianajotoiminta/sovintomenettely>, Havansi (2005), s. 19, Ovaska, s. 367.

²⁷ Keinänen (2009), s. 51.

²⁸ Yhdistetyistä järjestelmistä, joissa riidanratkaisulauseke on moniporrasteinen käytetään englantilaista nimitystä multi-tiered dispute resolution.(MDR). Havansi (2005), s. 17.

Taulukko 1. Yritysten käytettävissä olevien siviilioikeudellisten oikeussuojakeinojen yhtäläisyyksiä ja eroja taulukkomuodossa²⁹

MEKANISMI	NOPEUS	KUSTANNUKSET	ASIAN- TUNTE- VUUS	JULKI- SUUS	ENNA- KOI- TAVUUS	MUUT EDUT	MUUT HAITAT
neuvottelu	yleensä nopea	edullinen	on/ei	ei	on/ei	suuntaa tulevaisuuteen	sopimus ei ole täytäntöönpanokelpoinen
oikeudenkäynti	hidas	kallis	on/ei	on, harvoin /ei	on/ei	täytäntöönpanokelpoinen, muutoksenhakumahdollisuus	
institutionaalinen vmm	nopea/hidas	kallis	on	ei	on/ei	täytäntöönpanokelpoinen (myös kansainvälisesti)	ei muutoksenhaku mahdollisuutta
ad hoc vmm	nopea	kallis	on	ei	on/ei	täytäntöönpanokelpoinen (myös kansainvälisesti)	ei muutoksenhaku mahdollisuutta
Tuomioistuinsovittelev	nopea	edullinen	on/ei	ei	on	suuntaa tulevaisuuteen, täytäntöönpantavissa	
sovittelev	nopea	edullinen	on	ei	on	suuntaa tulevaisuuteen ja on täytäntöönpantavissa	
asiantuntijaratkaisu	nopea	edullinen	on	ei	on		ei ole täytäntöönpanokelpoinen
med-arb	nopea	edullinen	on	ei	on	suuntaa tulevaisuuteen ja on täytäntöönpantavissa	

3 Oikeussuojakeinojen keskinäinen suhde ja etusijajärjestys

Yrityksen puolesta toimivien voi olla joskus todella vaikea tietää, mikä riidanratkaisumekanismi olisi paras valinta. Sitä eivät etukäteen tiedä varmuudella edes mahdolliset avustavat asianajajat. Vasta jälkeenpäin yleensä ollaan viisaampia ja tiedetään tuliko valittua paras mekanismi. Joitakin yleistyksiä on kuitenkin mahdollista tehdä mekanismien keskinäisestä suhteesta ja etusijajärjestyksestä. Jotta voidaan miettiä valintaa eri mekanismien välillä, on olennaista selvittää ensiksi yrityksen tahtotila. Se taas on riippuvainen riidan luonteesta ja laadusta, intressin määrästä ja siitä, onko vastapuolena oleva puoli asiakas, viranomainen, pitkäaikainen sopimuskomppani tai jokin muu. Merkitystä on myös vastapuolen, kuin

²⁹ Neuvottelun, sovintomenettelyn ja oikeudenkäynnin välistä vertailutaulukkoa käytetään mm. teoksessa Richbell (2007), s. 19, neuvottelu, asiantuntijalausunto, sovittelu, välimiesmenettely ja oikeudenkäynti jakoa on käyttänyt Keinänen (2009), s. 71.

myös yrityksen omalla, taloudellisella tilanteella. Oikeudenkäyntiä ei voida aloittaa, jos osapuolet ovat sopineet, että he ratkaisevat asian yksistään tai ensisijaisesti jollain muulla tavalla. Oikeudenkäynti ei ole mahdollinen eikä tuomioistuin ota asiaa edes käsiteltäväkseen, jos asiassa on sovittu käytettäväksi välimiesmenettelyä.

Oikeudenkäynnin aloittaminen on mahdollista myös kesken neuvottelujen.³⁰ Selvää kuitenkin lienee, että tuossa tilanteessa myönteisten neuvottelujen jatkuminen saattaa heiketä. Suomessa ei ole asetettu neuvottelupakkoa, mutta oikeudenkäymiskaari kannustaa asian sovinnolliseen ratkaisuun ja tuomari on velvoitettu edistämään asian sovintoa. On hyvin yleistä, että asia ratkaistaan käräjäoikeudessa sovinnollisesti ja itse asiassa asian sopiminen oikeudenkäynnin aikana taitaa olla lähes yleisin tapa ratkaista riita oikeudenkäynnissä. Monessa tapauksessa sovintoneuvotteluun kehottavan tuomarin persoona voi olla vaikuttava tekijä tuossa yhteydessä. Sovinto tuossakin vaiheessa voi olla kuitenkin monesti parempi vaihtoehto kuin tuomioistuimen antama tuomio, koska asianosaiset voivat itse vaikuttaa sopimuksen sisältöön ja kuitenkin jos sovinto annetaan tuomioistuimen vahvistettavaksi, tulee siitä lisäksi täytäntöönpanokelpoinen.

Neuvottelut ovat niin sovittaessa sellaiset, ettei niissä lausuttuihin seikkoihin voida vedota myöhemmässä oikeudenkäynnissä. Asiassa annetulle sovintotarjoukselle voidaan kuitenkin antaa merkitystä tietyissä tilanteissa tuomioistuimessa. Tästä osoituksena on se, että tuomioistuin voi arvioidessaan oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuutta ottaa huomioon toisen osapuolen tekemän sovintotarjouksen, joka on ylittänyt heidän maksettavakseen tuomitun korvausvelvollisuuden määrän.³¹

Mikäli yritys käyttää avustajanaan riidan ratkaisussa asianajajaa, on tämä velvoitettu Asianajajien eettisten sääntöjen mukaan pyrkimään asian sovinnolliseen ratkaisuun.³² On kiinnostavaa havaita ero esim. siihen, että jos yhtiö käyttää asiamiehenään omaa lakimiestään ei tämä yhtiön oma lakimies ole siihen velvoitettu.³³

³⁰ Kanteen nostaminen voidaan tulkita myös merkinä siitä, että kantaja on asiassa tosissaan.

³¹ KKO 2008:52.

³² Suomen Asianajajaliiton Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (15.1.2009) ”5.6 Sovinnon mahdollisuus – Asianajajan on arvioitava tehtävän kuluessa, onko asiassa mahdollisuutta sovinnolliseen ratkaisuun tai vaihtoehtoisten riidanratkaisumenetelmien käyttöön.” http://www.asianajajat.fi/files/824/B_01_Hyvaa_asianajajatapaa_koskevat_ohjeet_15.1.2009.pdf

³³ Toinen merkittävä ero käytettäessä yhtiön omaa lakimiestä verrattuna asianajajaan, on se, että asianajajaa koskevat nimenomaiset salassapitosäännökset.

Oikeudenkäynti yleisessä tuomioistuimessa on lähtökohtaisesti varmin tapa saada aineellisoikeudellisesti oikea ja riippumattoman tahon antama ratkaisu.³⁴ Tuomioistuimen tuomarit ovat velvollisia noudattamaan lakia ja heidän riippumattomuutensa taataan laissa. Tuomioistuimet ovat perustuslaissa määritellystä asemastaan huolimatta menettäneet kilpailukykyään riitojen ratkaisupaikkana.³⁵ Tätä väitettä tukee se havainto, että käräjäoikeuksissa ei juuri ole suurten yritysten riita-asioita, joissa on kysymys suurista taloudellisista intresseistä.³⁶ Kritiikki on kohdistunut perinteisen tuomioistuinmenettelyn viipymistä, kustannuksia ja asianosaiset vastakkain asettelevaa menettelyä vastaan.³⁷ Oikeudenkäyntiä kuvaillaan suhteellisen kalliiksi ja lopputulokseltaan epävarmaksi riidanratkaisumekanismissa.³⁸ On paikallaan kiinnittää huomiota siihen, että kuluissa on kysymys lähes ainoastaan avustajien kustannuksista ja häviäjän velvollisuudesta korvata voittaneen oikeudenkäyntikulut. Kustannukset perustuvat siten oikeudenkäymiskaaren normeihin eikä itse tuomioistuimen kalleuteen. Itse siviiliasian tuomion lunastamista ei voi pitää kalliina.³⁹ Empiirisen yritystutkimuksen tulokset antavat tarkempia tietoja menettelyn haittapuolista. Tulosten mukaan haittapuolia ovat toiminnan hitaus ja saman asian käsittely useiden valitusteiden vuoksi usealla taholla.⁴⁰ Nämä syyt ja menettelyn julkisuus vaikuttavat asioiden ohjautumiseen pois yleisistä tuomioistuimista. Esim. ennakoiti salassapidon epäamisestä on omiaan johtamaan valintapäätöstä muualle kuin valtion tuomioistuimen suuntaan.

Yrityksillä on pitkät perinteet välimiesmenettelyn käyttämisessä jo senkin vuoksi, että nykyistä edeltävä välimiesmenettelyä laki oli voimassa jo useita vuosikymmeniä.⁴¹ On arvioitu, että Suomessa järjestetään vuosittain noin 100 välimiesmenettelyä.⁴² Lisäksi on arvioitu, että välimiesmenettelyn käyttö olisi lisääntynyt ja

³⁴ Osapuoli, joka pelkää toisen osapuolen hävittävän omaisuuttaan, voi nostaa myös ainoastaan täytäntöönpanon turvaamiseen liittyvän takavarikkokanteen. Tämä voi tapahtua ennen varsinaista pääasian kanteen nostamista tai esim. välimiesmenettelyyn liittyen.

³⁵ Toisaalta tuomioistuinlaitos ei edes kestäisi sitä, että kaikki riidat tuotaisiin ratkaistavaksi tuomioistuimiin. Komiteanmietintö s. 25. Elinkeinoelämän keskusliitto EK on vuonna 2007 tehnyt selvityksen jäsenyrityksilleen näiden näkemyksistä viranomaistoiminnasta, lainsäädännöstä ja oikeuslaitokseen kohdistuvista odotuksista ja siitä, kuinka sääntelyjärjestelmää tulee kehittää ja oikeusvarmuutta lisätä. Tämän selvityksen mukaan lähes puolet siihen vastanneista katsoi, että tuomioistuimet ovat menettäneet kilpailukykyään riitojen ratkaisupaikkana. EK s.1.

³⁶ Ervasti (2009), s. 33.

³⁷ Komiteanmietintö, s. 277.

³⁸ Ervasti (2009), s. 33.

³⁹ Tuomioistuinten ja eräiden oikeushallintoviranomaisten suoritteista perittävistä maksuista annetun lain 3 § nojalla laajassa riita-asiassa tuomion lunastusmaksun määrä on 182 euroa.

⁴⁰ EK, s. 1.

⁴¹ Ensimmäinen laki välimiesmenettelystä annettiin jo vuonna 1928 annettu laki (46/28), nykyinen laki välimiesmenettelystä on tullut voimaan 1.12.1992 (23.10.1992/967)

⁴² Koulu (2007), s. 35.

että menettelyssä ratkaistavat asiat ovat vaikeita, laajoja ja intressiltään suurehkoja.⁴³ Välimiesmenettelyn jo aiemmat väitetyt hyvät puolet huomioon ottaen ei ole yllätys, että se on suosittua erityisesti liike-elämässä suurten yritysten riidanratkaisukeinona.⁴⁴

Asiantuntijaratkaisua käytetään yleisesti riidanratkaisumekanismina erityisesti erilaisissa rakennusprojekteissa. Suomalaisessa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa mekanismi on ollut esillä suhteellisen vähän eikä sen käyttöasteesta ole saatavissa tarkempia tietoja. Yksi syy käytön mahdolliseen vähyyteen saattaa olla se, etteivät suomalaiset yritykset tunne kyseistä mekanisme tai sitten, ettei ole helposti saatavissa. Eri alan asiantuntijoita voi olla suhteellisen vähän ja heitä on vaikea tavoittaa, koska heitä ei ole luetteloitu. Rakennusalan riidoissa on käytössä tähän mekanismiin verrattava menettely. Siinä rakennusalan asiantuntijaa käytetään ratkaisemaan rakennusprojektin ongelmat jo rakennusprojektin aikana.⁴⁵

Yhdistetyn sovittelu ja välimiesmenettely mekanismin käyttöä puoltaisivat monet seikat. Mekanismissa on yhdistetty kahden menettelyn hyvät puolet ja sen vuoksi sen pitäisi pystyä tuottamaan erinomaisia riidanratkaisuja. Saattaa olla, että sitä myöden kuin sovittelun käyttö lisääntynee, lisääntynee myös tämän mekanismin suosio.

Ratkaisun täytäntöönpanokelpoisuus saattaa olla joissakin tapauksissa painavin kriteeri riidanratkaisumekanismien valinnassa. Tällöin riidanratkaisumekanismiksi parhaiten sopivat joko yleinen tuomioistuin tai välimiesmenettely. Uuden sovittelulain mukaan myös yksityisesti tehty sovittelu on tietyin edellytyksin täytäntöönpanokelpoinen.⁴⁶

⁴³ Komiteamietintö 2003:3, s. 293.

⁴⁴ Roschier asianajotoimiston teettämä tutkimus kohdistuu nimenomaan suuriin suomalaisiin ja ruotsalaisiin yhtiöihin. Roschier Disputes Index Facts and Trends in Dispute Resolution in Finland and Sweden 2010.
<http://www.roschier.com/files/0d0fd7c6e093f7b804fa0150b875b868.pdf>

⁴⁵ Keinänen (2009), s. 50. YSE 1998:n 89§ antaa ohjeen siihen, että erimielisyydet ja riitaisuudet on pyrittävä ratkaisemaan keskinäisin neuvotteluin sitä mukaa kuin niitä ilmenee.
<http://materiaali.osao.fi/kaul/verkko-opetus/isat/kurssi0100/yse1998.pdf>,
”Rakennusalan konfliktien nykyiset käsittelymenetelmät ovat neuvottelu, asiantuntijalausuntojen käyttö, vapaaehtoinen tai tuomioistuinsovittelu, välimiesmenettely tai oikeudenkäynti”, Keinänen (2009), s. 46.

⁴⁶ Laki riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa 3 luku 20 §:n mukaan käräjäoikeus voi vahvistaa tuomioistuimen ulkopuolisessa sovittelussa tehdyn sovinnon tai sen osan täytäntöönpanokelpoiseksi.

4 Yritysten ohjaaminen käyttämään sille suotuisinta oikeussuojakeinoa

Yrityksen opastaminen oikean riidanratkaisumekanismin löytämiseen on monitahtoinen tehtävä. Ensiksi on tärkeintä, että yritys tietää itse mitä se haluaa. Toiseksi yrityksen tulisi tietää mitkä ovat eri vaihtoehdot ratkaisun saamiseksi ja, kolmanneksi sen tulisi tietää se, mikä näistä vaihtoehdoista sen tulisi valita kysymyksessä olevaan riitaan.

Ensimmäiseen kohtaan vastauksen voi tietää vain yritys itse. Yhtiön taloudelliset ja henkilöstöressurssit voivat olla määrääviä tekijöitä itse riidasta aiheutuvien seikkojen lisäksi. Kysymykset ovat seuraavat: Onko yrityksellä varaa ja aikaa lähteä tietynlaiseen prosessiin? Paljonko se vie aikaa henkilöstöltä muusta työstä? Yhtiön tahtotila on riippuvainen lisäksi sen tavoitteesta ja toimialasta. Sovittelutilanteissa voi käydä niin, että yrityksen tahtotila ei aluksi ole välttämättä täysin kirkas, mutta sovittelijan tekemien kysymysten ja aiheuttamien pohdintojen jälkeen saattaa löytyä uusia asioita, joita yritys ei ole aiemmin edes ajatellut edes tahtovansa. Sovittelutilanteessa tahtotila ikään kuin kehittyy ja se on myös riippuvainen toisen osapuolen tahtotilasta.

Toisen kohdan eli oikeaan mekanismiin ohjaamisessa voivat ulkopuoliset asiantuntijat tuoda helpotusta. Yritys voi kouluttaa henkilöstöään eri riidanratkaisumekanismeista ja se voi käyttää asiantuntijoita sekä konsultoida lakimiehiä ja pyytää lisätietoa mekanismeista asianajajalta. Riidanratkaisuehdot ja niiden käyttäminen liittyvät sekä sopimuksen laatimistaitoon että yrityksen oman sopimusverkoston hallintaan.

Kolmas ohjaamistoimi on kaikkein haastavin. Yrityksen on hyvin vaikea etukäteen ennakoida, mikä riidanratkaisumekanismi sen tulisi valita. Vakioehtojen käytön helppous voi myös vaikuttaa siihen, että sopimuskohtainen pohdintaa riidanratkaisumekanismin valinnasta jää tekemättä. Vakiosopimus riidanratkaisulausekkeesta tulisi myös pystyä luopumaan tarpeen tullessa.

Itse valintaa koskeva ratkaisu on monen asiaan vaikuttavan tekijän summa. Ratkaisu on hyvin riippuvainen siitä, millaiseksi arvioidaan asian ”voitto” mahdollisuus. Asianosainen on vahvoilla, mikäli asian voitto on lähellä 100 %. Tässä tapauksessa kaikki mekanismit ovat käyttökelpoisia ja myös tuomioistuintie saattaa tuntua varmalta valinnalta. Tuomioistuimien onkin lähes ainoa ratkaisu silloin, kun on kyse maksamattomasta saatavasta ja velkoja vaatii velkomuskanteella saataviin. Jos voiton todennäköisyys on pienempi, saattaa laiha sovinto olla parempi vaihtoehto kuin uhka suuresta häviöstä tuomioistuimessa.

Voittomahdollisuuksien ohella yritykselle on tärkeää sen ja vastapuolen välinen suhde. Olennaista on liikesuhteen luonne. Liikesuhde voi olla kertakäyttöinen tai pitkä liikesuhde, jota ei haluta vahingoittaa.⁴⁷ Pitkäkestoiselle ja tärkeälle liikesuhteelle on molemminpuolinen etu, että se pystytään ratkaisemaan sovinnollisella menettelyllä, joko neuvotteluin tai sovittelulla. Välimiesmenettely soveltuu myös niiden yritysten väliseen riidanratkaisuun, joilla on pitkäkestoinen liikesuhde. Yritykset ikään kuin poistavat riidanalaisen asian syrjään siirtäessään riidanratkaisun välimiesten ratkaistavaksi ja liikesuhde voi jatkua. Välimiesoikeuden ratkaisu ei ole julkinen ja siten se ei anna yrityksille kielteistä julkisuutta. Molempien intressissä on pystyä turvaamaan liikesuhteen tulevaisuus ja se, ettei kukaan ulkopuolinen, mahdollisesti kilpaileva taho, saa tietää heidän välisistä ongelmista. Julkinen oikeudenkäynti on omiaan loitontamaan osapuolia toisistaan. Tämän vuoksi yrityksille saattaa olla erityisen tärkeää riidanratkaisumekanismin luottamuksellinen luonne ja ei-julkisuus.⁴⁸

Silloin kun valitaan vaihtoehtoinen riidanratkaisumekanismi, on tärkeää varmistaa, että vaihtoehtoinen riidanratkaisu tarjoaa aidon vaihtoehdon. Kyse ei saa olla siitä, että mekanismia käytetään vain paremman vaihtoehdon puuttuessa. Mikäli valintaperuste on viimeksi mainittu, vaarana voi olla se, että päädytään käyttämään sellaista riidanratkaisujärjestelmää, joka ei ota välttämättä huomioon heikomman osapuolen suojaa tai, joka ei edistä aineellisen oikeuden toteutumista niin kuin tuomioistuimen lainkäyttö.⁴⁹

5 Lopuksi

Yrityksen oikeussuojan tarpeet poikkeavat ihmisten oikeussuojan tarpeista. Lisäksi riidanratkaisumekanismien lukuisuus voi aiheuttaa vaikeuksia valita oikea tapa saada oikeussuojaa. Yrityksellä on kuitenkin monia eri tapoja ja vaihtoehtoja löytää paras riidanratkaisumekanismi. Riidanratkaisun esteenä ei voida pitää ainaakaan vaihtoehtojen puutetta. Asianosaisten välinen sopimus on usein perustana asianosaisten vaihtoehtoiselle riidanratkaisulle. Sopimuksen luonne voi sanella

⁴⁷ Asianosaisten halukkuutta lähteä hakemaan oikeuksiaan eri mekanismein on riippuvainen osapuolten suhteen kestosta, suhteen läheisyydestä ja kompleksisuudesta, suhteen sitoutumisen luonteesta sekä valtaerosta suhteen sisällä. *Ervasti (2004), s. 59 alav. 172.*

⁴⁸ Välimiesmenettelyä ei ole säädetty salaiseksi eivätkä säännökset oikeudenkäynnin julkisuudesta koske välimiesmenettelyä. Menettely on kuitenkin luonteeltaan luottamuksellista ja ei-julkista asianosaisten sopimukseen perustuen. *Guttorm (2001), s. 178, Ovaska, s. 375.*

⁴⁹ *Bedner s. 5.* Vaihtoehtoiseen riidanratkaisuun liittyvää hyvää saavutettavuutta on joskus käytetty perusteluina kompensoimaan jopa ratkaisun laatua (joka on mahdollisesti heikko), näin *Koulu (2005), s. 54.*

riidanratkaisumekanismien ja sopimuksessa voidaan sopia mekanismin valinnasta. Yrityksillä on laajat mahdollisuudet selvittää riitansa ja saada ratkaisu, vaikka riidanratkaisusta ei olisi sovittu etukäteen. Toisaalta, pitää etukäteen tiedostaa ja ottaa huomioon todennäköinen sopimukseen pääsyn mahdottomuus riidan jo syntyä. Vastapuoli ei enää välttämättä olekaan halukas sopimaan mistään, ei edes molempien osapuolten parhaaksi katsottavasta riidanratkaisutavasta. Yritysten ohjaaminen käyttämään heille parhaiten sopivaa riidanratkaisumekanismia on mahdollista ja se on myös taloudellisesti yritykselle kannattavaa. Ennen kaikkea on kysymys yrityksen omasta valinnasta ja sen yksilöllisestä tilanteesta. Monissa mekanismeissa on se huono puoli, että yhden valittuaan mekanisme ei voi enää vaihtaa. Yritysten puolesta toimivien tulee tuntee eri riidanratkaisumekanismien parhaimmat puolet, jotta yritys voi käyttää hyväkseen kunkin mekanismin hyviä ominaisuuksia. Etukäteinen ohjastaminen siviilioikeudellisten oikeussuojaa antavien mekanismien ominaisuuksista on siten hyvin tärkeää.

Lähteet

Kirjallisuus

- *Bedner, Adrian*: Court Reform. Amsterdam 2008.
- *Ervasti, Kaijus*: Konfliktinratkaisua vai riidanratkaisua – kaksi käsitystä konfliktienhallinnasta. Teoksessa *Vaihtoehtoista riidanratkaisua vai vaihtoehtoista konfliktinratkaisua?* (toim. Heidi Lindfors) Comi. Helsinki 2005. (a), s. 57–78.
- *Ervasti, Kaijus*: Konfliktit ja vaihtoehtoiset konfliktinratkaisujärjestelmät. Teoksessa *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*. (toim. Soile Pohjonen) WSLT. Vantaa 2001, s. 13–38.
- *Ervasti, Kaijus*: Sovittelu tuomioistuimessa. WSOYpro Vantaa 2005. (b)
- *Ervasti, Kaijus*: Käräjäoikeuksien sovintomenettely. Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 207. Helsinki 2004.
- *Ervasti, Kaijus*: Käräjäoikeuksien riita-asiat 2008. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 93. Helsinki 2009.
- *Ervasti, Kaijus*: Tuomioistuinsovittelu Suomessa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 256. Helsinki 2011.
- *Ervo, Laura*: Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus. Juva 2008.
- *Guttorm, Aimo*: Välimiesmenettely. Teoksessa *Sovittelu ja muut vaihtoehtoiset konfliktinratkaisumenetelmät*. (toim. Soile Pohjonen) WSLT. Vantaa 2001, s. 171–201.
- *Havansi, Erkki*: Riidanratkaisun vaihtoehtojen skaala ”pähkinänkuoressa”. Teoksessa *vaihtoehtoista riidanratkaisua vai vaihtoehtoista konfliktinratkaisua?* (toim. Heidi Lindfors) COMI Saarijärvi 2005, s. 9–25.
- *Hemmo, Mika*: Sopimusoikeuden oppikirja. 2. painos. Gummerus Kirjapaino Oy 2008.
- *Jokela, Antti*: Oikeudenkäynnin perusteet. Oikeudenkäynti I. Helsinki 2005.
- *Keinänen, Jyrki*: Rakennusalan konfliktinratkaisujen kehittäminen. Teknillisen korkeakoulun Rakenne- ja rakennustuotantotekniikan laitoksen väitöskirjoja. Espoo 2009.
- *Koulu, Risto*: Vaihtoehtoisen riidanratkaisun teoriaa ja tutkimusta. Teoksessa *Conflict Management – Riidanratkaisun uusi maailma*. (toim. Santtu Turunen). Edita Publishing Oy Helsinki 2005, s. 19–64.
- *Koulu, Risto*: Välimiesmenettely suomalaisessa oikeustieteessä. Teoksessa *Välimiesmenettely lainkäyttönä ja lainkäytössä*. (toim. Santtu Turunen). Helsinki 2007, s. 19–43.

- *Ovaska, Risto*: Välimiesmenettely –kansallinen ja kansainvälinen riidanratkaisukeino. Helsinki 2007.
- *Railas, Lauri*: The Time and Cost Factors in Finnish Institutional Arbitration. JFT 4–5/2011, s. 593–627.
- *Richbell, David* : CEDR Sovittelijan käsikirja, Kaupallisten riitojen tehokas sovittelu, Kirjapaino Uusimaa 2007 (suomennettu teos).
- *Tepora, Jarmo*: Conflict Management Institute – uusi akateeminen instituutti. Teoksessa Conflict Management – Riidanratkaisun uusi maailma. (toim. Santtu Turunen). Helsinki 2005, s. 11–17.
- *Virolainen, Jyrki*: Lainkäyttö. Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa. Helsinki 1995.
- *Virolainen, Jyrki*: Johdatus prosessioikeuteen. Teoksessa Lappalainen, Juha – Frände, Dan – Havansi, Erkki – Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna – Nylund, Anna – Rautio, Jaakko – Sihto, Juha – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. WSOYpro lakitieto 2. uudistettu painos. Helsinki 2007, s. 39–209.

Virallislähteet:

- EUROOPAN PARLAMENTIN JA NEUVOSTON DIREKTIIVI 2008/52/EY, annettu 21 päivänä toukokuuta 2008, tietyistä sovittelun näkökohdista siviili- ja kauppaoikeuden alalla.
- KM 2003:3 Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomitean mietintö.

Oikeustapaukset:

- EIT Fortum Corporation v. Suomi 15.7.2003.

Internetaineisto ja muu aineisto:

- <http://www.arbitration.fi/ajankohtaista.html> (3.12.2011)
- Hyvää asianajotapaa koskevat ohjeet, 15.1.2009.
http://www.asianajajaliitto.fi/files/824/B_01_Hyvaa_asianajajatapaa_koskevat_ohjeet_15.1.2009.pdf (15.8.2011)
- <http://www.asianajajat.fi/asianajatoiminta/sovintomenettely> (5.12.2011)
- Elinkeinoelämän keskusliitto EK. Tehokas hallinto ja yritysten oikeussuoja. 2007.
http://www.ek.fi/www/fi/tutkimukset_julkaisut/2007/TehokasHallintoNET_2007.pdf (6.8.2010)
- <http://www.keskuskauppakamari.fi/Media/Asiantuntijakirjoitukset/Selvapiirteisiin-riitoihin-ratkaisu-nopeutetusta-valimiesmenettelysta> (5.12.2011)

- YSE 1998 sopimusehdot <http://materiaali.osao.fi/kaul/verkko-opetus/isat/kurssi0100/yse1998.pdf> (5.12.2011)
- http://www.rkl.fi/asiantuntijapalvelut/rakennusasantuntijat/fi_FI/rakennusasantuntijat/ (5.12.2011)
- <http://www.rilsovittelu.fi/web/index.php> (5.12.2011)
- Roschier Disputes Index Facts and Trends in Dispute Resolution in Finland and Sweden 2010.
<http://www.roschier.com/files/0d0fd7c6e093f7b804fa0150b875b868.pdf>
(15.8.2011)

JUTUN ELINKAAREN HALLINTA PROSESSIN TAVOITTEENA

Eija Siitari-Vanne, OTT
Hallintoneuvos, Korkein hallinto-oikeus

1 Yleistä

Olen aikaisemmin tarkastellut hallintolainkäytön ajallisia ja laadullisia tehostamistarpeita vuonna 2005 julkaistussa väitöskirjassani ”Hallintolainkäytön tehostaminen – Tutkimus hallintolainkäytön organisaatio- ja prosessisäännösten kehittämistarpeista”.¹ Olen jatkanut samasta teemasta keskustelua hiukan eri muunnelmin kahdessa vuosina 2009 ja 2010 julkaistussa artikkelissa.²

Jatkan tässä esityksessä keskustelua siitä, tuleeko hallintoasioiden oikeussuojajärjestelmää muuttaa rakenteellisesti ja sisällöllisesti, jotta järjestelmä vastaisi oikeussuojatarpeisiin nykyistä paremmin. Hallintolainkäytön erityispiirteisiin tunnetusti kuuluu, että oikeussuojatarpeiden toteutuminen ja toteuttaminen eivät perustu vain hallintotuomioistuimissa tai muissa hallintolainkäyttöelimissä tapahtuvaan ratkaisutoimintaan, vaan kysymys on ensi sijassa siitä, että hallintoviranomaiset tuottavat mahdollisimman aikaisessa vaiheessa menettelyllisesti ja aineellisesti virheettömiä ratkaisuja. Mikäli tuohon perustavoitteeseen ei päästä, virheellisten ratkaisujen korjaamisen tulisi olla mahdollisimman yksinkertaista ja nopeata.

¹ *Ulla Väätäsen* tuore väitöskirja ”Oikein ja joutuisasti” koskee alaotsikkonsa mukaisesti joutuisuutta hyvän hallinnon ja oikeusturvan takeena hallintotoiminnassa. Väätänen esittää harkittavaksi, että asian käsittelyn joutuisuutta koskeva hallintolain 23 § siirrettäisiin lain 2 lukuun, joka sisältää säännökset viranomaisen toimintaan yleisesti sovellettavista hyvän hallinnon perusteista. Väätänen pitää siirtoa perusteltuna sen vuoksi, että hallintolain 23 §:n 2 momentin (käsittelyajan ilmoittaminen asianosaiselle) velvoitteita ”ei voi rajata vain hallintoasioihin tai asianosaisaloitteisiin asioihin”. Väätäsen mukaan säännöksestä pitäisi muutoinkin poistaa ”rajaus asianosaisasioihin ja asianosaisaloitteellisuuteen” (mts. 574). Tulkintasuosituksen tekijä näyttää kuitenkin unohtaneen, ettei hallintolaissa ole hallintomenettelylain mukaista rajausta ”asianosaisasioihin”. Hallintolain 11 §:n mukainen asianosaisen käsite koskee sekä prosessuaalista että materiaalista asianosaista. Hallintolain 23 § ja sen 2 momentti eivät siten koske vain ”asianosaisaloitteisia” hallintoasioita. En ole samaa mieltä myöskään Väätäsen de lege ferenda -suosituksesta, jonka mukaan hallintolain 23 §:ssä tulisi säätää kaikkien asioiden käsittelyä koskevasta täsmällisestä enimmäismääräajasta. Tällaisena määräaikana Väätänen pitää kolmea ja vaikeimmissa asioissa kuutta kuukautta (mts. 576–577).

² *Siitari-Vanne*, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti – tehokkuus hallinnon ja hallintolainkäytön välisenä työnjakona s. 257–267 ja *Siitari-Vanne*, Hallintoasioiden elinkaaren hallinta hallintolainkäytön haasteena s. 285–296. Ensiksi mainittu artikkeli on vuodelta 2009 ja jälkimmäinen vuodelta 2010.

Kysymys hallinto-oikeudellisten oikeussuojakeinojen riittävydestä, tehokkuudesta ja toimivuudesta muodostuu helposti työnjaolliseksi suhteessa hallinto-
hallintolainkäyttö. Perinteinen hallintotuomioistuimeen kahdessa tuomioistuinas-
teessa johtava muutoksenhakutie ei välttämättä aina turvaa oikeussuojan viivytyk-
setöntä toteutumista. Kysymyksenasettelussa korostuu, mitä tehokkaita oikeus-
suojakeinoja on käytettävissä ennen varsinaista muutoksenhakua osana muutok-
senhakujärjestelmän kokonaisuutta tai vaihtoehtoisesti varsinaisen muutoksen-
haun sijasta tai rinnakkaisesti sen aikana. Viimeksi mainittuihin keinoihin kuuluu
muun ohella oikeussuojavaateita, jotka osoitetaan asian ratkaisseelle viranomai-
selle tai muulle viranomaiselle asian uudelleen käsittelemiseksi joko oikaisuvaat-
timuksena tai hallintolain mukaisena virheen (asiavirhe tai tekninen virhe) korja-
usvaatimuksena. Erityislainsäädännössä tällainen korjauskeino on esimerkiksi
jäljempänä mainittu veronoikaisu verovelvollisen hyväksi ja hankintalainsäädän-
töön nykyisin sisältyvä hankintoaikaisu.³

Menettelyllisesti laissa erikseen säädettyjen oikaisuvaatimusten käsittelyä tukevat
hallintolakiin (434/2003) 1.8.2010 voimaan tulleella lailla (581/2010) lisätyt uu-
den 7 a luvun säännökset.⁴ Hallintolain 49 b §:n mukaan laissa säädetään erik-
seen, jos päätökseen saa vaatia oikaisua. Oikaisuvaatimuksen käyttömahdollisuus-
den vuoksi päätökseen ei saa tuossa vaiheessa vielä hakea muutosta valittamalla,
mikä seikka todetaan edellä mainitun pykälän toisessa virkkeessä. Pykälän vii-
meisen virkkeen mukaan oikaisuvaatimuksen johdosta annettuun päätökseen hae-
taan muutosta valittamalla siten kuin hallintolainkäyttölaissa tai muussa laissa
säädetään. Hallintolaissa tarkoitettu oikaisuvaatimus ei tämän vuoksi vaikuta si-

³ Hankintoaikaisuudesta tarkemmin *Siitari-Vanne*, Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmä –
eurooppalainen prosessi suomalaisen hallintolainkäytön perinnemaisemassa s. 450–452. Han-
kintoaikaisu tehdään 14 päivän määräajassa, kun oikaisun tekijänä on ehdokas tai tarjoaja.
Hankintoaikaisu ei ole edellytys varsinaiselle muutoksenhauille, jonka määräaika kuluu sa-
manaikaisesti oikaisumääräajan kanssa. Hankintayksikkö voi tehdä hankintoaikaisun tätä pi-
demässä määräajassa, joka on 60 päivää päätöksen tekemisestä. Tämä pidempi määräaika
mahdollistaa käytännössä sen, että hankintayksikkö voi muuttaa virheellistä hankintapäätöstä
markkinaoikeuteen tehdystä valituksesta ilmenevästä syystä tai muusta syystä. Jos hankin-
tayksikkö ratkaisee asian oikaisuna uudestaan sillä tavoin, että valitus markkinaoikeudessa
käy tarpeettomaksi, markkinaoikeus voi poistaa asian käsittelystä (julkisista hankinnoista
annetun lain 80–82 §).

⁴ Nämä uudet menettelysäännökset eivät kuitenkaan koske sellaisia keskeisiä menettelyllisiä
seikkoja, kuten asian selvittämistä ja asianosaisten kuulemista (*Halila - Aer*, Oikaisumenettely
hallinnossa s. 5). Kirjoittajat toteavat, että hallinto-oikeudellisessa muutoksenhaussa ei aina
ole kysymys viranomaisen päätöksen oikeudellisesta virheellisyydestä vaan pikemminkin sii-
tä, että muutoksenhakijalla itsellään on virheellinen käsitys siitä, mihin hän on oikeutettu tai
velvoitettu. Tuolloin asian uudelleen käsitteleminen hallintoviranomaisessa voi olla eräänlais-
ta palautetta viranomaiselle. Tällaisen palautteen tutkiminen ei voi tehokkaalla tavalla tapah-
tua hallintotuomioistuimessa (mts. 35).

ten, että valittaja olisi sidottu hylättyyn oikaisuvaatimukseensa sisältyviin vaatimuksiin ja valitusperusteisiin.

Muunlainen lähtökohta olisikin arvioitavissa ongelmalliseksi perustuslain 21 §:n kannalta.⁵ Hallintovalitustilanteissahan taustalta ei ole löydettävissä kunnallisvalituksen ideaa kunnan itsehallinnollisten asioiden hoitamisesta eikä verovalituksen ideaa, jossa muutoksenhaku verotuspäätökseen on jaettavissa erikseen käsiteltävissä oleviin osaratkaisuihin (esimerkiksi valitus tietystä vähennyksestä ja valitus myyntivoiton verotuksesta). Osaratkaisuihin perustuvissa muutoksenhakutilanteissa olisi asioiden käsittelyajan kannalta kestävämpiä, jos muutoksenhaku hallinto-oikeudessa olisi olennaisesti laajempaa kuin oikaisuvaatimuksen käsittely Verohallinnossa.

Hallintolain mukaisen oikaisuvaatimuksen tehneen muutoksenhakijan oikeudesta esittää oikaisuvaatimuksesta poikkeavia valitusperusteita ja vaatimuksia säädetään hallintolainkäyttölain 26 a §:ssä (582/2010), joka on lisätty hallintolainkäyttölakiin hallintolain 7 a luvun säätämisen yhteydessä. Mainitun pykälän mukaan, jos hallintopäätöstä ei ole oikaisuvaatimuksen johdosta muutettu tai kumottu, oikaisuvaatimuksen tekijä saa valittaessaan oikaisuvaatimuspäätöksestä esittää uusia perusteita. Muutoksenhakija saa myös esittää sellaisen uuden vaatimuksen, joka perustuu olosuhteiden muutokseen tai sittemmin esille tulleeseen seikkaan.

2 Oikeussuojakeinojen kokonaisuus

Hallinto-oikeudelliset oikeussuojakeinot voidaan tiivistetysti esittää seuraavalla tavalla jaoteltuina:

- A. *Hallintoviranomaisten käytössä olevat oikeussuojakeinot*
 - a. virheen oikaiseminen (hallintolain 8 luku)

⁵ Lainvalmisteluun keskeisesti osallistuneet Leena Halila ja Janne Aer toteavat edellä mainituksa kommentaarissaan toisaalta seuraavaa: ”Oikeusjärjestelmän johdonmukaisuus ja oikaisuvaatimusmenettelyn tehokkuus edellyttävät, että hallinto-oikeus lähtökohtaisesti käsittelee valitusasian siinä laajuudessa kuin se on ratkaistu oikaisuvaatimuksen johdosta tehdyllä päätöksellä. Oikaisuvaatimus toteuttaa tällä tavoin muutoksenhakukeinon luonnettaan, ja hallinto-oikeuden käsittelyssä on kysymys eräänlaisesta jatkomuutoksenhausta. Esimerkiksi jos oikaisuvaatimuksen johdosta tehty ratkaisu koskee vain kuulemisvirhettä, hallintotuomioistuimessa ei ole aiheellista käsitellä valitusta päätöksen sisällöllisistä (aineellisista) virheistä.” Mainittu tulkintasuositus (mts. 59) poikkeaa lain tekstistä, minkä lisäksi tulkintasuosituksen käytännöllisyyttä on lupa epäillä ainakin asian tehokkaan käsittelyn näkökulmasta.

- b. oikaisuvaatimusmenettely kunnallisvalituksen, kirkollisvalituksen ja verovalituksen erikseen säädettyä esivaiheena
- c. hankintaoikaisu (julkisista hankinnoista annettu laki)
- d. uusi hakemus hakemuksen tultua hylätyksi.

B. Tuomioistuimen käytössä olevat oikeussuojakeinot

- a. valitus
- b. hallintoriita
- c. hakemus (erikseen säädettyt asiaryhmät)
- d. alistus (erikseen säädettyt asiaryhmät)
- e. ylimääräinen muutoksenhaku (pääosin korkeimman hallinto-oikeuden toimivaltaan kuuluva).

Erityisesti eurooppaoikeudellisista vaatimuksista johtuu, että oikeussuojakeinojen valikoimaa on pohdittava myös siitä näkökulmasta, estääkö viranomaistoiminnan mahdollinen *passiivisuus* asian saattamisen tuomioistuimen käsiteltäväksi tai millä tavoin *hyvitetään tai korjataan viranomaistoiminnassa sattuneita virheitä*. Hallintolainkäyttöön kohdistuu muun lainkäytön tavoin kasvaneita vaatimuksia viranomaistoiminnassa aiheutettujen *vahinkojen korvaamisesta ja muusta hyvittämisestä*.⁶ Hallintolainkäytössä ei myöskään ole käytössä omaa *turvaamismenette-*

⁶ Hakalehto-Wainion mukaan vahingonkorvauslain vaatimus muutoksenhausta on osoitus periaatteesta, jonka mukaan julkishallinnossa aiheutuneet vahingot pitäisi selvittää ja hyvittää muilla kuin vahingonkorvausoikeudellisilla välineillä. Muutoksenhakumenettelyssä ei kuitenkaan voida määrätä valittajalle aiheutuneen vahingon korvaamisesta, joten muutoksenhausta ei ole kysymys vaihtoehtoisesta tavasta saada korvausta. Suomessa käytettävistä oikeussuojakeinoista hallintoriitamennettely sovitettuna korvausvaatimuksiin täyttää ”tehokkuuden vaatimuksen ainoastaan joissakin poikkeuksellisissa tilanteissa” (*Hakalehto-Wainio*, Valta ja vahinko s. 387–388). Hakalehto-Wainio katsoo, että julkisyhteisöön kohdistuvat korvausvaatimukset voitaisiin käsitellä oikeusasiamiehen antamien suositusten perusteella, mikä edellyttäisi lainsäädännön muutoksia. Toisaalta vahingonkorvausvastuuseen asettaminen tuomioistuimessa olisi yksityisen näkökulmasta varmempi tapa. Tämän vuoksi olisi aihetta harkita ”erityisten tuomioistuinmenettelyn kehittämistä” (mts. 400).

Ruotsissa valtioon kohdistuvat vahingonkorvausvaatimukset työllistävät erityisesti oikeuskansleria, jonka tehtäviin kuuluu ratkaista virheellisestä viranomaispäätöksestä tai viranomaisen neuvontatoiminnasta seuraavat korvausvastuut sekä syyttömästi vangituille maksettavat korvaukset. Lisäksi oikeuskansleri käsittelee määrältään suurimmat valtiota vastaan esitetyt vahingonkorvausvaatimukset. Oikeuskanslerin ratkaisuun tyytymätön voi halutessaan nostaa kanteen valtiota vastaan tuomioistuimessa (*Pajujoja - Pölonen*, Ylin laillisuusvalvonta s. 182–183).

Hakalehto-Wainio on sittemmin laatinut oikeusministeriölle selvityksen julkisyhteisöjen vahingonkorvausvastuusta (*OM, Selvityksiä ja ohjeita 59/2010*), jossa on suositeltu vahingonkorvauslain ns. standardisäännöksen, muutoksenhakuvaatimuksen ja kannerajoituksen kumoamista. Lisäksi vahingonkorvauslakiin ehdotetaan otettavaksi säännökset virheelliseen viranomaisneuvonnan korvausvastuusta, perus- ja ihmisoikeusloukkausten korvaamisesta sekä julkisen vallan käyttäjän toiminnasta aiheutuneesta, VahL 5:6:ssa tarkoitettusta kärsimyksestä.

lyä, vaan turvaamismenettelyistä säädetään oikeudenkäymiskaaren 7 luvussa. Sääntelypaikasta johtuen toimivalta turvaamisasioissa kuuluu ensi asteena yleisille tuomioistuimille. Hallintolainkäytössä käsiteltävässä asiassa ei myöskään ole mahdollista määrätä *hyvitystä* oikeudenkäynnin viivästymisen hyvittämisestä annetun lain (362/2009) nojalla, koska hallinto- ja hallintolainkäyttöasiat on rajattu lain soveltamisalan ulkopuolelle.⁷

Tämän perusteella edellä olevaa luetteloa on muokattava vielä käsittämään ainakin seuraavat oikeussuojakeinot, jotka olisivat pääosin hallintotuomioistuinten käytössä:

C. Tuomioistuimen käyttöön tulevat uudet oikeussuojakeinot

- a. passiivisuusvalitus
- b. hyvitysvaatimus oikeudenkäynnin viivästymisestä
- c. turvaamismenettely

Hallintolainkäytön kehittämisessä viime vuosina otetut askeleet ovat olleet pieniä avauksia kohti sellaista järjestelmää, jossa ensimmäisen ja toisen (samalla viimeisen) tuomioistuinasteen välillä vallitsisi työnjako, jossa oikeussuojaa voitaisiin toteuttaa nopeammin. Luen tähän kokonaisuuteen kuuluviksi vuonna 2005 säädetyin sinänsä vähäisiin asiaryhmiin kohdistuvan valituslupajärjestelmän laajennuksen (hallintolainkäyttölain muutos 698/2005)⁸ sekä eri vaiheissa toteutetun maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999) mukaisen valituslupajärjestelmän. Viimeksi mainittu valituslupajärjestelmä kattaa nykyisin muutoksenhaun lähes kaikkiin lupatyyppeihin ratkaisuihin tilanteissa, joissa hallinto-oikeus on hylännyt tai jättänyt tutkimatta luparatkaisua koskevan valituksen. Valituslupajärjestelmä koskee myös muutoksenhakua sellaiseen asemakaavaratkaisuun, joka perustuu koko kaa-

Suurin osa lausunnonantajista on pitänyt säännösten uudelleen arviointia lähtökohtaisesti perusteltuna. Uudistuksen on kuitenkin katsottu vaativan tehtyä selvitystä laajemmista lähtökohdista lähtevää jatkovalmistelua. Jatkovalmistelua kaipaava kysymys on muun ohella, missä menettelyssä korvausvaatimukset toteutettaisiin (*OM, Mietintöjä ja lausuntoja 10/2011*).

⁷ Uusien oikeussuojakeinojen käyttöönotto saattaa myös pidentää entisestään pitkiä käsittelyaikoja. Esimerkiksi Ranskassa tuli keväällä 2010 voimaan uudistus, jonka mukaan kaikissa tuomioistuinasioissa on mahdollista vedota sovellettavan lain perustuslain vastaisuuteen. Perustuslain vastaisuuden selvittäminen voi tämän jälkeen siirtyä kahteen instanssiin pääasian odottaessa näitä vaiheita (*Cars, SvJT 2011 s. 657–658*).

⁸ Tuolloin säädettiin jatkomuutoksenhaussa korkeimpaan hallinto-oikeuteen valitusluvanvaraisiksi muutoksenhaut ampuma-aseasioissa, maksuvapautusasioissa, takautuvaa televisiomaksua ja tarkastusmaksua koskevista asioista, siviilipalveluslaissa tarkoitetuissa eräissä asioissa sekä jätemaksuasioissa. Valitusluvanvaraiseksi säädettiin myös eräiden yleishyödyllisten yhteisöjen verohuojennuksista annetussa laissa (680/1976) tarkoitettut asiat. Muutokset toteutettiin laeilla 698–732/2005, jotka tulivat voimaan 1.10.2005.

va-alueella voimassa olevaan oikeusvaikutteiseen yleiskaavaan. Tuolloinkin edellytetään, että valitus hallinto-oikeudessa on joko jätetty tutkimatta tai hylätty.

Maankäyttö- ja rakennuslain mukaisen valituslupajärjestelmän yksityiskohdat ovat viime aikoina antaneet aihetta lukuisiin julkaistuihin korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuihin.⁹ Näiden ratkaisujen perusteella toimivalta valituslupajärjestelmästä voidaan edellyttää ainakin lainsäädännöllistä yksinkertaisuutta ja riittävää asiallista kattavuutta. Tulkinnalla valituslupajärjestelmän ulottuvuutta ei voida perustuslain 21 §:ään kiinnittyvillä syillä laajentaa.

Perustuslakivaliokunnan lausunnosta (*PeVL 33/2008 vp*) päätellen nykyistä maankäyttö- ja rakennuslain mukaista valituslupajärjestelmää on pyritty muotoamaan erityisesti valiokunnan ”asioiden vähäisyyttä” koskevan tulkintadoktriinin kiertämiseksi. Asioiden vähäisyyden takeeksi on luotu vaatimus samansisältöisestä viranomais- ja tuomioistuinratkaisusta. Asioiden oikeudellisesta merkitykseen ja vaativuuteen tällainen kahden samansisältöisen ratkaisun järjestelmä ei kuitenkaan välttämättä liity millään tavalla.¹⁰

Vähäisyys-doktriinin merkitys on vaikuttanut myös oikeusministeriön asettaman hallintolainkäyttötoimikunnan alaisuudessa työskennelleen ns. *tasotyöryhmän* tekemään ehdotukseen siitä, miten tehtävänjakoa korkeimman hallinto-oikeuden ja hallinto-oikeuksien välillä voitaisiin tarkistaa. Vuonna 2010 julkaistussa työryhmän mietinnössä ehdotukset jatkomuutoksenhaun rajoittamiseksi valituslupajärjestelmällä ovat edelleen varsin pienipiirteisiä, jolloin kokonaiskäsitelyaikaisten selvää lyhentämistä on vaikea toteuttaa.

Valituslupajärjestelmään soveltuvia asiaryhmiä tasotyöryhmä on etsinyt tarkastelemalla sellaisia asiaryhmiä, joissa vuosina 2006–2008 hallinto-oikeudessa/markkinaoikeudessa ratkaistujen asioiden muutosprosentti jatkomuutoksenhaussa on ollut 7,5 prosenttia tai vähemmän. Työryhmä on todennut muun muassa virkamiesasiat, yleiskaava-asiat, huostaanottoasiat, hankinta-asiat, ajokorttiasiat, ajo-oikeusasiat ja ammattimaista ajoneuvoliikennettä koskevat asiat tällaisiksi peri-

⁹ Ks. tarkemmin *KHO 2011:92* ja lyhyet ratkaisuselosteet *KHO 30.11.2011 taltionumero 3471* ja *KHO 20.6.2011 taltionumero 1732*.

¹⁰ Perustuslakivaliokunta arvioi asioiden vähäisyyttä osana perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin kuuluvaa suhteellisuusperiaatetta, jolloin tarkasteluun otettiin mukaan myös mahdollisuudet vähentää korkeimman hallinto-oikeuden työmäärää ja samalla asioiden kokonaiskäsitelyaikaa sellaisissa asiaryhmissä, joissa ensi asteen muutoksenhakua voitiin pitää ”useimmissa tapauksissa oikeusturvan kannalta riittävänä”. Yleiskaavavytykennällä valiokunta korosti, että oikeussuojajärjestelmä oli ”ennakolliseen oikeusturvaan painottuva”, jolloin valituslupajärjestelmässä asemakaava-asioissa ei voitu pitää kokonaisuutena arvioiden ongelmallisenä perustuslain 21 §:n kannalta (*PeVL 33/2008 vp* s. 2–3).

aatteessa soveltuviksi asiaryhmiksi. Tarkemmin työryhmä on ehdottanut valituslupajärjestelmää laajennettavaksi suhteellisen pieniin asiaryhmiin (liikennevakuutusmaksun hyvikkeet, ajoneuvojen siirtomaksut, valtion perinnöt, kansalaisuusasiat, passiasiat, järjestyslaissa tarkoitetut asiat, koulukuljetukset, yksityisteitä koskevat asiat, asunto- ja asuntotuotantoasiat, väestötietoasiat, kotikunta-asiat, ajokortti- ja ajo-oikeusasiat, ammattiajolupa-asiat, ammattimaista ajoneuvoliikennettä koskevat asiat, anniskelulupa-asiat, eläinsuojeluasiat, mielenterveyshoidon jatkamista koskevat asiat), joissa monissa kuitenkin on usein kysymys perusoikeuksien turvaamisesta. Tarkempaa selvittämistä työryhmä on ehdottanut muun muassa hankinta-asioista, kunnallisasioista ja ympäristöasioista.¹¹

Käsittelen seuraavaksi tarkemmin edellä todetuista oikeussuojakeinoista hyvitystä oikeudenkäynnin viivästymisestä ja passiivisuusvalitusta. Kolmas tarkastelemani aihealue liittyy puolestaan siihen, että ylimääräisten muutoksenhakekeinojen käyttöön kohdistuu aikaisempaa suurempaa kiinnostusta erityisesti niissä tilanteissa, joissa verotusmenettelyssä halutaan palautettavaksi EU-oikeuden vastaiseksi osoittautuneita veroja.

Todettakoon jo nyt, että tämä palautusjärjestelmä on vain yksi mahdollinen verotuksessa käytettävä järjestelmä. Erityyppisissä soveltamistilanteissa palautus voi perustua myös normaaliin muutoksenhakuun, verotuksen oikaisuun verovelvollisen hyväksi tai järjestelyihin, jotka perustuvat erikseen säädettyyn palautuslakiin. Tällaista erillistä palautuslakia on käytetty esimerkiksi EU-oikeuden vastaisten autoverojen palautuksissa ja palautuksissa, joissa perusteena on ollut EU-oikeuden vastaiseksi todettu yhtiöveron hyvitysjärjestelmä. Erikseen säädettyissä palautustilanteissa vältytään yleensä siltä, että palautusvaateet kuormittaisivat hallintoa tai tuomioistuimia.¹²

¹¹ *OM, Mietintöjä ja lausuntoja 78/2010 s. 136–137.*

¹² Matti Pellonpää on tarkastellut ylimääräisten muutoksenhakekeinojen käyttämistä sellaisissa soveltamistilanteissa, joissa kansallisen viranomaisen tai tuomioistuimen ratkaisu osoittautuu myöhemmin ihmisoikeussopimuksen tai EU-oikeuden vastaiseksi (*Pellonpää*, Eurooppaoikeus ja ylimääräinen muutoksenhaku hallintoprosessissa korkeimman hallinto-oikeuden viimeaikaisen oikeuskäytännön valossa, s. 381–393). Kuten Pellonpää toteaa, korkein hallinto-oikeus on purkanut kaksi vakuutus-oikeuden päätöstä ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella kuulemisvirheperusteella (*KHO 2008:44* ja *KHO 2008:45*). Kummassakaan tapauksessa ei ollut kysymys päätöksen purkamisesta sillä perusteella, että juuri tuossa tapauksessa ihmisoikeustuomioistuin olisi tuomiollaan todennut asian käsittelyssä tapahtuneen sopimuksen 6 artiklan loukkauksen.

Verotuksellisiin kysymyksiin painottuen ylimääräistä muutoksenhakua on tarkastellut Kristiina Äimä. Äimän mukaan korkeimman hallinto-oikeuden aikaisempaa oikeuskäytäntöä 2000-luvun alkuvuosilta voidaan kritisoida EY-oikeuden tehokkaan toteutumisen näkökulmasta (*Äimä*, Veroprosessioikeus s. 330–350 ja tarkemmin s. 335 av. 1633).

3 Hyvitysvaatimus oikeudenkäynnin viivästymisestä

Eurooppaoikeudellisesti ehdottomasti painavin peruste uuden oikeussuojakeinon säätämiseen koskee oikeudenkäyntien viivästymiseen liittyvää kansallista hyvitysjärjestelmää, joka ei tällä hetkellä koske lainkaan hallinnossa ja hallintolainkäytössä käsiteltäviä asioita.

Puutteellinen kansallinen sääntely ei kuitenkaan koske vain tätä lainsäädäntöaluetta, kuten käy ilmi ratkaisusta *KKO 2011:38*. Korkein oikeus on tuolla ratkaisullaan laajentanut tulkinnallisesti viivästyshyvityslain koskemaan myös kohtuuttoman pitkään kestänyttä, varsinaiseen oikeudenkäyntiin johtamatonta esitutkintaa. Tällainen soveltamistilanne oli hallituksen esityksessä (*HE 233/2008 vp*) jätetty korvausjärjestelmän ulkopuolelle perustellen ratkaisua sillä, että käytännössä tällaisia viivästymisiä ei ole tapahtunut usein. Tuomion kohdassa 15 tarkemmin todetulla tavalla korkein oikeus on päätenyt siihen, että asianosaisen oikeusturvan kannalta ei olisi perusteltua, että hyvitykseen jäisi riippumaan siitä, nostetaanko asiassa syyte vai ei.

Tiedossani ei ole, että vastaavanlaista lain epätäydellisyydestä johtuvaa tulkintaasetelmaa olisi vielä pohdittu hallintotuomioistuimissa. Hallintotuomioistuimissa ainoa mahdollinen reagointitapa viivästykseen on tällä hetkellä alentaa tai poistaa hallinnollinen taloudellinen sanktio (hallintolainkäyttölain 53 a §).

Eduskunnan oikeusasiamies on 10.8.2011 antamassaan kanteluratkaisussa (dnro 1901/4/10) pyytänyt oikeusministeriötä harkitsemaan, miten kantelijalle, jonka tahdonvastaiseen psykiatriseen sairaalahoitoon määräämistä koskevaa valitusta oli käsitelty hallinto-oikeudessa yli kolme kuukautta, voitaisiin hyvittää oikeudenloukkauksen aiheuttama kärsimys. Viivästyshyvityslain muutosehdotuksesta antamassaan lausunnossa 7.9.2011 (dnro 2438/5/11) oikeusasiamies on esittänyt viivästyshyvityslain tarkistamista siten, että laissa otettaisiin paremmin huomioon erityisen nopeaa käsittelyä vaativien asioiden viivästymisen korvaustaso, koska näissä asioissa ei voida soveltaa lain lähtökohtana olevaa vuositasoista viivästymisen tarkastelua.

Eduskunnan perustuslakivaliokunta on lausunnossaan (*PeVL 2/2009 vp*) kiinnittänyt erityistä huomiota siihen, että hallinto-oikeudellisessa oikeussuojajärjestelmässä ei olisi käytössä mitään ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännön mukaista kansallista, viivästystä jälkikäteen tehokkaasti hyvittävää oikeussuojakeinoa. Valiokunta kehottikin lakivaliokuntaa harkitsemaan lain soveltamisalan laajenta-

mista koskevan lausumaehdotuksen sisällyttämistä omaan mietintöönsä.¹³ Lakivaliokunta jätti tällaisen ponsilausuman tekemättä perustellen asiaa sillä, että sen tietojen mukaan hyvitysjärjestelmän ulottaminen hallintolainkäyttöön oli hallintolainkäyttötoimikunnassa selvitettävänä (*LaVM 3/2009 vp*). Hallintolainkäyttötoimikunta tai mikään sen työryhmistä ei kuitenkaan tällaista selvitystä tehnyt. Hyvitysjärjestelmän ulottamista hallintolainkäyttöön koskeva ehdotus on tämän vuoksi valmisteltu erillisessä virkamiesvalmistelussa oikeusministeriössä (hallituksen esityksen luonnos on päivätty 14.6.2011).

Hallintolainkäyttöasioiden erityispiirteet selittävät osaltaan, miksi ihmisoikeussopimuksen 13 artiklan tulkinnalla luodut vaatimukset hyvitysjärjestelmästä on huomattavasti vaikeampaa toteuttaa hallintolainkäytön kuin yleisen lainkäytön alalla.

Hallintolainkäytössä *asian käsittely* alkaa tyypillisesti hallintoviranomaisen ratkaisulla, jolla hakemus hylätään tai hyväksytään tai asianosainen velvoitetaan johonkin suoritukseen. Hallintolainkäyttöasiassa *pakollinen oikaisuvaatimusvaihe* (osana kunnallisvalitusta, kirkollisvalitusta, verovalitusta tai hallintolain 7 a luvussa tarkoitettua oikaisuvaatimusmenettelyä) luetaan oikeudenkäynnin kokonaisuuteen. *Kokonaisuuteen* luetaan tämän jälkeen koko se aika, minkä asia on käsiteltävänä hallintotuomioistuimessa eri asteissa ja näiden käsittelyvaiheiden jälkeen mahdollisesti uudestaan hallintoviranomaisessa, kunnes asia on lopullisesti ratkaistu joko hallintoviranomaisessa tai tämän jälkeen seuranneessa muutoksenhaussa. *Lopullinen asiaratkaisu* hallintolainkäytön käsittelyjärjestyksessä annettavassa asiassa annetaan usein vasta sen jälkeen, kun asiaa viimeisenä oikeusasteena käsitellyt tuomioistuin on kumonnut viranomaisratkaisun ja edeltäneen lainkäyttöraatkaisun sekä palauttanut asian viranomaiselle uudelleen käsiteltäväksi.

Hallintoasian elinkaari on siten erilainen kuin yleisten tuomioistuinten lainkäyttöasioiden elinkaari. *Siviiliasia* tulee vireille tuomioistuimessa ja myös päättyy tuomioistuimen ratkaisuun. Ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännössä viivästyksen arviointiin mukaan tosin luetaan myös erityisesti rahamääräisen suorituksen tai muun täytäntöön pantavan suorituksen täytäntöönpanoon kulunut aika. *Rikosasia* alkaa puolestaan esitutkinnasta eli tuomioistuimen ulkopuolisesta prosessista, mutta päättyy yleensä aina tuomioistuimen ratkaisuun.

¹³ Hallituksen esityksen mukaan oikeussuojakeinot oli helpompaa luoda yleisiä tuomioistuinta koskeviksi, koska yleisissä tuomioistuimissa käsitteilyajat olivat jo yleisesti kohtuullisella tasolla. Lisäksi oikeussuojakeinot voitiin muodostaa suhteellisen yksinkertaisiksi (*HE 233/2008 vp s. 14*).

Hallintolainkäyttöasioiden erityispiirteisiin kuuluu, että tuomioistuin ei hyvitysvaativasta ratkaistessaan välttämättä voi olla varma asian käsittelyyn vielä kuluva ajasta. Jotta hyvitys ei jäisi liian pieneksi, tuomioistuin joutuisi hallintolainkäytössä usein arvioimaan jäljellä olevan käsittelyajan. Jos arvio osoittautuu virheelliseksi, on todennäköistä, että hyvitystä jouduttaisiin vaatimaan lisää asian jatkokäsittelyssä. Tällainen useaan vaiheeseen jakautuva kansallinen hyvitysjärjestelmä sisältää riskin siitä, että asia tulee kuitenkin ratkaistavaksi ihmisoikeustuomioistuimessa.

Virkamiesvalmistelussa on ehdotettu mallia, jossa hallintotuomioistuimen¹⁴ olisi viivästyshyvitystä tuomitessaan samalla ratkaistava, minkä hallinnonalan virheeksi asian käsittelyn viivästyminen jää, jos viivästyksen ei voida katsoa aiheutuneen tuomioistuinten tai muiden niihin verrattavien lainkäyttöelinten toiminnasta. Koska hyvitysvastuuta koskevaan ratkaisuun saisi hakea muutosta valittamalla pääasian yhteydessä, ilmeisenä vaarana on, että hyvitysasian käsittelyn ei tulisi tapahtumaan kaikin puolin ripeästi.¹⁵

Asiaa koskevassa hallituksen esitysluonnoksessa arvioidaan, että hyvityslaista saatujen kokemusten perusteella hallintolainkäytössä tehtäisiin vuositasolla vain noin 30–50 hyvitysvaativasta. Tätä määrää ei kuitenkaan voida pitää realistisena arviona, kun otetaan huomioon, että lain soveltamisalaan kuuluisivat kaikki hallintolainkäyttöasiat. Julkisuudessakin esiintyneiden tietojen mukaan hallintolainkäytössä on lukuisia jo rakenteellisesti viivästyneitä asiaryhmiä, minkä lisäksi hallintolainkäytössä käsitellään sellaisia asiaryhmiä, joiden käsittelyyn liittyy ihmisoikeussopimuksen tulkintakäytännön perusteella erityisiä kiireellisyysvaatimuksia, kuten huostaanottoasiat sekä toimintamahdollisuuksiltaan haavoittuvassa asemassa olevia henkilöitä koskevat asiat (esimerkiksi vammaispalveluasiat).

On siis arvioitavissa, että viivästyshyvitysvaatimuksia esitettäisiin huomattavasti runsaammin kuin yleisessä lainkäytössä ja että eräissä asiaryhmissä tällaisen vaatimuksen esittämisestä saattaa tulla lähes rutiininomainen vaatimus muutoksen-

¹⁴ Hallintotuomioistuimilla tarkoitetaan esitysluonnoksessa korkeinta hallinto-oikeutta, alueellisia hallinto-oikeuksia, vakuutus-oikeutta, markkinaoikeutta ja erityisiä muutoksenhakulautakuntia.

¹⁵ Ehdotuksen mukaan hallintolainkäytössä ei sovellettaisi yleisessä lainkäytössä mahdollista asian kiireelliseksi julistamista. Eduskunnan oikeusasiamiehen ehdotuksesta 7.9.2011 antamassa lausunnossa on todettu, ettei hallintotuomioistuinten toimivaltaan kuuluvien asiaryhmien lukuisuus ja erilaisuus huomioon ottaen kiireelliseksi määräämisellä ehkä olisikaan oikeudenkäyntejä yleisesti jouduttavaa vaikutusta hallintolainkäytössä. Lausunnossaan oikeusasiamies on korostanut, että eri ministeriöiden keskinäisiin taloudellisiin vastuusuhteisiin liittyvät kysymykset eivät saisi viivästyttää tai estää muutosehdotuksen keskeisen sisällön toteutumista.

haun osana. Näin ollen lainvalmistelussa tulee varautua siihen, että hallintolainkäytössä on voitava nopeasti karsia perusteettomat hyvitysvaatimukset ja että järjestelmästä muutoin luodaan sellainen, ettei se entisestään hidasta asioiden käsitteilyä.

4 Ylimääräisen muutoksenhaun vero-oikeudellinen renessanssi – kuka korjaa EU-oikeudelliset tulkintaerehdykset?

Yhteistä edellä lyhyesti kuvatuille oikeussuojakeinojen erilaisille kehitystarpeille on tarve monipuolistaa hallinto-oikeudellisia oikeussuojakeinoja. Toisaalta uudenlaiset oikeussuojatilanteet näyttäisivät myös haastavan perinteisten oikeussuojakeinojen vakiintunutta käyttötapaa. Tällaisesta kehityskulusta on esimerkkinä erityisesti *EU-oikeuden vastaisesti kannettuja verojen ja julkisoikeudellisten maksujen palauttaminen*.¹⁶ Viimeksi mainittu kehityspiirre on johtanut erityisesti siihen, että *ylimääräisestä muutoksenhausta* on tullut eräissä asiaryhmissä suosittu oikeussuojakeino, joka voi vaikuttaa korkeimman hallinto-oikeuden työmäärään yllättävällä tavalla.¹⁷

Verohallinnossa virheellisten päätösten korjaamismahdollisuudet ovat sinänsä tavallista laajemmat, koska jo säännönmukainen muutoksenhaku-aika on pitkä. Lisäksi jo toimitetun virheellisen verotuksen muutosmahdollisuudet ovat verovelvollisen eduksi varsin laveat. Verotusmenettelystä annetun lain 55 §:n 2 momen-

¹⁶ Asiassa *C-343/96, Dilexport*, EYT katsoi, että vastaavuusperiaatetta ei voitu tulkita siten, että jäsenvaltion olisi sovellettava edullisinta sääntelyä kaikkiin yhteisön oikeuden vastaisesti kannettuja veroja ja maksuja koskeviin palautusvaatimuksiin. Oikeussuojakeinojen käyttämistä koskevat kansalliset määräajat olivat oikeusvarmuutta edistävinä yhteisön oikeuden mukaisia. Yhteisön oikeuden vastaista oli sen sijaan se, että EYT:n todettua tietynlaiset tullit tai verot yhteisön oikeuden vastaisiksi jäsenvaltio säätäisi näiden suoritusten palautusedellytyksistä epäedullisemmin kuin vastaavien muiden suoritusten palautusedellytyksistä taikka takaisin-saantioikeuden käyttäminen tehtäisiin tehokkuusperiaatteen vastaisesti mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi (em. tuomion kohta 43).

¹⁷ Vuoden 2010 toimintakertomuksen mukaan korkeimmassa hallinto-oikeudessa oli vireillä 449 purkuasiaa vuoden 2010 alussa. Saman vuoden aikana purkuasioita tuli vireille 519 ja niitä ratkaistiin 676. Ratkaistujen asioiden diaarinumerokohtaisista määristä purkuasiat muodostivat 9,2 prosentin osuuden, jota voidaan pitää erittäin suurena. Käytännössä tämä siis tarkoitti, että noin joka kymmenes ratkaistu asia oli purkuhakemus. Tilastotiedoissa ei ole tarkemmin eritelty, mikä oli veroasioita koskevien purkuasioiden osuus. Käytännössä suurin osa ratkaistusta purkuhakemuksista koski autoveroja ja väylämaksuja. Jo tätä numeraalista taustaa vasten on helppo ymmärtää, miksi hallintolainkäyttötoimikunnan alaisuuteen kuulunut prosessityöryhmä esitti mietinnössään (*OM, Mietintöjä ja lausuntoja 4/2011*) ylimääräisten muutoksenhakekeinojen käyttöä eräiltä osin rajoitettavaksi.

tin mukaan *verotuksen oikaisu verovelvollisen hyväksi* voidaan tehdä viiden vuoden kuluessa verovelvollisen verotuksen päättymistä seuraavan vuoden alusta lukien. Tätä oikaisua ei kuitenkaan voida käyttää, jos asia on jo ratkaistu valitukseen annetulla päätöksellä (edellä mainitun lain 55 §:n 3 momentti). Vireillä olevalla valituksella ei kuitenkaan ole tällaista *oikeusvoimavaikutusta*.¹⁸

Oikeusvoimavaikutus merkitsee verotuksessa käytännössä sitä, että tuomioistuintratkaisun sisältö sitoo uudessa oikeudenkäynnissä verovelvollisen asian käsittelyä ja että hallintoviranomainen ei voi ottaa tällaista asiaa uudelleen käsiteltäväkseen. Oikeusvoimalla on siten sekä positiivinen että negatiivinen vaikutus.

Oikeusvoimavaikutus on myös valtiosääntöoikeudellisesti merkittävä järjestäessään tuomioistuimen ja hallintoviranomaisen välistä työnjakoa ja samalla tuomioistuinten riippumattomuutta suhteessa hallintoon. Hallituksen esityksessä verotusmenettelyyn liittyvien säännösten muuttamisesta (*HE 91/2005 vp*) tämä lähtökohta selvästi unohtui. Mainitussa hallituksen esityksessä verohallinto ehdotti otettavaksi käyttöön järjestelmän, jossa verotusta olisi voitu oikaista verovelvollisen hyväksi silloinkin, kun hänen verotuksensa oli muodostunut lopulliseksi hallinto-oikeuden ratkaisun perusteella. Oikaisu olisi ehdotuksen mukaan perustunut siihen, että hallinto-oikeuden päätös oli osoittautunut virheelliseksi korkeimman hallinto-oikeuden myöhemmin samanlaisessa asiassa antaman ratkaisun perusteella.

¹⁸ Oikeusvoimavaikutuksesta verotusmenettelyssä ks. *Myrsky – Linnakangas, Verotusmenettely ja muutoksenhaku* s. 180. Olli Mäenpään mukaan oikeusvoimaan perustuvat lähtökohdat soveltuvat myös tuomioistuinten päätöksiin, sillä niillä ”turvataan oikeusrauhaa, oikeussuhteiden vakautta ja hyvää lainkäyttöä”. Oikeussuojakeinojen käyttämiselle voidaan siten kansallisessa oikeudessa määritellä kohtuulliset ja ehdottomat (preklusiiviset) määräajat, joilla edistetään oikeusvarmuutta (*Mäenpää, Eurooppalainen hallinto-oikeus* s. 277). Mäenpää viittaa tässä yhteydessä esimerkiksi EYT:n tuomioihin asioissa *C-224/01, Köbler* ja *C-234/04, Kapferer*. Viimeksi mainitussa tuomiossa EYT lausui, ettei perustamissopimuksen 10 artiklaan perustuva yhteistyön periaate edellyttänyt, että kansallisen tuomioistuimen olisi jätettävä soveltamatta kansallisia menettelysääntöjä, jotta se voisi tutkia lainvoimaisen tuomioistuimen ratkaisun uudelleen ja kumota sen, jos ilmeni, että se oli yhteisön oikeuden vastainen. Tuomion kohdassa 20 EYT lausui seuraavasti: ”Tältä osin on syytä muistuttaa lainvoimaa koskevan periaatteen tärkeydestä sekä yhteisön oikeusjärjestyksessä että kansallisissa oikeusjärjestyksissä. Itse asiassa sekä oikeusrauha ja oikeussuhteiden vakauden että hyvän lainkäytön varmistamiseksi on tärkeää, että kaikkien käytettävissä olevien oikeussuojakeinojen käytön tai näitä oikeussuojakeinoja varten säädettyjen määräaikaisten umpeenkuluminen jälkeen lopullisiksi tulleita tuomioistuimen päätöksiä ei voida enää saattaa kyseenalaisiksi.” Tuomion *C-2/08, Falimento Olimpiclub Srl* perusteluissa EYT tarkensi, että tehokkuusperiaatteen toteutumista oli tarkasteltava ”ottaen huomioon tämän säännön merkitys koko oikeudenkäynnin, sen kulun sekä sen erityispiirteiden kannalta eri kansallisissa oikeuselimissä”. Tässä tarkastelussa tuli tarvittaessa ottaa huomioon ”kansallisen tuomioistuinjärjestelmän perustana olevat periaatteet, joita ovat muun muassa puolustautumisoikeuksien suojeleminen, oikeusvarmuuden periaate ja oikeudenkäyntimenettelyn moitteeton kulku”.

Lausunnossaan (*PeVL 35/2005 vp*) perustuslakivaliokunta piti järjestelyä erityisen ongelmallisena suhteessa tuomioistuinten riippumattomuusvaatimukseen. Valiokunnan mukaan tällaisen ”jossain määrin nurinkurisen sääntelyn perusteella viranomaisen näyttäisi valvovan tuomioistuin toiminnan lainmukaisuutta eikä päinvastoin”. Valiokunta piti ehdotettua oikaisujärjestelmää muutoinkin valtiosääntöoikeudellisesti ongelmallisena, koska ylimpien tuomioistuinten ennakkopäätöksillä on lähinnä oikeuskäytännön yhtenäisyyttä turvaavaa tuomioistuimia ohjaavaa merkitystä, mutta ei välitöntä sitovuutta yksittäisten oikeustapausten ratkaisussa. Tämän lisäksi viranomaisen toimivallassa olisi ollut päättää, oliko ylemmän tuomioistuimen ratkaisu annettu ”samanlaisessa asiassa”.

Valiokunta ilmoitti sinänsä ymmärtävänsä virheellisten ratkaisujen korjaustarpeita, mutta valiokunnan omakaan ratkaisuehdotelma ei vakuuta tehokkuudellaan. Valiokunta ehdotti nimittäin ylimääräistä muutoksenhakua kehitettäväksi siten, että hallinto-oikeus voisi verovelvollisen tai veroviranomaisen hakemuksesta poistaa samanlaisessa asiassa antamansa lainvoimaisen päätöksen ja ratkaista asian uudelleen! Ei liene vaikea kuvitella, minkälainen vaikutus tällaisella purkujärjestelmällä olisi hallintolainkäytössä. Valiokunnan mallissa muutoksenhausta tulisi useissa tapauksissa vähintään kaksinkertaista – ensin siis normaali muutoksenhaku ja sen jälkeen ”toinen kierros”.

Verohallinnon sinänsä kannatettava tarkoitus hyvittää oikeusriitojen ratkaisujen viipymisestä aiheutuvia ongelmia toteutettiin sittemmin pienimuotoisemmin säättämällä Verohallinnosta annetun lain (237/2006) 16 §:ssä *erityisestä verohuojennuksesta*.

Edellä mainitun pykälän mukaan Verohallinto voi, vero- tai maksuvelvollisen hakemuksesta tai myös hakemuksetta, myöntää valtiolle menevästä verosta tai maksusta, yhteisön tuloverosta sekä veronkorotuksesta ja viivästys- ja muusta seuraamuksesta osittaisen tai täydellisen vapautuksen, jos: 1) Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö oli hakenut muutosta vero- tai maksuvelvollisen verotukseen tai muutoksenhakuelimen päätökseen tulkinnanvaraisessa asiassa, josta ei ollut vakiintunutta oikeuskäytäntöä; 2) muutoksenhaun johdosta tällä vero- tai maksuvelvolliselle määrättiin veroa tai maksua; 3) tässä asiassa oli saatu korkeimman hallinto-oikeuden päätös ja 4) verohuojennuksen myöntäminen oli vero- tai maksuvelvollisen yhdenvertaisen kohtelun turvaamiseksi tärkeää. Erityisestä verohuojennuksesta säädetään nyttemmin vuoden 2011 alusta voimaan tulleessa uudessa Verohallinnosta annetussa laissa (503/2011, 26 §) samansisältöisesti kuin vuoden 2006 laissa.

Erityistä verohuojennusta käsiteltiin säätämisvaiheessa perustuslakivaliokunnassa varsin tarkkaan (*HE 148/2007 vp* ja *PeVL 5/2008 vp*). Lausunnossaan valiokunta

viittaisi perustuslain 6 §:n 1 momentissa turvattuun ihmisten yhdenvertaisuuteen lain edessä, perustuslain 21 §:n 1 momentissa turvattuun jokaisen oikeuteen saada asiansa käsiteltyksi asianmukaisesti tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä saman pykälän 2 momenttiin, jonka mukaan oikeus hakea muutosta turvataan lailla.

Valiokunta mukaan sen lausuntokäytännössä oli vakiintuneesti korostettu, ettei yhdenvertaisuusperiaatteesta voi johtua tiukkoja rajoja lainsäätäjän harkinnalle pyrittäessä kulloisenkin yhteiskuntakehityksen vaatimaan sääntelyyn (esimerkiksi *PeVL 1/2006 vp*). Valiokunta totesikin pitävänsä ehdotetun sääntelyn päämääriä sinänsä ymmärrettävinä ja hyväksyttävänä ”pyrittäessä erityisesti verotuksen kaltaiseen massamenettelyyn väistämättä liittyvien, suurta verovelvollisten joukkoa koskettavien oikeudellisten tulkintaongelmien joutuisaan ratkaisemiseen”. Tämän vuoksi säännös samalla tuki jokaisen oikeutta saada asiansa ratkaistuksi ilman aiheetonta viivytystä.

Ehdotettu erityinen veronhuojennus poikkesi luonteeltaan muista veronhuojennussäännöksistä siinä, että järjestelmän varsinainen tarkoitus oli ennakkoratkaisun luonteisen päätöksen saaminen oikeudellisesti tulkinnanvaraiseen kysymykseen. Muutoksenhaun kohteeksi otettavat asiat valittiin erikseen. Sääntelyllä oli tällaisessa yhteydessä valiokunnan mielestä sellainen kytkentä verovelvollisten yhdenvertaisuuden oikeudelliseen toteutumiseen, että pykälän 3 momenttiin sisältyvä valituskielto oli samalla tarpeen poistaa.

Itse totean, että verotus on massamenettelynä logistisesti vaativa sääntelyn ala. Samalla se on kuitenkin ala, jossa erilaisilla oikeussuojakeinoilla voidaan saavuttaa kohtuullisen hyvä lopputulos, kunhan keinovalikoimassa kiinnitetään asianmukaista huomiota siihen, mitä kuuluu hallinnon tehtäväksi ja mitä tuomioistuinten. Tällä hetkellä näyttää siltä, että keinovalikoiman vuotokohta on ylimääräisten muutoksenhakukeinojen käyttöhalukkuus.

5 Tarvitaanko passiivisuusvalitusta?

Väitöskirjatyöni on ollut osaltaan perustana sille lainsäädännön kehittämistyölle, joka aloitettiin oikeusministeriössä syyskuussa 2007.¹⁹ Tuolloin ministeriö asetti

¹⁹ Hallintolainkäytön kehittämistarpeita käsiteltiin myös oikeusministeriön vuonna 2006 ilmestyneessä julkaisussa (*OM, julkaisuja 2006:4, Hallintolainkäytön kehittämistarpeita – näkökohtia lainvalmistelun pohjaksi*). Julkaisuun sisältyvät Leena Halilan artikkeli ”Oikaisuvaatimusjärjestelmän kehittämisestä”, Janne Aerin artikkeli ”Päätöksen tehneen viranomaisen vali-

hallintolainkäytön kehittämistä varten *hallintolainkäyttötoimikunnan*, jonka puheenjohtajaksi määrättiin professori Olli Mäenpää. Hallintolainkäyttötoimikuntaa avustamaan asetettiin erikseen vielä kolme työryhmää. Näistä työryhmistä ensimmäiseksi asetettu eli ns. *passiivisuustyöryhmä* keskittyi valmistelemaan ehdotuksia oikeussuojakeinoiksi hallintoviranomaisen passiivisuutta vastaan.

Mietinnössään ”Käsittelyn joutuisuus hallinnossa ja oikeussuojakeinot käsittelyn viivästyessä” passiivisuustyöryhmä piti neljää mahdollista vaihtoehtoista mallia kehittämistyönsä lähtökohtana (viivästysvalitus, viivästyshallintoriita, viivästyskantelu ja laillisuusvalvonnan kehittäminen).²⁰ Kehittämisen kohteeksi työryhmä valitsi näistä vaihtoehtoista *viivästysvalituksen*, joka kytkettäisiin hallintolain muuttamiseen.

Passiivisuustyöryhmän ehdotuksen mukaan hallintolaissa tulisi säätää *kohtuullisen käsittelyajan asettamisesta*. Tällaisen käsittelyajan arviointiperusteet vastaisivat ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä kehitettyjä viivästymisen arviointiperusteita. Hallintolaissa säädettäisiin myös *kirjallisen kiirehtimisvaatimuksen* tekemisestä. Kiirehtimisvaatimukseen viranomaisen tulisi vastata viikon kuluessa joko suullisesti tai kirjallisesti Jos asianosaisen vaatimukseen ei suostuttaisi, viranomaisen tulisi tuolloin tiedustella asianosaiselta, haluaako tämä vaatimuksensa kirjallisen vastauksen, jolloin tuohon *vastaukseen liitettäisiin ohjaus viivästysvalituksen tekemisestä*. Valituksen tekemiselle olisi kuuden kuukauden määräaika. Viivästysvalitusta käsittelevä tuomioistuin voisi joko ratkaista pääasian itse tai velvoittaa asiaa käsittelevän viranomaisen ratkaisemaan asian määräajassa.

Ehdotuksesta laajalla lausuntokierroksella saatu palaute on ollut varsin yksituumaisesti sitä mieltä, että ehdotuksen perusteella hallintotuomioistuimet saattaisivat kuormittua oikeussuojajavaateilla, joihin ei voida asian keskeneräisyyden vuoksi vielä vastata. Lausunnonantajat ovat yleisesti arvioineet, että järjestelmä voisi johtaa tavoitteensa vastaisesti asioiden lisäviivästymiseen sekä hallinnossa että hallintotuomioistuinissa.²¹

Ruotsissa on vastaavasti ehdotettu hallintolain (förvaltningslag) 10 ja 11 §:ää muutettavaksi siten, että näiden muutosten perusteella myös Ruotsissa voitaisiin

tusoikeus hallintolainkäytössä”, *Arja Mannerin* artikkeli ”Valituslupajärjestelmän kehittämisestä hallintolainkäytössä” ja *Outi Suvirannan* artikkeli ”Viranomaisen passiivisuus ja oikeussuojakeinojen sääntely”.

²⁰ *OM, työryhmämietintöjä 2008:5.*

²¹ *OM, Lausuntoja ja selvityksiä 2009:8.*

saattaa tuomioistuimen käsiteltäväksi asia, jota viranomaisen passiivisuuden vuoksi ei ole ratkaistu. Järjestelmä olisi käytössä suomalaisen ehdotuksen tapaan vain asianosaisaloitteisissa asioissa.

Ruotsalaisen lakiehdotuksen 11 §:n mukaan asianosainen voisi pyytää asian ratkaisemista sen jälkeen, kun kuusi kuukautta on kulunut asian vireilletulosta. Tällaisen pyynnön johdosta viranomaisen tulisi joko ratkaista asia neljän viikon kuluessa tai samassa ajassa perustellusti hylätä ratkaisupyynnö. Tällaiseen ratkaisupyynnön hylkäämiskäyttöön voitaisiin hakea muutosta valittamalla vireillä olevan pääasian mukaisessa järjestyksessä. Laissa säädettäisiin lisäksi siitä, että pyynnön saa samassa asiassa tehdä vain kerran.²²

Lausuntokierroksella suhtautuminen ehdotettuun viivästysvalitukseen (passivitetstalan) on ollut varsin varauksellista, mitä kuvaa muun muassa oikeusasiamiehen seuraava toteamus, jossa keskeinen tarkastelukulma on se, millaiseksi hallintotuomioistuimen ratkaisutoiminta viivästysvalituksen käsittelyssä muodostuisi: ”Utan en rättslig norm att tillämpa riskerar överinstanserna att tvingas till andra slags bedömningar än de normalt gör, såsom om myndigheten har organiserat sin verksamhet effektivt, gjort rimliga prioriteringar bland sina uppgifter etc. Ställningstaganden av det slaget är snarare revisionella än juridiska.”²³ Lausunnoissa muutoin esitetyt epäilyt järjestelmän toimivuudesta ovat pitkälti samankaltaisia kuin Suomessa esitetyt kannanotot. Ruotsissakin pelätään, että passiivisuusvalitus johtaa tavoitteensa vastaisiin tuloksiin sekä hallinnossa että hallintotuomioistuimissa.

Oikealla tavalla (määrällisesti ja sisällöllisesti) toimivan passiivisuus-oikeussuojakeinon kehittäminen on vaikeaa oikeussuojajärjestelmässä, jossa on laaja mahdollisuus saattaa viranomaispäätöksiä ensi asteen muutoksenhakuun. Jos tuossa järjestelmässä on vielä laajahkot mahdollisuudet käyttää oikeussuojakeinoja jo lainvoimaisesti ratkaistuihin päätöksiin, tuloksena on pahimmillaan kolminkertainen oikeussuojajärjestelmä. Viivästysvalituksen lainvalmistelussa tähänastisesti ker-

²² Komiteamietinnössä ehdotuksen perusteeksi todetaan ensisijaisesti eurooppaoikeudelliset vaikutteet. ”Att långsam handläggning eller – ännu värre – total passivitet bör kunna utgöra objekt för ett överklagande eller genom någon annan form av talan kunna bli föremål för prövning i högre instans, normalt en domstol, ter sig således som ett naturligt inslag i vad som inom EU-rätten kommit att benämnas ’god förvaltning’. Att i ett förslag till ny svensk förvaltningslag negligera utvecklingen i övriga Europa kan inte gärna komma i fråga” (*SOU 2010:29*, s. 298). Samassa yhteydessä tosin todetaan, että ”som framgått föreligger också ett reellt, rent inhemskt behov av ett nytt remedium mot oskäligen dröjsmål vid ärendenas avgörande”. Mietinnön mukaan erityisesti laillisuusvalvojien käytännöstä ilmenee selvästi, että ”omotiverat långsam handläggning är frekvent förekommande inom svensk förvaltning”,

²³ *Ds 2010:47* s. 284.

tyneiden kokemusten perusteella opetus lienee se, että eurooppaoikeudelliset vaatimukset on otettava asianmukaisesti huomioon, mutta mukautus on tehtävä kansallisen järjestelmän ehdoilla. Mukautus hakee vielä sisältöään sekä Suomessa että Ruotsissa.

6 Lopuksi

Tätä kirjoitettaessa tilanne kansallisessa lainvalmistelussa on se, että hallintolainkäyttötoimikunnan ja sen kaikkien työryhmien työ on päättynyt ja lausuntopalautteista on laadittu yhteenvedot. Hallintolainkäyttötoimikunnan työn painopistealue eli hallintolainkäyttölain tarkistaminen säätämällä uusi laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa on saanut pääosin myönteistä palautetta.

Pääministeri Jyrki Kataisen hallituksen ohjelmasta hallintolainkäytön samoin kuin muun lainkäytön kehittämistä koskevat kirjaukset ovat löydettävissä jaksosta 4.²⁴ Edellä mainitun jakson alaotsikon ”Oikeudenkäyttö ja kansalaisten oikeusturva” alta löytyvät muun muassa seuraavat kirjaukset:

- Oikeudenkäyntien kokonaiskeston lyhentämiseksi ja oikeusturvan laadun parantamiseksi laaditaan oikeusturvaohjelma aiempien toimenpidesuunnitelmien pohjalta.
- Eri oikeussuojamenettelyjen ruuhkautumisen taustalla olevat syyt selvitetään kattavasti. Itseoikaismenettelyn käyttöä lisätään.
- Hovi- ja hallinto-oikeuksia ja niiden toimialueita uudistetaan.
- Oikeudenkäyttöä tehostetaan kehittämällä johtamista sekä uudistamalla työ- ja menettelytapoja prosessin eri vaiheissa.²⁵

²⁴ VNK, Pääministeri Jyrki Kataisen hallituksen ohjelma 22.6.2011.

²⁵ Hallitusohjelmassa tämä kirjaus kuuluu kohtaan, jossa käsitellään muutoin vain rikosasioiden käsittelyn nopeuttamista. Hallintotuomioistuinten toiminnan kehittämisen käytännön ratkaisuja on tarkasteltu hallintotuomioistuinten mittaristotyöryhmän mietinnössä (*OM, Mietintöjä ja lausuntoja 55/2011*). Mittaristotyöryhmän tehtävänä on ollut suunnitella korkeimman hallinto-oikeuden ja hallinto-oikeuksien asianhallintajärjestelmiin käsittelyaikojen seurannan mahdollistava järjestelmä, laatia ehdotus eri asiaryhmien työmäärää kuvaaviksi mittareiksi sekä arvioida sähköisten menettelyjen hyödyntämistä hallintotuomioistuimissa. Työmäärän ehdotuksen mukaisesti asiat on sähköisessä seurantajärjestelmässä jaettu neljään kiireellisyysluokkaan. Luokkaan 1 kuuluvat esimerkiksi mielenterveysasioissa tehdyt valitukset sekä valitukset huostaanotosta ja sijaishuoltoon sijoittamisesta ja turvapaikan myöntämisestä. Luokkaan 2 kuuluvat muut lain mukaan kiireelliset asiat ja luokkaan 3 kaikki muut asiat. Valituslupahakemuksille on määritetty oma käsittelyaikavoitteensa. Jos valituslupa-asiaa ei hylätä heti käsittelytoimia suorittamatta, asia siirtyy sisältönsä perusteella luokkaan 1, 2 tai 3. Seurantajärjestelmä on otettu käyttöön korkeimmassa hallinto-oikeudessa ja Helsingin hallinto-oikeudessa marraskuussa 2011. Työmäärän perusteella asiat on jaettu luokkiin A–D. Näistä luokkaan D kuuluvat työläimmät asiat, joissa asian ratkaiseminen edellyttää laajojen oikeudel-

- Jatketaan muutoksenhaun uudistustarpeiden selvittämistä hallinto-oikeuksissa mukaan luettuna valituslupamenettelyn käyttöön ottaminen myös korkeimmassa hallinto-oikeudessa.

Näiden kirjausten perusteella on pääteltävissä, että työ hallintolainkäytön kehittämiseksi jatkuu myös kuluvalle hallituskaudella. Uudistusehdotusten toteutusjärjestystä tai -tapaa ei sen sijaan voi päätellä hallitusohjelmasta.

Hallintolainkäytön järjestelmä on leimallisesti muutoksenhakujärjestelmä, jossa haetaan oikeussuojaa hallinnon toimia ja nyttemmin myös toimimattomuutta tai vajaata tehokkuutta vastaan. Luonnehdinta muutoksenhakujärjestelmäksi ei kuitenkaan tarkoita, että hallinto-oikeudelliset oikeussuojakeinot olisivat varioimattomasti vain muutoksenhakua, sen erilaisia esiasteita tai sen jälkeisiä ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja. Muutoksenhakukeskeisyydellä kuitenkin varmistetaan, että työnjako hallinnon ja hallintotuomioistuinten välillä säilyy toiminnallisesti elinkelpoisena, jolloin myös asioiden käsittelyn linkaari ei muodostu kohtuuttoman pitkäksi.

Eurooppaoikeudellisesti hallinto-oikeudellista oikeussuojajärjestelmää muotoavat erityisesti EU-oikeuden tehokkuus-, vastaavuus ja oikeussuojaperiaatteet. Lisäksi EU:n sekundäärioikeudessa säädetään muutoksenhausta sellaisissa asiaryhmissä, joita ihmisoikeussopimuksen perinteisessä soveltamiskäytännössä ei ole pidetty sopimuksen 6.1 artiklan soveltamisalaan kuuluvina asioina. Suomen hallintolainkäytössä merkittävin tällainen asiaryhmä on tällä hetkellä kansainvälistä suojelua koskevat ulkomaalaisasiat. Laajojen ensi asteen muutoksenhakumahdollisuuksien vuoksi sekundäärilainsäädännön vaatimukset tuomioistuinkäsittelystä eivät ole toistaiseksi tuottaneet vaikeuksia kansalliselle lainsäätäjälle.

Kansallisesti merkittävin hallinto-oikeudellista oikeussuojajärjestelmää muotoava tekijä on eduskunnan perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntö perustuslain 21 §:n vaatimuksista. Valiokunnan lausuntokäytännössä koskien hallintolainkäyttöä on korostunut muutoksenhakurajoitusten välttäminen niin ensi asteen muutoksenhaussa kuin jatkomuutoksenhaussaakin. Viime aikoina valiokunnan lausuntokäytännössä on kuitenkin alettu osoittamaan ymmärrystä sille, että hallintolainkäytössäkin oikeussuojan saamisen ajalliselle tehokkuudelle tulee antaa enemmän

listen ongelmien ratkaisemista. Luokkaan D kuuluvissa asioissa myös aineisto on yleensä laajaa, jolloin tosiseikkojen selvittäminen on samalla merkittävässä asemassa. Luokkien välisiä painokertoimia työryhmä ei ole katsonut voivansa määrittellä, koska tiedot todellisesta työmäärästä eivät ole olleet riittäviä tällaista tarkoitusta varten (mts. 28). Mittaristoa voitaisiin työryhmän mukaan ensi vaiheessa hyödyntää työmäärän kehityksen yleisessä tarkastelussa sekä vertailussa hallintotuomioistuinten välillä ja sisällä (mts. 29).

merkitystä. Tämä painotusmuutos vastaa paremmin myös perustuslain 21 §:n kokonaisuutta, jossa asianmukaisuus ja joutuisuus ovat molemmat suojattavia perusoikeuselementtejä osana hyvän hallinnon ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista.

Perusoikeusjärjestelmään sovitettavissa olevaa sääntelyvaraa on siten varmasti olemassa. Oikeussuojatarpeiden toteuttamiseksi sääntelyvaraa tulisi pyrkiä kohdistamaan prosessin alkuun, jossa korjaaminen on kaikkein tehokkainta. Tämä tarkoittaa siirtymää varsinaisista muutoksenhakuineista virheellisten hallintopäätösten korjaamiseen entistä useammin hallinnossa sekä korjauskeinojen välisten suhteiden selventämisestä. Varsinaisessa muutoksenhaussa työtä on keskitettävä eri tuomioistuintasojen kannalta tarkoituksenmukaiseen työnjakoon, mikä merkitsee muutoksenhaun supistamista korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Hallintolainkäytön ja hallinnon asiakkaiden ja toimijoiden dilemmaksi ei saa jäädä se, että asioiden liian pitkän keston vuoksi oikeussuojan hakeminen menettää merkitystään ja että ylin tuomioistuin ei pysty ratkaisuilleen ohjaamaan oikeuskäytäntöä, koska linjaavat ratkaisut tulevat liian myöhään. Pistemäisistä ja usein tulkintaongelmia aiheuttavista korjauksista on siirryttävä yleisiin linjakorjauksiin, minkä lisäksi hallintolainkäytön menettelysäännöksiä on täsmennettävä.

Kuten *Jussi Pajuoja* ja *Pasi Pölönen* tuoreessa kirjassaan muistuttavat, oikeusturvan alalla saneerajan osa ei ole helppo. Luovutan puheenvuoron lopuksi heille:

...”Yrity maailmassa arvostetaan hyviä saneerajia. He kykenevät näkemään, miten toimintoja kannattaa järjestää uudestaan, mitä säilyttää ja mistä luopua. Kun kysymys on ylimpien valtiuelinten ja tuomioistuinten tuottamista palveluista, sanomatta on selvää, että niistä vastaa aina valtio. Sen jälkeen kun tämä kiistämätön tosiasia on todettu, mikään ei olekaan selvää. Alkaa valtion sisäinen reviiirikamppailu. Kuten keskenään läheisten kamppailussa tyypillisesti käy, pienistä asioista tulee suuria. Ja jos kukaan ei pakota ratkaisuihin, niitä ei tehdä. Muutos on vaarallista, minä ja virastoni voimme menettää jotakin. Paikallaanolo on turvallista, ainakin meiltä ei oteta mitään pois. Tällä ajattelulla kaikki häviävät. Siksi hyvin tehtyä saneerausta tulisikin arvostaa.”²⁶

²⁶ *Jussi Pajuoja – Pasi Pölönen, Ylimmät laillisuusvalvojat s. 169. Tuomioistuinten käsittelyaikojen saneerauksen apuvälineet voivat löytyä myös insinööritieteistä, mitä osoittaa Petra Pekkasen väitöskirjatyö ”Delay Reduction in Courts of Justice – Possibilities and Challenges of Process Improvement in Professional Public Organizations”.*

Lähteet

- *Cars, Thorsten*: Reformen inom det franska rättsväsendet. SvJT 2011 s. 656–658.
- *Eduskunnan oikeusasiamiehen lausunto 7.9.2011* luonnoksesta hallituksen esitykseksi oikeudenkäynnin viivästymisen hyvittämisestä annetun lain ja hallintolainkäyttölain muuttamisesta 7.9.2011 (dnro 2438/5/11).
- *Eduskunnan oikeusasiamiehen päätös 10.8.2011* vapaudenriiston tuomioistuinkontrollin viivästymisestä mielenterveysasiassa (dnro 1901/4/10).
- *Hakalehto-Wainio, Suvianna*: Valta ja vahinko. Julkisen vallan käyttäjän vahingonkorvausvastuu vahingonkorvauslaissa. Talentum 2008.
- *Halila, Leena – Aer, Janne*: Oikaisumenettely hallinnossa. WSOYpro Oy 2011.
- *Hallituksen esitys (HE 91/2005 vp)* Eduskunnalle eräiden verotusmenettelyyn liittyvien säännösten muuttamisesta.
- *Hallituksen esitys (HE 148/2007 vp)* Eduskunnalle laiksi Verohallinnosta sekä siihen liittyvien eräiden lakien muuttamisesta.
- *Hallituksen esitys (HE 233/2008 vp)* Eduskunnalle laiksi oikeudenkäyntien viivästymisen hyvittämisestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- *Justitiedepartementet Ds 2010:47*: En ny förvaltningslag. Remissyttranden över Förvaltningslagsutredningens betänkande (SOU 2010:29).
- *Lakivaliokunnan mietintö (LaVM 3/2009 vp)* hallituksen esityksestä laiksi oikeudenkäynnin viivästymisen hyvittämisestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- *Myrsky, Matti – Linnakangas, Esko*: Verotusmenettely ja muutoksenhaku. Viides, uudistettu painos. Talentum 2007.
- *Mäenpää, Olli*: Eurooppalainen hallinto-oikeus. Kolmas, uudistettu painos. Talentum 2011.

- *Oikeusministeriö. Julkaisu 2006:4: Hallintolainkäytön kehittämistarpeita Näkökohtia lainvalmistelun pohjaksi.*
- *Oikeusministeriö. Lausuntoja ja selvityksiä 2009:8. Käsittelyn joutuisuus hallinnossa ja oikeussuojakeinot käsittelyn viivästyessä. Lausuntotiivistelmä.*
- *Oikeusministeriö. Mietintöjä ja lausuntoja 78/2010: Tehtävien jako hallintotuomioistuinten kesken. Hallintolainkäytön tasotyöryhmän mietintö.*
- *Oikeusministeriö. Mietintöjä ja lausuntoja 4/2011: Prosessityöryhmän mietintö.*
- *Oikeusministeriö. Mietintöjä ja lausuntoja 10/2011: Julkisyhteisön vahingonkorvausvastuu. Lausuntotiivistelmä.*
- *Oikeusministeriö. Mietintöjä ja lausuntoja 55/2011: Hallintotuomioistuinten mittaritotyöryhmän mietintö.*
- *Oikeusministeriö. Selvityksiä ja ohjeita 59/2010: Julkisyhteisön vahingonkorvausvastuu.*
- *Oikeusministeriö. Työryhmämietintöjä 2008:5. Käsittelyn joutuisuus hallinnossa ja oikeussuojakeinot käsittelyn viivästyessä. Passiivisuustyöryhmän ehdotus.*
- *Pajuoja, Jussi – Pölönen, Pasi: Ylin laillisuusvalvonta. Tietosanomat Oy 2011.*
- *Pekkanen, Petra: Delay Reduction in Courts of Justice – Possibilities and Challenges of Process Improvement in Professional Public Organizations. Lappeenrannan teknillinen yliopisto 2011.*
- *Pellonpää, Matti: Eurooppaoikeus ja ylimääräinen muutoksenhaku hallintoprosessissa korkeimman hallinto-oikeuden viimeaikaisen oikeuskäytännön valossa s. 381–393 teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton, Olli Mäenpään 60-vuotisjuhlakirja. Edita 2010.*
- *Perustuslakivaliokunnan lausunto (PeVL 35/2005 vp) hallituksen esityksestä eräiden verotusmenettelyyn liittyvien säännösten muuttamisesta.*
- *Perustuslakivaliokunnan lausunto (PeVL 5/2008 vp) hallituksen esityksestä laiksi Verohallinnosta sekä siihen liittyvien eräiden lakien muuttamisesta.*

- *Perustuslakivaliokunnan lausunto (PeVL 33/2008 vp)* hallituksen esityksestä laiksi maankäyttö- ja rakennuslain muuttamisesta (HE 102/2008 vp).
- *Perustuslakivaliokunnan lausunto (PeVL 2/2009 vp)* hallituksen esityksestä laiksi oikeudenkäynnin viivästymisen hyvittämisestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 233/2008).
- Pääministeri Jyrki Kataisen hallitusohjelma 22.6.2011. Valtioneuvoston kanslian julkaisu.
- *Siitari-Vanne, Eija: Hallintoasioiden elinkaaren hallinta hallintolainkäytön haasteena* s. 285 – 296 teoksessa Erno Anttila - Mikael Koillinen (toim.), *Hallinto ja hallintolainkäyttö*. Juhlajulkaisu Heikki Kulla 1950 – 28/8 – 2010. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. A. Juhlajulkaisut N:o 21.
- *Siitari-Vanne, Eija: Julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmä – eurooppalainen prosessi suomalaisen hallintolainkäytön perinnemaisemassa* s. 443–457 teoksessa *Avoin, riippumaton ja tehokas*, Olli Mäenpään 60-vuotisjuhlakirja. Edita 2010.
- *Siitari-Vanne, Eija: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti – tehokkuus hallinnon ja hallintolainkäytön välisenä työnjakona* s. 257–267 teoksessa Erkki J. Hollo (toim./ed.), *Kansallinen oikeus ja liittovaltiollistuva Eurooppa – National Law and Europeanisation*, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-sarja N:o 21 (2009).
- *Statens offentliga utredningar (SOU 2010:29): En ny förvaltningslag. Betänkande av förvaltningsutredningen.*
- *Väätänen, Ulla: Oikein ja joutuisasti. Joutuisuus hyvän hallinnon ja oikeusturvan takeena hallintotoiminnassa.* Lakimiesliiton Kustannus 2011.
- *Äimä, Kristiina: Veroprosessioikeus. Ihmis- ja perusoikeuksien sekä EU-oikeuden vaikutukset verotusmenettelyyn ja muutoksenhakuun erityisesti tuloverotuksessa.* WSOYpro Oy 2011.

OIKEUSSUOJATIET KULUTTAJARIIDASSA – VERTAILUSSA KULUTTAJARIITALAUTAKUNTA- JA ALIOIKEUSKÄSITTELY

Hanna Savolainen, OTK, VT
Yliopisto-opettaja, Itä-Suomen yliopisto

1 Johdanto

Tässä artikkelissa tarkastellaan oikeussuojateitä kuluttajariidoissa, erityisesti kuluttajariitalautakunta- ja alioikeusmenettelyä. Näkökulma on vertaileva. Vertailu kohdistuu kuluttajariidan käsittelyyn näissä kahdessa menettelyssä, menettelyissä noudatettaviin periaatteisiin, kuluttajalle aiheutuviin kustannuksiin sekä menettelyissä annettaviin ratkaisuihin. Artikkelissa otetaan myös kantaa siihen, milloin kuluttajariita kannattaa viedä alioikeuteen, milloin taas kuluttajariitalautakuntaan.

Kuluttajariitojen ratkaisu lautakuntamenettelyssä juontaa juurensa 1970-luvulle, jolloin kuluttajan oikeudelliseen asemaan alettiin kiinnittää huomiota. Yhtenä ongelmana nähtiin muun muassa vaikeudet kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien välisten erimielisyyksien ratkaisemisessa. Tavoitteena oli sekä uudistaa aineellista lainsäädäntöä että luoda kuluttajan asemaa turvaava viranomaiskoneisto ja perustaa uudenlainen valtakunnallinen kuluttajariitojen ratkaisuelin. Viranomaisten tehtävä olisi valvoa muun muassa elinkeinonharjoittajien toimintaa ja antaa kuluttajille neuvontaa. Lautakuntamuotoisen riidanratkaisuelimen päätehtävänä taas olisi käsitellä elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisiä yksittäisiä riita-asioita. Se olisi tuomioistuinta joustavampi ratkaisuelin, jonka puoleen kuluttajat voisivat kääntyä vapaamuotoisesti ja ilman kustannuksia.¹

Kuluttajansuojalainsäädäntö tuli voimaan syyskuussa 1978. Tällöin voimaan tulivat seuraavat lait: Kuluttajansuojalaki (KSL) 38/1978, Laki kuluttajaneuvonnan järjestämisestä kunnassa 39/1978, Laki kuluttaja-asiamiehestä 40/1978, Laki markkinatuomioistuimesta 41/1978 ja Laki kuluttajavalituslautakunnasta (KVLL) 42/1978. Lainsäädännön voimaantulon myötä käynnistyi kuluttaja-asiamiehen, markkinatuomioistuimen, kunnallisten kuluttajaneuvojien sekä kuluttajavalituslautakunnan toiminta. Vuonna 2007 kuluttajavalituslautakunnasta tuli kuluttajariitalautakunta (KRIL) ja laki kuluttajariitalautakunnasta (KRILL) 8/2007 tuli voi-

¹ HE 8/1978 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle kuluttajansuojalainsäädännöksi, s. 6–7 ja 70.

maan maaliskuussa 2007. Lakia täydentävät Oikeusministeriön asetus kuluttajariitalautakunnasta (KRILA) 188/2007 sekä Kuluttajariitalautakunnan työjärjestys 1.2.2008 (KRILT).

Kuluttajariidoilla tarkoitetaan tässä artikkelissa sellaisia yksityisoikeudellisia riita-asioita, jotka kuluttajariitalautakunta on toimivaltainen käsittelemään. Näitä ovat KRILL 2 §:n mukaan kulutushyödykkeisiin liittyvät riidat, tietyt takaus- tai panttaussitoumuksista aiheutuvat riidat, viivästyskorkoon liittyvät riidat, asunto-kaupoista aiheutuvat erimielisyydet mukaan lukien tietyt asuntokauppaan liittyvät vakuusriidat sekä tietyt asuinhuoneistojen vuokrausta ja asumisoikeutta koskevat riita-asiat.² Yleensä näissä riita-asioissa vastapuolina ovat kuluttaja ja elinkeinonharjoittaja, poikkeuksena asumiseen liittyvät asiat. Niissä vastapuolina voivat olla yksityishenkilöt tai elinkeinonharjoittajan vastapuolena myös asunto-osakeyhtiö.

Kuluttaja, elinkeinonharjoittaja ja kulutushyödyke käsitetään siten kuin ne ovat KSL:n 3–5 §:issä (16/1994) määritelty. Kuluttaja on siten luonnollinen henkilö, joka hankkii kulutushyödykkeen pääasiassa muuhun tarkoitukseen kuin harjoittamaansa elinkeinotoimintaa varten. Elinkeinonharjoittaja puolestaan henkilö, joka ammattimaisesti pitää kaupan, myy tai muutoin tarjoaa kulutushyödykkeitä vastiketta vastaan hankittaviksi. Kulutushyödykkeellä tarkoitetaan tavaroita, palveluksia sekä muita hyödykkeitä ja etuuksia, joita tarjotaan luonnollisille henkilöille tai joita tällaiset henkilöt olennaisessa määrässä hankkivat yksityistä taloutta varten. Artikkelissa ei käsitellä ryhmävalitusta eikä ryhmäkannetta.

2 Kuluttajariitalautakunnan rooli ja suhde tuomioistuimeen

Kuluttajariita-asiat ovat yksityisoikeudellisia riita-asioita, joissa oikeudellisia ratkaisuja antavat yleiset tuomioistuimet. Kuluttajalainsäädäntöä 1970-luvulla valmisteltaessa haluttiin luoda tuomioistuinmenettelylle vaihtoehtoinen kuluttajariitojen ratkaisuelin. Tavoitteena oli turvata kuluttajariitojen ratkaiseminen riittäväällä asiantuntemuksella, nopeasti ja aiheuttamatta kustannuksia asianosaisille. Yleisten tuomioistuinten toimivaltaa ei haluttu rajoittaa, vaan lähinnä torjua oike-

² Lautakunnan toimivaltaa on rajattu KRILL 3 §:ssä. Sen mukaan lautakunta ei ole toimivaltainen käsittelemään lakisääteisiin tai ryhmähenkivakuutuksiin tai arvopapereiden vaihdantaan liittyviä erimielisyyksiä, tiettyjä kunnan viranomaisen päätösvaltaan liittyviä asunto-oikeusasioita eikä sellaisia asuinhuoneistojen vuokra-asioita, joissa tarvitaan nopeasti täytännönpanokelpoinen päätös.

usriitoja.³ Lautakunnan roolia erimielisyyksien sovittelijana ja ratkaisijana haluttiin korostaa, kun kuluttajanvalituslautakunnan nimi vuonna 2007 muutettiin kuluttajariitalautakunnaksi (jäljempänä lautakunta). Lautakuntaa ei nähty valitusasteena (johon aiempi nimi harhaanjohtavasti viittasi), vaan sen toiminta nähtiin pikemminkin ohjaavana ja riitoja estävänä ja sovittelevana.⁴ Tämä näkyy myös esimerkiksi lautakunnan vuoden 2010 tulostavoitteessa, johon on kirjattu yhtenä tavoitteena sovintomenettelyn entistä tehokkaampi käyttö.⁵

Lautakunnan toimivalta tuomioistuimiin nähden on *toissijainen*. KRILL 14 §:n mukaan lautakunta ei saa ratkaista asiaa, jos se on vireillä tai ratkaistu tuomioistuimessa. Lautakunta voi KRILL 5.1 §:n mukaan antaa tuomioistuimelle lausuntoja kuluttajariita-asioissa. Lausunto voidaan antaa joko oma-aloitteisesti tai tuomioistuimen tai asianosaisen pyynnöstä. Lausunto ei luonnollisestikaan sido tuomioistuinta. Toisaalta lautakunnan päätökset eivät ole täytäntöönpanokelpoisia ja asianosaiset voivat halutessaan viedä asian tuomioistuimen käsiteltäväksi. Asiasta on säädetty KRILL 20 §:ssä.

Yhteistä alioikeudelle ja kuluttajariitalautakunnalle on niiden riippumattomuus ja puolueettomuus oikeusriitojen ratkaisijoina.⁶ Lautakunnan osalta tämä on nimenomaisesti kirjattu KRILL 1 §:ään, jossa lautakunta on määritelty riippumattomaksi ja puolueettomaksi kuluttajariita-asioita käsitteleväksi oikeussuojaelimeksi. Riippumattomuus ja puolueettomuus konkretisoituvat erityisesti tietyissä lautakunnan kokoonpanoa ja asioiden käsittelyä koskevissa säännöksissä.

Lautakunnan kokoonpanosta säädetään KRILL 2 luvussa. Lautakunnassa toimivat päätoimiset valtioneuvoston nimittämät puheenjohtaja ja varapuheenjohtaja. Jäseninä on vähintään kymmenen sivutoimista lakimiestä ja sivutoimisia asiantuntijajäseniä. Jäsenet nimittää oikeusministeriö viideksi vuodeksi kerrallaan.⁷ KRILL:a valmisteltaessa haluttiin korostaa lautakunnan jäsenten riippumattomuutta ja puolueettomuutta. Päätoimiset puheenjohtaja ja varapuheenjohtaja toimivat virkamiehinä ja virkavastuulla. Virkavastuu haluttiin ulottaa myös sivutoimisiin jäse-

³ HE 8/1978, s. 6 ja 70.

⁴ Kuluttajariitatyöryhmän loppumietintö. Erimielisyyksien ratkaiseminen tuomioistuimen ulkopuolisessa menettelyssä. Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä- ja toimikuntaraportteja. Helsinki 2002. KTM 12/2002, s. 37.

⁵ Kuluttajariitalautakunnan tulostavoiteasiakirja 16.11.2009, s. 5.

⁶ Riippumattomuus liittyy toiminnan organisoimiseen siten, että elin on riippumaton suhteessa jutun osapuoliin, toimeenpanovaltaan ja lainsäätäjiin. Puolueettomuus puolestaan on osapuolten tasapuolista kohtelua yksittäistä riita-asiaa ratkaistaessa. Viitanen, Klaus: Lautakuntamenettely kuluttajariitojen ratkaisukeinona, Helsinki 2003, s. 171 ja 176.

⁷ Lautakunnan edeltäjän KVL:n jäsenet nimitti valtioneuvosto ja jäsenten toimikausi oli sidottu vaalikautteen. KVLL 2 §

niin ja esittelijöihin.⁸ Niinpä KRILL 9 §:n mukaan myös he toimivat virkavastuulla ja heidän esteellisyhteensä sovelletaan pääosin tuomarin esteellisyyttä koskevia oikeuskäymiskaaren säännöksiä. Virkavastuu- ja esteellisyyssäännökset edistävät osaltaan puolueettomuuden toteutumista ratkaisutoiminnassa.

KRILL 7 §:n mukaan lautakunnan puheenjohtajilla on oltava yleinen kelpoisuus tuomarinvirkaan.⁹ Heidän on oltava hyvin perehtyneitä ratkaisutoiminnan keskeisiin oikeudenalueisiin. Näitä ovat esimerkiksi sopimus-, kauppa- ja kuluttajansuojaoikeus.¹⁰ Lisäksi puheenjohtajilta edellytetään johtamistaitoa. Lakimiesjäseniltä vaaditaan oikeustieteen ylempi korkeakoulututkinto ja asiantuntijajäseniltä perehtyneisyyttä kuluttajansuojaan, elinkeinoelämään tai kulutushyödykkeiden ominaisuuksiin.¹¹ Lautakunnassa esittelijöinä toimivilla on oltava oikeustieteen ylempi korkeakoulututkinto tai muu tehtävään soveltuva ylempi korkeakoulututkinto. Lautakunnan kokoonpanossa korostuu toisaalta oikeudellinen osaaminen, toisaalta alan asiantuntemus. Sen sijaan lautakunnan jäsenten ei edellytetä nimenomaisesti edustavan eri intressitahoja, kuten kuluttajia tai elinkeinonharjoittajia.¹²

Lautakunta toimii KRILL 10 §:n mukaan asiaryhmittäin jakaantuneina viisijäsenisinä jaostoina. Valtaosa asioista ratkaistaan jaostoissa. Jaostossa on oltava edustettuina oikeudellisiin kysymyksiin, kuluttajansuojaan, elinkeinoelämään ja jaostossa käsiteltäviin kulutushyödykkeisiin perehtyneitä jäseniä. Osa asioista tosin ratkaistaan KRILL 16.1 §:ssä mainitussa niin sanotussa yksinkertaistetussa menettelyssä, jolloin asian ratkaisee puheenjohtaja, varapuheenjohtaja tai jaoston puheenjohtaja yksin. Alioikeudessa taas riita-asiat voidaan käsitellä oikeudenkäymiskaaren (OK 4/1734) 2 luvun (1052/1991) mukaan joko kolmen lainoppiineen jäsenen tai yhden tuomarin kokoonpanolla.¹³ Kuluttajariita-asiat ratkaistaan yleensä yhden tuomarin kokoonpanolla, sillä OK 2:4 §:n (811/2008) mukaan riit-

⁸ KTM 12/2002, s. 51.

⁹ Varhaisen lautakuntatutkimuksen mukaan lautakunnan ihannekokoonpanoksi katsottiin järjestely, jossa lautakuntaa johti lakimiespuheenjohtaja ja lautakunta muutoin koostui tasasuhteisesti eri intressitahojen edustajista. *Koulu, Risto: Yksityiset lautakunnat riidanratkaisijoina*, Helsinki 2011, s. 151.

¹⁰ HE 115/2006 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kuluttajariitalautakunnasta ja Kuluttajavirastosta annetun lain muuttamiseksi, s. 16.

¹¹ Jäsenten asiantuntemus korostuu verrattuna KVL:aan, jossa erilaisten yhteiskunnallisten näkemysten oli oltava tasapuolisesti edustettuna lautakunnassa, HE 115/2006 vp, s. 16.

¹² KVLL:n 3 §:n mukaan kuluttajavalituslautakunnassa tuli olla palkansaajien, kuluttajien, kaupan, maatalouden ja teollisuuden edustus. Intressijäsenyyden puolesta ja vastaan, ks. *Koulu* 2011, s.155–159.

¹³ OK 2:3 § (1052/1991) ja OK 2:5.1 § (768/2002).

ta-asian pääkäsittelyssä on vain puheenjohtaja, jos asian laatu tai laajuus ei edellytä asian käsittelyä täysilukuisessa kokoonpanossa.

Keskeisimpänä erona alioikeuden kokoonpanoon lautakunnan kokoonpanossa korostuu alakohtainen asiantuntijuus. Jo kuluttajavalituslautakuntaa perustettaessa katsottiin, että useat kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan väliset riidat edellyttävät hyödykkeiden ja niiden markkinoinnin tuntemusta ja siksi lautakuntaan haluttiin jäseneksi myös alan asiantuntijoita.¹⁴ Toisaalta KRILL:a säädettäessä haluttiin nimenomaan turvata myös riittävä oikeudellinen asiantuntemus ja sen varmistamiseksi lakiin otettiin säännös lakimiesjäsenten vähimmäismäärästä.¹⁵ Oikeudellisen asiantuntemuksen on nähty varmistetun jopa paremmin kuin kärjäoikeuksissa, joissa asian ratkaisee säännönmukaisesti vain yksi tuomari. Lisäksi on nähty lautakunnassa työskentelevillä lakimiehillä olevan usein selvästi parempi kuluttaja- ja sopimusoikeuden tuntemus kuin kaikenlaisia rikos- ja riita-asioita käsittelevällä alioikeustuomarilla. Lautakunnan lakimiehet käsittelevät pelkästään kuluttajariitoja, kun taas alioikeustuomareilla on heikommat mahdollisuudet perehtyä tietyn oikeudenalan erityiskysymyksiin.¹⁶ Alioikeudessa käsiteltävien riitaasioiden osalta puolestaan ollaan viime vuosina oltu huolestuneita siitä, että riitaasioiden määrän vähentyessä erilaiset käytännöt lisääntyvät eri tuomarien välillä ja jopa siitä, että tuomarien osaaminen vähenee.¹⁷

3 Asian käsittelystä lautakunnassa ja alioikeudessa

Lautakuntamenettelyssä oli jo alusta alkaen tavoitteena mahdollisimman muotovapaa ja joustava menettely eikä lakiin siksi otettu tarkkoja menettelysäännöksiä. Niiden poisjättäminen katsottiin mahdolliseksi, koska lautakunnan päätökset eivät ole täytäntöönpanokelpoisia.¹⁸ Lautakuntamenettelyssä on sekä riita-asian oikeudenkäyntimenettelyä että hallintomenettelyä muistuttavia piirteitä. Oikeudenkäyntimenettelyn kanssa on yhteistä, että molemmissa käsitellään yksityisoikeudellisia riita-asioita. Hallintomenettelyyn lautakuntamenettelyn taas yhdistää se, että molemmissa menettely on kirjallista.¹⁹ Selvyyden vuoksi KRILL:iin otettiin säännös

¹⁴ Asiantuntijuus oli myös yksi valtakunnallisen lautakunnan perustamista puoltavia perusteluita. Riittävän asiantuntemuksen saaminen kaikkiin tuomioistuimiin olisi edellyttänyt suurta määrää erityisasiantuntijoita. HE 8/1977 vp, s. 70.

¹⁵ HE 115/2006 vp, s. 16.

¹⁶ Viitanen 2003, s. 540.

¹⁷ *Ervasti, Kaijus: Kärjäoikeuksien riita-asiat 2008*. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tiedonantoja 93, Helsinki 2009.

¹⁸ HE 8/1977 vp, s.70 ja HE 115/2006 vp, s. 9.

¹⁹ Viitanen 2003, s. 140.

siitä, että lautakunnan menettelyyn sovelletaan hallintolakia (HL 434/2003) siltä osin kuin muuta ei ole säädetty.²⁰ Lisäksi, koska hallintomenettelyn säännökset eivät kaikilta osin sovellu lautakunnan toimintaan, on KRILL:iin otettu joitain erityissäännöksiä.

Asia kuluttajariitalautakunnassa tulee KRILL 12 §:n mukaan vireille kirjallisella tai sähköisellä hakemuksella. Toisin kuin alioikeusmenettelyssä, vireillepano-oikeus on KRILL 2 §:n mukaan pääsääntöisesti vain kuluttajalla. Hakemus on vapaamuotoinen. Hakemuksen tekemisen helpottamiseksi lautakunnan internet-sivuilla on annettu ohjeita valituksen tekemiseksi. Sieltä löytyy myös valmiita valituslomakepohjia erityyppisiä valituksia varten.²¹ Valmis lomakepohja ohjaa kuluttajaa ilmoittamaan kuluttajariidan kannalta tarpeelliset tiedot. Lomakkeesta käyvät ilmi ne lakiin perustuvat vaatimukset, joita kuluttaja voi sopimusrikkomuksen perusteella vaatia.

Yhteistä alioikeuskäsittelylle on se, että myös lautakunnassa käsiteltävän kuluttajariidan johdosta tehtävien vaatimusten on perustuttava lakiin. Tarkan ohjeistuksen ja valituslomakepohjien ansiosta valituksen tekeminen kuluttajariitalautakuntaan onnistunee ilman lakimiesapua, toisin kuin jos asia käsiteltäisiin riita-asiana kärjäoikeudessa. Lautakunnasta saadun tiedon mukaan sinne saapuneissa hakemuksissa on sekä lomakepohjille tehtyjä että vapaamuotoisia hakemuksia. Lakimiesapuakin käytetään, erityisesti asumiseen liittyvissä riidoissa.²²

Alioikeudessa riita-asia tulee vireille OK 5:1:n (1052/1991) mukaan kärjäoikeuden kansliaan toimitettavalla kirjallisella haastehakemuksella, jonka sisältö on tarkoin säädelty oikeudenkäymiskaassa.²³ Jo haastehakemuksen laatiminen riitaisassa kuluttaja-asiassa vaatii asiantuntijan apua. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen vuonna 2009 julkaiseman tutkimuksen mukaan riita-asioissa etenkin kantajat käyttivät oikeudenkäynneissä juristeja ja vain kolme prosenttia tapauksista hoidettiin maallikkopohjaisesti. Haastehakemuksen pituus pääkäsitelyyn edenneissä jutuissa oli keskimäärin viisi sivua.²⁴

²⁰ Tilanne oli ennen KRILL:a epäselvä. KVLL:ssa ei vastaavaa säännöstä ollut. Hallintomenettelysäännösten soveltuvuutta KVL:n toimintaan on pohtinut *Viitanen* 2003, s. 141–146.

²¹ KRILL:ssä käytetään termiä ”hakemus”, mutta internet-sivuilla annetaan ohjeita valituksen tekemiseksi www.kuluttajariita.fi > Valitus lautakuntaan, luettu 20.6.2011.

²² Lakimiesavun käyttämisestä kuluttajariitalautakunnassa ks. myös *Koulu* 2011, s. 162.

²³ OK 5:2:n (1052/1991) mukaan haastehakemuksessa on ilmoitettava yksilöity vaatimus perusteluineen; todisteet, jotka kanteen tueksi aiotaan esittää ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen; oikeudenkäyntikuluvaatimukset sekä tarvittaessa osoitettava tuomioistuimen toimivaltaisuus.

²⁴ *Ervasti* 2009, s. 11–12 ja 40.

Käsittely lautakunnassa jakaantuu valmisteluun ja varsinaiseen käsittelyyn. KRILL:ssa ei ole tarkempia säännöksiä valmistelusta. Kun hakemus saapuu lautakuntaan, se ohjataan esittelijälle. Esittelijä seuroo hakemuksista ne, jotka eivät kuulu lautakunnan toimivaltaan.²⁵ Alkaa niin sanottu kirjeenvaihtovaihe. Vastapuolelle lähetetään vastauspyyntö. Vastauksen jäljennös taas lähetetään hakijalle tiedoksi mahdollista kannanottoa varten ja hakijan kannanotto yleensä vielä tiedoksi vastapuolelle. Tämänkin jälkeen osapuolten kirjeet ja lautakunnalle toimitamat selvitykset lähetetään tarvittaessa tiedoksi puolin ja toisin.²⁶ KRILL 13 §:n mukaan asiantuntijoiden kuuleminen, lausuntojen ja selvitysten hankkiminen ja tarkastusten ja katselmuksen toimittaminen asian selvittämiseksi on mahdollista.²⁷ Muun säännöksen puuttuessa valmisteluun sovelletaan HL 31 §:ä, jonka mukaan viranomaisen on huolehdittava asian riittävästä ja asianmukaisesta selvittämisestä hankkimalla asian ratkaisemiseksi tarpeelliset tiedot sekä selvitykset.

Asian käsittely lautakunnassa voi päättyä jo valmisteluvaiheessa joko sovintoon tai siihen, että hakija luopuu vaatimuksestaan. Lautakunnan on KRILL 12.4 §:n mukaan pyrittävä asian valmistelussa sovintoon sekä tarvittaessa tehtävä sitä edistävää ehdotus.²⁸ Tarkempia säännöksiä sovintomenettelystä ei ole annettu. Asian valmistelussa on mahdollista myös ehdottaa hakijaa luopumaan asian käsittelystä. Näin voidaan tehdä, jos sovellettavan lainsäädännön, oikeuskäytännön tai lautakunnan ratkaisukäytännön perusteella on ilmeistä, että asian ratkaisu olisi hakijalle vastainen. Vuonna 2008 lautakunnassa ratkaistavana olleista asioista sovintoon päädyttiin 24 % tapauksista ja 15 % käsitellyistä asioista hakija luopui valituksistaan.²⁹ Näin ollen merkittävä määrä, yhteensä lähes 40 %, käsiteltäväksi tulleista asioista ei mainituista syistä johtuen edennyt ratkaistavaksi saakka.

Myös riita-asian valmisteluun alioikeuksissa liittyy pyrkimys sovinnon edistämiseen asioissa, joissa sovinto on sallittu. Valmistelussa on ensinakin OK 5:19 §:n (1052/1991) 4 kohdan mukaan selvitettävä, onko asiassa edellytyksiä sovinnolle. Lisäksi OK 5:26 §:n (595/1993) mukaan tuomioistuimen on pyrittävä saamaan asianosaiset sopimaan asia ja tuomioistuin voi myös tehdä asianosaisille ehdotuk-

²⁵ KRILL 15 §.

²⁶ www.kuluttajariitalautakunta.fi >Valitus lautakuntaan>Valituksen käsittely, luettu 20.6.2011.

²⁷ Kalliita lausuntoja ei voida hankkia. Yleensä tarvittava asiantuntemus löytyy lautakunnasta, koska jaostojen valmistelijat ja jäsenet ovat alansa asiantuntijoita. www.kuluttajariitalautakunta.fi >Valitus lautakuntaan>Valituksen käsittely, luettu 20.6.2011. Ks. myös Viitanen 2003, s. 269–270.

²⁸ Sovintopyrkimys on kuluttajasuojalainsäädännön peruseriaatteita ja niinpä se on sisällynyt lautakuntaa koskevaan lainsäädäntöön jo alusta alkaen HE 8/1977 vp, s. 75 ja KVV 7 §.

²⁹ Kuluttajariitalautakunnan toimintakertomus 2008, liite 1 Toimintatilasto. Oikeusministeriön toiminta ja hallinto 2009:10.

sensa asian sovinnolliseksi ratkaisuksi. Sovintoehdotuksen tarpeellisuutta harkittaessa on kiinnitettävä huomiota asianosaisten tahtoon, asian laatuun ja muihin seikkoihin. Sovintoehdotuksen voi siis tehdä vain silloin, jos molemmat asianosaiset ovat halukkaita siihen. Asianosaisella on halutessaan oikeus saada asiansa oikeudellisesti tutkituksi ja saada siihen tuomioistuimen perusteltu ratkaisu.³⁰ Jos taas valmistelussa aikaansaadaan sovinto, se voidaan OK 5:27.1 §:n 2 kohdan mukaan vahvistaa, jolloin se on lainvoimaisen tuomion tavoin täytäntöönpantavissa. Alioikeudessa tapahtuvaa sovittelua riita-asioissa pyrittiin edistämään myös säätämällä laki riita-asioiden sovittelusta yleisissä tuomioistuimissa 663/2005. Se on tarkoitettu riidan sovitteluun jo ennen kuin asia viedään alioikeuden käsiteltäväksi.³¹

Asiat lautakunnassa ratkaistaan KRILL 15 §:n mukaan esittelystä kirjallisenaineiston perusteella joko jaostossa tai täysistunnossa. Asianosaiset eivät ole läsnä istunnoissa eikä lautakunnassa ole mahdollista käyttää suullisia todistelukeinoja. Valtaosa lautakunnan ratkaisuista tehdään jaostoissa. Jaostoja on KRILA 6 §:n mukaan yhteensä 14 ja ne jakaantuvat käsiteltävien asiaryhmien mukaan.³² KRILT 7-8 §:ien mukaan lautakunnan puheenjohtaja tai varapuheenjohtaja tarkastaa jaoston tekemän päätöksen ja tarvittaessa siirtää asian täysistuntokäsittelyyn. Täysistunnossa ratkaistaan KRILL 15 §:n mukaan periaatteellisesti tärkeät tai ratkaisukäytännön yhdenmukaisuuden kannalta merkittävät asiat.

Tietynlaiset asiat on mahdollista ratkaista niin sanotussa yksinkertaistetussa menettelyssä, jolloin asian ratkaisee puheenjohtaja, varapuheenjohtaja tai jaoston puheenjohtaja yksin. KRILL 16 §:n mukaan sitä voidaan käyttää, jos lautakunnan ratkaisukäytäntö samankaltaisissa asioissa on vakiintunut tai sama riitakysymys on ratkaistu täysistunnon tai jaoston aiemmalla päätöksellä. Tällöin edellytetään kuitenkin yksimielisyyttä esittelijän kanssa. Ilmeisen perusteettoman, merkitykseltään vähäisen tai tosiseikoiltaan selvän ja oikeudellisesti yksinkertaisen asian voi puolestaan ratkaista esittelijä yksin. Ratkaisut käsiteltävissä asioissa jakaantuivat määrällisesti vuonna 2008 oheisen taulukon (taulukko 1) mukaisesti. Melko suuri osa asioista (45 %) päättyi jo valmisteluvaiheessa joko sovintoon tai niitä ei käsitelty, koska hakija luopui valituksesta, lautakunta ei ollut toimivaltainen käsittelemään asiaa, asia vietiin oikeuteen tai muusta syystä. Yli puolet asioista (52 %)

³⁰ HE 79/1993 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi alioikeusuudistuksen siirtymäsäännöksistä sekä eräiksi muiksi alioikeusuudistuksen voimaanpanoon liittyviksi laeiksi, s. 20.

³¹ Nytemmin lain on korvannut uusi laki riita-asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa 394/2011, joka tuli voimaan toukokuussa 2011.

³² Luettelo jaostoista on KRILA 6:ssä.

ratkaistiin joko jaostossa tai yksinkertaisessa menettelyssä. Sen sijaan täysistun-
noissa tai esittelijän toimesta on ratkaistu vain pieni osa asioista (3 %).

Taulukko 1. Kuluttajariitalautakunnan ratkaisujen jakaantuminen vuonna
2008³³

Ratkaisu	Kpl	Osuus %
Päättyi valmisteluvaiheessa	1989	45 %
Jaostopäätös	1597	36 %
Täysistuntopäätös	99	2 %
Yksinkertainen menettely	695	16 %
Esittelijän ratkaisu	27	1 %
Ratkaisuja yhteensä	2418	55 %
Käsitellyt asiat yhteensä	4407	100 %

4 Menettelyperiaatteista lautakunnassa ja alioikeudessa

Vaikka lautakuntamenettelyä ei voida suoraan rinnastaa oikeudenkäyntiin, on molemmissa kyse oikeusturvan toteuttamisesta. Lautakuntatyypillisesti organisoi-
tuja, yksityisoikeudellisissa riita-asioissa suosituksia antavia riidanratkaisuelimiä
on katsottu sitovan tietyt samat yleiset menettelyperiaatteet, jotka sitovat myös
tuomioistuimia. Näitä periaatteita ovat: kuulemisperiaate, menettelyllisen yhden-
vertaisuuden periaate, riippumattomuus- ja puolueettomuusperiaate, perusteluvel-
vollisuuden periaate, käsittelyn joutuisuuden periaate sekä julkisuusperiaate.³⁴
Tätä voidaan perustella sillä, periaatteet ovat johdettavissa muun muassa Euroo-
pan ihmisoikeussopimuksesta (EIS), erityisesti 6 artiklasta ja perustuslaista (PL
731/1999), erityisesti 21 §:stä.³⁵ Osa näistä periaatteista on kirjattu myös
KRILL:in ja KRILT:en. Esimerkiksi KRILL 1 §:ssä lautakunta on määritelty
riippumattomaksi ja puolueettomaksi, kuten edellä on selostettu. Samoin KRILT

³³ Kuluttajariitalautakunnan toimintakertomus 2008, liite 1 Toimintatilasto.

³⁴ Viitanen 2003, s. 155.

³⁵ *Koulun* mukaan toistaiseksi lupaavimman ulkopuolisen perusteen lautakuntien arvioimiseen
tarjoavat EIS 6 artiklan asettamat oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kriteerit, riippumatta
siitä koskeeko artikla muodollisesti lautakuntia. *Koulu* 2011, s. 55

2 §:n mukaan lautakunta ratkaisee toimivaltaansa kuuluvia riita-asioita puolueettomasti.

Oikeudenkäyntimenettelyssä noudatettavan *kontradiktorisen eli vastapuolen kuulemisperiaatteen* taustalla on ajatus osapuolten välisestä eturistiriidasta. Tämän vuoksi kummallekin on varattava mahdollisuus esittää vaatimuksensa sekä ottaa kantaa toisen osapuolen esittämiin vaatimuksiin.³⁶ Vastapuolen kuulemisperiaate on lautakuntamenettelyn osalta kirjattu KRILL 12.2 §:än. Sen mukaan vastapuolta on pyydettävä vastaamaan hakemukseen ja vastaus voi olla myös suullinen.³⁷ Laissa ei ole tarkempia säännöksiä vastauksen sisällöstä. Kuulemisperiaatetta on tulkittava laajasti siten, että vastapuoli saa tietoonsa kaiken toisen osapuolen lautakunnalle lähettämän aineiston.³⁸ Lautakunnalle annettava vastaus voi siis olla vapaamuotoinen, kun taas OK 5:10:ssä (768/2002) on tarkkaan säädetty, mitä vastauksen alioikeuden antamaan haasteeseen tulisi sisältää. Vastaaminen haasteeseen tapahtuu pääsääntöisesti kirjallisesti. Riita-asiaa yleensä riittää, että asianosaiselle varataan tilaisuus tulla kuulluksi.³⁹ Myös lautakuntamenettelyssä asia voidaan KRILL 12.3§:n mukaan ratkaista, vaikka vastausta ei ole annettu.

Osapuolten *menettelyllinen yhdenvertaisuusperiaate* täydentää kuulemisperiaatetta. Sillä tarkoitetaan molempien osapuolten yhtäläisiä mahdollisuuksia toisaalta omien vaatimusten, väitteiden ja niitä tukevien todisteiden esittämiseen ja toisaalta näkemysten esittämiseen vastapuolen aineistosta. Alioikeudessa osapuolten tosiasiallisen yhdenvertaisuuden riita-asiaa on katsottu edellyttävän sitä, että molemmilla on avustajana oikeudellisen koulutuksen saanut henkilö. Lautakuntamenettelyssä tavoitteena on, että asianosaiset pystyisivät pääsääntöisesti hoitamaan asian ilman avustajaa. Yhdenvertaisuuden toteuttaminen edellyttää tällöin kuitenkin ensinäkkin sitä, että asianosaisilla on mahdollisuus tarvittaessa saada oikeudellista neuvontaa. Toiseksi se edellyttää, että lautakunnalla on aktiivinen rooli asian selvittämisessä.⁴⁰

Kuluttajariita-asioissa neuvonta on lain kuluttajaneuvonnasta (KNeuL, 800/2008) 2 §:n mukaan annettu maistraattien tehtäväksi. Lakia säädettäessä pidettiin tär-

³⁶ Virolainen, Jyrki: Lainkäyttö, Helsinki 1995, s. 212 ja Lappalainen Juha, Siviiliprosessioikeus I, Helsinki 1995, s. 61.

³⁷ HE 115/2006 vp, s. 18. Suullisen vastauksen antamiseen ja sen kirjaamiseen sovelletaan hallintolain 37 ja 42 §:iä.

³⁸ HE 115/2006 vp, s. 18 ja Viitanen 2003 s. 157.

³⁹ Lappalainen 1995 s. 63.

⁴⁰ Viitanen 2003, s. 160. Ks. myös Komission suositus 98/257/EY tuomioistuinten ulkopuolisiin kuluttajariitoja ratkaiseviin elimiin sovellettavista periaatteista, IV artikla, EYVL L 115, 17.4.1998.

keänä, että neuvontaa annetaan kuluttajien lisäksi myös elinkeinonharjoittajille. Toisaalta kuluttajaneuvonnan tavoitteena on nimenomaan kuluttajien aseman turvaaminen ja elinkeinonharjoittajien neuvontaa perustellaan juuri tästä lähtökohdasta.⁴¹ Neuvonnan tasapuolisuuden kannalta voi olla ongelmallista se, että neuvonnan yhtenä tehtävänä KNeuL 1 §:n mukaan on avustaa nimenomaan kuluttajaa yksittäisessä elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisessä ristiriitatilanteessa. Elinkeinonharjoittaja voi helposti kokea kuluttajaneuvojan juuri kuluttajan edustajaksi.

KRILL 5 §:n mukaan lautakunnan henkilökunnan on annettava kuluttajariita-asian asianosaisille tietoja ja neuvoja asian vireille saattamisesta ja lautakunnan menettelytavoista. Lautakunnan neuvontavelvollisuus on HL 8 §:n neuvontavelvollisuutta suppeampi, koska se on rajattu koskemaan vain asian vireillepanoa ja lautakunnan menettelytapoja eikä esimerkiksi kuluttajansuojalainsäädännön sisältöä tai lautakunnan ratkaisukäytäntöä.⁴² Asian selvittelyvelvollisuudesta on säädetty HL 31 §:ssä, jota sovelletaan KRILL 24 §:n nojalla myös lautakunnan toimintaan. Sen mukaan viranomaisen on huolehdittava asian riittävästä ja asianmukaisesta selvittämisestä hankkimalla asian ratkaisemiseksi tarpeelliset tiedot sekä selvitykset. Asianosaisen taas on esitettävä selvitys vaatimuksensa perusteista ja muutoinkin myötävaikutettava vireille panemansa asian selvittämiseen. HL 31 § ilmentää periaatetta, jonka mukaan aineellinen menettelyjohtovalta ja päävastuu asian selvittämisestä ovat viranomaisella, mutta asianosaisen vastuulla on selvittää vaatimuksensa perusteet.⁴³ Lautakunnan osalta viranomaisen selvitysvastuun ulottuvuus jää hieman epäselväksi. HL:n esitöissä on viitattu tässä yhteydessä lain 8 §:n neuvontavelvollisuuteen, joka tarkoittaisi muun muassa sitä, että asianosaiselle tarvittaessa kerrotaan relevanteista oikeussäännöksistä ja niiden sisällöstä.⁴⁴ Lautakunnan neuvontavelvollisuus taas on, kuten edellä todettiin, HL 8 §:ssä mainittua suppeampi.

Alioikeudessa käsiteltävissä dispositiivisissa riita-asioissa on nykyisin katsottu sekä tuomarilla että asianosaisilla olevan vastuun asian perusteellisesta selvittämisestä. Asianosaisten ensisijaisena tehtävänä on huolehtia aineiston hankkimisesta, mutta tuomarin on tarvittaessa puututtava materiaalisen prosessin johdon keinoin selvittämiseen. Pakottavaan lainsäädäntöön perustuvissa riita-asioissa, kuten ku-

⁴¹ HE 54/2008 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kuluttajaneuvonnasta sekä Kuluttajavirastosta annetun lain 1 §:n ja Ahvenanmaan itsehallintolain 30 §:n muuttamisesta, s. 12.

⁴² HE 115/2006 vp, s. 15–16.

⁴³ HE 72/2002 vp, Hallituksen esitys eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta, s. 86.

⁴⁴ HE 72/2002 vp, s. 86.

luttajariidoissa, on jopa katsottu, että materiaalisen prosessin johdon tulisi olla erityisen vahvaa. Tällöin tuomarin tulisi esimerkiksi tarvittaessa informoida asianosaisia pakottavan lainsäädännön sisällöstä.⁴⁵

Perusteluvollisuuden periaate käy ilmi PL 21.2 §:stä, jonka mukaan yksi oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeista on saada perusteltu päätös. KRILL:ssa ei ole erikseen säännöksiä päätöksen perustelemisesta. Sovellettavaksi tulevat siten HL 7 luvun päätöstä koskevat säännökset. HL 45 §:n mukaan päätös on perusteltava ja perusteluissa ilmoitettava, mitkä seikat ja selvitykset ovat vaikuttaneet ratkaisuun sekä mainittava sovelletut säännökset. Alioikeudessa käsiteltävien riita-asioiden tuomion perustelemisesta on säädetty OK 24:4 §:ssä (165/1998). Sen mukaan tuomio on perusteltava ja perusteluissa on ilmoitettava, mihin seikoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Perusteluissa on myös selostettava, millä perusteella riitainen seikka on tullut näytetyksi tai jäänyt näyttämättä. OK 24:7 §:ssä (165/1998) on tarkempia säännöksiä tuomion laatimisesta erilliseksi asiakirjaksi ja mitä asiakirjan on sisällettävä.

Käsittelyn joutuisuuden periaate on kirjattu PL 21.1 §:ään, jonka mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa. Lautakuntamenettelyn yhtenä tavoitteena jo alusta alkaen oli, että kuluttajan suojaan liittyvät kysymykset voidaan ratkaista kaupallisten olojen edellyttämällä nopeudella.⁴⁶ Joutuisuuden periaate on myös kirjattu KRILT 2 §:än. Tämä tavoite ei kuitenkaan ole täysin toteutunut. Varsinkin lautakunnan toimivallan laajentues-
sa jutut ovat ruuhkautuneet ja käsittelyajat pidentyneet.⁴⁷

Vuonna 2008 keskimääräinen käsittelyaika lautakunnassa oli 8,6 kuukautta. Yksinkertaisessa menettelyssä ratkaistujen asioiden käsittelyaika oli 9,8 kuukautta ja jaostokäsittelyssä ratkaistujen puolestaan 14 kuukautta. Lyhin keskimääräinen käsittelyaika 5,29 kuukautta oli huonekalu- ja kodinkonejaostolla ja pisin, 12,94 kuukautta, taas kiinteistönvälitys- ja asuntokauppajaostolla.⁴⁸ Alioikeudessa taas vuonna 2008 esimerkiksi irtaimen tai kiinteistön kaupan liittyvien riita-asioiden, lukuun ottamatta velkomisasioita, keskimääräinen käsittelyaika oli noin

⁴⁵ Virolainen 1995, s. 276–277.

⁴⁶ HE 8/1977 vp, s. 6.

⁴⁷ Apulaisoikeuskansleri otti vuosina 2000 ja 2003 kantaa lautakunnan käsittelyaikoihin perustuslain 21 § joutuisuussäännöksen kannalta. Ks. Valtioneuvoston oikeuskanslerin kertomukset vuodelta 2000, s. 102–103 ja vuodelta 2003 s. 107.

⁴⁸ Kuluttajariitalautakunnan toimintakertomus 2008, s. 13 ja liite 1.

7,5 kuukautta.⁴⁹ Riita-asian käsittelyaika oikeudessa pitenee, jos asiasta valitetaan hovioikeuteen. Vuonna 2008 irtaimen ja kiinteistön kauppaan liittyvien riitojen keskimääräinen käsittelyaika hovioikeudessa oli noin 1 vuosi.⁵⁰ Hovioikeuden päätöksestä on edelleen mahdollista valittaa korkeimpaan oikeuteen, mikäli valituslupa myönnetään.

Julkisuusperiaate toteutuu sekä käsittelyjulkisuutena että asiakirjajulkisuutena. Käsittelyjulkisuus liittyy oikeuteen olla läsnä seuraamassa asian käsittelyä. Asiakirjajulkisuus taas koskee käsittelyyn liittyvien asiakirjojen julkisuutta.⁵¹ Riita-asioiden käsittely sekä siihen liittyvät oikeudenkäyntiasiakirjat ja tuomio ovat pääsääntöisesti julkisia. Käsittelyn julkisuus koskee suullista käsittelyä.⁵² Julkisia ovat siten pääkäsittely, valmisteluistunnot ja katselmukset. Sen sijaan kirjallinen käsittely, kuten valmistelu tai tuomioistuimessa pidettävä neuvottelu (joissa asianosaisetkaan eivät saa olla läsnä) eivät ole julkisia.⁵³

Lautakunnassa asian käsittely on kirjallista eivätkä osapuolet ole istunnoissa läsnä. Käsittelyjulkisuus ei siten toteudu samalla tavalla kuin alioikeudessa.⁵⁴ Lautakunnassa toimitettavasta katselmuksesta on KRILL 13.3 §:ssä nimenomaan todettu, että se ei ole julkinen. Tätä perustellaan sillä, että lautakunnan toimittamat katselmukset kohdistuvat useimmiten asianosaisen asuntoon tai muuhun kotirauhan piiriin kuuluviin tiloihin.⁵⁵ Lautakuntakäsittelyn asiakirjat samoin kuin ratkaisut puolestaan ovat HL 24.2 §:n ja lain viranomaisten toiminnan julkisuudesta (624/1999) 1 §:n perusteella pääsääntöisesti julkisia. Lautakunnan ratkaisuista tiedottamista pidettiin tärkeänä jo kuluttajavalituslautakuntaa perustettaessa. Tiedottamisen katsottiin edistävän kuluttajansuojalainsäädännön tuntemusta eri osapuolten keskuudessa. Ratkaisujen julkistamisen ajateltiin myös edistävän lautakunnan päätösten noudattamista.⁵⁶ Lautakunta julkaisee muun muassa internet-sivuillaan lain soveltamisen kannalta merkitykselliset ratkaisut. Kuluttaja-

⁴⁹ Suomen virallinen tilasto (SVT): Käräjäoikeuksien siviiliasioiden ratkaisut, verkkojulkaisu, Helsinki, Tilastokeskus, luettu 20.6.2011, saantitapa: <http://tilastokeskus.fi/til/koikrs/kas.html>.

⁵⁰ Suomen virallinen tilasto (SVT): Hovioikeuksien ratkaisut, verkkojulkaisu, Helsinki, Tilastokeskus, luettu 11.7.2011, saantitapa: <http://www.tilastokeskus.fi/til/hovoikr/tau.html>.

⁵¹ *Lappalainen* 1995, s. 64 ja *Virolainen* 1995, s. 201.

⁵² Laki oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa 370/2007, 1, 3 ja 14 §:t.

⁵³ HE 13/2006 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi s. 50.

⁵⁴ Käsittelyn julkisuuteen sovelletaan HL 24 §:ä, jonka mukaan asia käsitellään julkisesti, jos niin on säädetty tai erityisen säännöksen nojalla päätetty. HE 72/2002 vp. mukaan julkinen käsittely voi tulla kysymykseen ainoastaan silloin, kun asiaa käsitellään suullisesti siten, että kenellä tahansa on mahdollisuus seurata käsittelyä ja saada siitä tietoa.

⁵⁵ HE 115/2006 vp, s. 19.

⁵⁶ HE 8/1977 vp, s. 70.

lehdessä julkaistaan Musta lista- palstalla niiden yritysten nimet ja kotipaikka, jotka eivät ole noudattaneet lautakunnan ratkaisusuositusta.

Alioikeus- ja lautakuntakäsittelyssä toteutuvat siis pitkälti samat menettelyperiaatteet. Keskeinen ero alioikeusmenettelyyn on kuitenkin se, että kirjallisessa lautakuntamenettelyssä eivät toteudu alioikeusmenettelyssä keskeiset *välittömyyden, keskittämisen ja suullisuuden periaatteet*.⁵⁷ Oikeudenkäynnin välittömyydellä tarkoitetaan sitä, että jutun ratkaiseva tuomioistuin ottaa suoraan, ilman välikäsiä, vastaan ratkaistavaan tapaukseen liittyvän oikeudenkäyntiaineiston. Keskitäminen on oikeudenkäynnin viemistä läpi mahdollisimman yhtäjaksoisessa menettelyssä. Suullisuus viittaa suulliseen käsittelyyn eli siihen, että oikeudenkäynnissä asia esitetään suullisesti. Periaatteet liittyvät kiinteästi toisiinsa siten, että välittömyyden toteutuminen vaatii suullista ja keskitettyä menettelyä. Välittömyydellä taas pyritään takaamaan oikeusvarmuus.⁵⁸

Näiden periaatteiden poisjättämistä lautakuntamenettelystä voidaan perustella tarkoituksenmukaisuussyillä. Lautakuntamenettelyn tavoitteena on koko sen toiminnan ajan ollut ratkaisujen tapahtuminen riittävän nopeasti ja aiheuttamatta yksittäiselle kuluttajalle kustannuksia. Välitön suullinen käsittely paitsi aiheuttaisi kustannuksia osapuolille, myös mahdollisesti nostaisi kynnystä viedä asia lautakunnan ratkaistavaksi.⁵⁹ Myös oikeusvarmuuden voidaan katsoa toteutuvan riittäväällä tasolla ottaen huomioon, että lautakunnan päätökset ovat luonteeltaan suosituksia ja vailla täytäntöönpanokelpoisuutta.

5 Kuluttajariidan ratkaisu

Sekä alioikeudessa että lautakuntakäsittelyssä kuluttajariidat ratkaistaan tosiasia- ja oikeuskysymysten arvioinnin perusteella. Lautakunnan osalta ei missään ole nimenomaisesti säädetty sitä, että ratkaisujen on oltava sidottuja voimassa olevaan lakiin. Asia on pääteltävissä sekä lainkäytön että hallinnon lainalaisuuden periaatteista ja siitä, että lautakunnan perustehtävänä on aineellisen oikeuden toteuttaminen.⁶⁰ Keskeinen ero taas alioikeuden ja lautakunnan ratkaisuissa on niiden täytäntöönpanokelpoisuudessa. Lautakunnan päätös on luonteeltaan suositus.

⁵⁷ Oikeudenkäynnin periaatteista, ks. esim. *Lappalainen* 1995, s. 72–84 ja *Virolainen* 1995, s. 200–257.

⁵⁸ *Lappalainen* 1995, s. 72–73 ja *Virolainen* 1995, s. 224–225.

⁵⁹ Ks. suullisen ja kirjallisen lautakuntakäsittelyn eduista ja haitoista tarkemmin *Koulu* 2011, s. 231–237.

⁶⁰ *Viitanen* 2003, s. 365.

Nimenomainen säännös asiasta on KRILL 20 §:ssä, jonka mukaan päätös ei ole täytäntöönpanokelpoinen ja on vailta tuomion oikeusvaikutuksia. Lisäksi on todettu, että päätöksestä ei saa valittaa. Osapuolilla on toisaalta aina mahdollisuus halutessaan viedä asia alioikeuden käsiteltäväksi.

Ratkaisun täytäntöönpanokelpoisuuden puuttuminen on kuluttajan kannalta lautakuntamenettelyn heikkous. Jos elinkeinonharjoittaja kieltäytyy noudattamasta suositusta, kuluttajalla ei ole käytössään pakkokeinoja. Saadakseen täytäntöönpanokelpoisen tuomion kuluttajan on vietävä asia alioikeuden käsiteltäväksi. Siellä asian käsittely alkaa alusta, lautakunnassa esitettyä näyttöä ei välttämättä voi sellaisenaan hyödyntää ottaen huomioon oikeudenkäynnin suullisuuden periaate. Toki kuluttaja voi esittää lautakunnan suosituksen yhtenä kannettaan puoltavana seikkana. Lisäksi useiden oikeusturvavakuutusten ehtojen mukaan vakuutuksesta korvataan kuluttajan maksettavaksi tuomitut vastapuolen oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on jättänyt noudattamatta asiassa annetun lautakunnan kuluttajalle myönteisen suosituksen.⁶¹

Toisaalta on hyvä tiedostaa, että juuri ratkaisujen suositusluonteisuuden on katsottu mahdollistavan joustavan menettelyn lautakunnassa. Ratkaisujen suositusluonteisuuden vuoksi kuluttaja ei ole velvollinen korvaamaan vastapuolelle lautakuntamenettelystä aiheutuneita kuluja silloinkaan, kun hyvitystä ei suositella.⁶² Täytäntöönpanokelpoisuuden puutetta korvaa lisäksi se, että elinkeinonharjoittajat noudattavat kohtalaisen hyvin annettuja suosituksia. Vuonna 2008 noin puolessa (51 %) lautakunnan ratkaisemista tapauksista suositeltiin hyvitystä, vajaassa puolessa taas (47 %) hyvitystä ei suositeltu.⁶³ Suosituksia noudatettiin lähes 80 %:ssa lautakunnan tietoon tulleista tapauksista. Parhaiten suosituksia noudatettiin kiinteistövälitys- ja asuntokauppa-asioissa (85,5 %) ja huonoiten asumiseen ja rakentamiseen liittyvissä asioissa (71,8 %).⁶⁴

Lautakunnan käytössä on myös alioikeuden yksipuolista tuomiota muistuttava ratkaisuvaihtoehto. KRILL 12.3 §:n mukaan lautakunta voi ratkaista asian, vaikka vastapuoli ei olisikaan antanut vastausta. KRILL:ssa ei kuitenkaan tarkoituksella ole viitattu tältä osin OK:n yksipuolista tuomiota koskeviin säännöksiin. Lautakunta

⁶¹ Katso esim. Tapiola Kodin vakuutus, vakuutusehdot, voimassa 1.1.2011 alkaen, kohta 7.5 tai If Yksityishenkilön oikeusturvavakuutusehdot, voimassa 1.1.2011 alkaen, EHTO YOI 714.5 kohta 5.2.1

⁶² Koska ratkaisuisissa ei sitovasti määrätä osapuolten oikeuksista ja velvollisuuksista, on perusteltua, että asianosaiset vastaavat itse kuluistaan. HE 8/1977, s. 73.

⁶³ Lopuissa 2 %:ssa tapauksista ei joko annettu suositusta tai lautakunta ei ollut toimivaltainen käsittelemään asiaa.

⁶⁴ Kuluttajariitalautakunnan toimintakertomus 2008, liite 1 Toimintatilasto.

kunnalle nimittäin haluttiin antaa tuomioistuinta laajempi harkintavalta ratkaista asia yksin toisen osapuolen antamien tietojen perusteella.⁶⁵

Täytäntöönpanokelpoisuuden lisäksi lautakunnan ratkaisut eroavat alioikeuden ratkaisuista siinä, että lautakunnalla ei, toisin kuin alioikeudella, ole ehdotonta ratkaisupakkoa. KRILL 14 §:n mukaan lautakunta voi jättää käsittelemättä asian, jonka ratkaiseminen edellyttää suullisten todistuskeinojen käyttämistä. Sama koskee asioita, jotka ovat vireillä tai ratkaistu muissa vastaavissa toimielimissä tai ryhmävalituksena tai jos hakijan vastapuoli on konkurssissa. Edelleen, jos ratkaiseminen lautakunnassa ei ole tarkoituksenmukaista asian poikkeuksellisen monimutkaisuuden tai vaikean selvitettävyyden takia, voi sen jättää käsittelemättä. Säännöksen taustalla on lautakunnan voimavarojen tarkoituksenmukainen kohdentaminen sekä tuomioistuinkäsittelyyn paremmin soveltuvien asioiden ohjaaminen suoraan alioikeuden käsiteltäväksi.⁶⁶ Ratkaisupakon puuttumisen ei näin ollen voida katsoa kaventavan kuluttajan oikeussuojaa. On myös kuluttajan etu, että lautakuntakäsittelyyn soveltumattomat asiat ohjataan suoraan alioikeuteen. Samoin ei ole kuluttajan edun mukaista käyttää resursseja asiaan, jossa lautakunnan ratkaisusta ei ole hyötyä. Näin on esimerkiksi silloin, kun vastapuolena oleva elinkeinonharjoittaja on konkurssissa.

6 Kustannukset

Kuluttajariidan selvittäminen ja käsittely lautakunnassa on KRILL 19 §:n perusteella osapuolille maksutonta. Lautakunnan hankkimat selvitykset ja asiantuntijalausunnot ovat siten maksuttomia eikä käsittelystä tai asiakirjoista peritä maksua. Asianosaiset vastaavat kuitenkin itse omista kuluistaan. Siten esimerkiksi, jos kuluttaja on käyttänyt hakemuksen tekemisessä avustajaa tai asiamiestä, hän vastaa itse tästä aiheutuneista kuluista.⁶⁷ Muita kuluttajalle aiheutuvia kuluja voivat olla posti- ja puhelinkulut sekä erilaiset kuluttajan hankkimat asiantuntijalausunnot ja selvitykset. Viimeksi mainitut muodostavat poikkeuksen kulujen korvaamisessa. Nimittäin, jos kuluttaja on hankkinut asiantuntijalausuntoja tai selvityksiä,

⁶⁵ HE 115/2006 vp, s. 18.

⁶⁶ Esimerkiksi rakennusurakkariidan käsitteleminen lautakunnassa ei ole tarkoituksenmukaista, jos siihen sisältyy lukuisia asiantuntijaselvityksiä edellyttäviä, taloudellisesti merkittäviä riitakysymyksiä, HE 115/2006 vp, s. 19.

⁶⁷ Ks. esim. KRIL 4539/37/08, jossa vaadittiin lakimiehen käytöstä aiheutuneiden kulujen korvaamista, mutta lautakunnan ratkaisussa kulujen korvaamista ei suositeltu.

joiden katsotaan olevan asian selvittämisen kannalta tarpeellisia, lautakunta voi suosittaa kulujen korvaamista kuluttajalle.⁶⁸

Kuluttajalle aiheutuneiden kustannusten suuruudesta ei ole tuoretta tutkittua tietoa. Posti- ja puhelin- sekä kopiointikulut jäänevät enintään muutamaankymmenen euroon. Sen sijaan asiantuntijalausuntojen kustannukset voivat helposti olla satoja euroja, samoin kuin lakimiesavustajien palkkiot. Jos kuluttajalla on oikeusturvavakuutus, voidaan kuluttajalle lautakuntamenettelystä aiheutuneet kustannukset korvata vakuutuksesta.⁶⁹ Tavallisin oikeusturvavakuutuksesta korvattava enimmäiskorvausmäärä on 8 500 euroa ja omavastuuosuuden määrä on yleensä 15 %. Niinpä oikeusturvavakuutus riittää kaikkiaan 10 000 euron kuluihin, joista kuluttajan maksettavaksi jää omavastuuosuus 1 500 euroa.⁷⁰

Riita-asian käsittelystä alioikeudessa peritään käsittelymaksuna oikeudenkäyntimaksu, joka on suuruudeltaan 80–182 euroa. Maksu sisältää korvauksen myös asiassa annettavasta ratkaisun sisältävästä toimituskirjasta. Maksuvelvollinen on kantaja.⁷¹ Toisin kuin lautakunnassa, jossa kumpikin osapuoli vastaa omista kuluistaan, alioikeudessa voi joutua vastuuseen myös vastapuolen kuluista. OK 21:1:n mukaan riita-asian hävinnyt on pääsääntöisesti velvollinen korvaamaan vastapuolen tarpeellisista oikeudenkäynneistä johtuvat kohtuulliset oikeudenkäyntikulut. Riski siitä, että hävitessään voi joutua korvamaan vastapuolen oikeudenkäyntikulut, voi olla merkittävä tekijä harkittaessa riita-asian viemistä alioikeuteen. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaiseman tutkimuksen mukaan vuonna 2008 käräjäoikeuksien riita-asioissa asianosaisen mediaanikulut irtaimeen omaisuuteen liittyvissä asioissa olivat keskimäärin reilut 5 000 euroa ja kiinteään omaisuuteen liittyvissä riidoissa puolestaan vajaat 11 000 euroa. Suhteessa riideltävään pääomaan osapuolten yhteenlasketut oikeudenkäyntikulut olivat 43 prosentissa tapauksista suuremmat kuin pääoma. Näin ollen saavutettavaan hyötyyn nähden oikeudenkäynti on osapuolille kallis riidanratkaisumenetelmä.⁷²

⁶⁸ Ks. esim. KRIL 4077/33/09, jossa lautakunta suositti elinkeinonharjoittajaa korvaamaan kuluttajalle tavarantarkastuksesta aiheutuneet kustannukset.

⁶⁹ *Eskuri, Seppo – Jyrinjärvi, Timo – Pirinen, Eija*: Oikeusturvavakuutus, Helsinki 2007, s. 34 ja 98.

⁷⁰ *Korkeamäki, Tuomas – Handén, Emilia*: Perustietoa oikeusturvavakuutuksista, 23.6.2010, verkkojulkaisu, luettu 11.7.2011, saatavissa osoitteessa www.fine.fi, s. 8.

⁷¹ Laki tuomioistuinten ja eräiden oikeushallintoviranomaisten suoritteista perittävistä maksuista 701/1993, 2, 3 ja 5 §:t (1024/2002).

⁷² *Ervasti* 2009, s. 21 ja 23.

7 Alioikeusmenettely vai kuluttajariitalautakunta

Oikeudenkäyntimenettelyä riidan ratkaisemisessa on moitittu epätarkoituksenmukaiseksi. Sen epäkohtana on pidetty muun muassa kalleutta ja lopputuloksen epävarmuutta.⁷³ Etenkin kuluttajariitojen osalta tuomioistuimenmenettelyn esteenä on pidetty kustannusten suuruutta, menettelyn hitautta ja kuluttajan haluttomuutta olla osallisena oikeudenkäynnissä.⁷⁴ Oikeudenkäyntimenettelyn ehdottomana etuna voidaan pitää ratkaisun täytäntöönpanokelpoisuutta. Niinpä kuluttajariidoissa, joissa elinkeinonharjoittajan haluttomuus noudattaa ratkaisusuositusta, on syytä tai toisesta etukäteen vahvasti ennakoitavissa, kannattaa ensisijaisesti turvautua oikeudenkäyntimenettelyyn.⁷⁵ Samoin asioissa, joissa muusta syytä on tärkeää saada mahdollisimman nopeasti täytäntöönpanokelpoinen tuomio, on syytä turvautua ensisijaisesti alioikeusmenettelyyn. Riita-asia voi myös laadultaan ja laajuudeltaan olla sellainen, että on tarkoituksenmukaisempaa viedä asia suoraan tuomioistuinkäsittelyyn. Tällaisia voivat olla esimerkiksi riita-asiat, joihin sisältyy runsaasti asiantuntijaselvitystä ja henkilötodistelua sekä taloudellisesti merkittäviä riitakysymyksiä.⁷⁶

Lautakuntamenettelyllä vältetään osa edellä mainituista alioikeusmenettelyn epäkohdista. Kuluttajan kannalta lautakuntamenettelyä voi suositella ensisijaisena ratkaisumenettelynä ainakin kolmenlaisissa tilanteissa. Ensinäkin lautakuntamenettely sopii kuluttajariitoihin, joissa euromääräinen intressi on pieni, enintään 2000–3000 euroa. Riideltävän intressin vähäisyyden vuoksi kuluttaja helposti jättää viemättä asian oikeuteen. Yksittäisen kuluttajan kannalta oikeussuojan saaminen voi silti olla merkityksellinen. Asialla voi olla myös laajempaa merkitystä, jos esimerkiksi elinkeinonharjoittaja muuttaa lautakuntamenettelyn vuoksi markkinoinnissa antamia tietoja tai jopa luopuu huonolaatuisen kulutushyödykkeen myymisestä valituksen seurauksena.

Tapauksessa KRIL 1900/36/08 kuluttaja tilasi elinkeinonharjoittajalta internetin välityksellä koiran purulelun 26 eurolla. Lelu rikkoutui heti käyttöönoton jälkeen koirien leikin aikana. Lautakunta totesi lelujen kestoikien vaihtelevat suuresti riippuen siitä, miten niitä käytetään. Lähtökohtaisesti tavaran tulee kestää käyttötarkoituksensa mukaisessa käytössä. Tätä lelua oli markkinoitu erittäin kestäväksi puruleluna isoille koirille. Kuluttajalla oli si-

⁷³ *Ervasti, Kaijus*: Pääkäsittelyssä ratkaistut riita-asiat ja oikeudenkäyntikulut käräjäoikeuksissa, *Defensor Legis* 5 /2009, s. 759–760.

⁷⁴ *Viitanen* 2003, s. 18–19 ja alaviitteessä 31 mainitut viitteet.

⁷⁵ Tämä ei koske elinkeinonharjoittajia, joiden haluttomuus johtuu maksukyvyttömyydestä. Tällöin ei kummallakaan menettelyllä saavuteta haluttua tulosta.

⁷⁶ HE 115/2006 vp, s. 20.

ten ollut perusteltu syy olettaa, että lelu kestäisi hänenkin koiriensa leikeissä pitkään. Lautakunta katsoi purulelun olleen kuluttajansuojalain tarkoittamalla tavalla virheellinen.

Toiseksi lautakuntamenettelyn hyödyntäminen kannattaa kuluttajariidoissa, joissa tarvitaan lautakunnassa asiantuntijajäsenten myötä jo valmiiksi olevaa alan erityistä asiantuntemusta. Riidan kohteena oleva intressi voi tämän tyyppisissä riidoissa vaihdella muutamasta sadasta eurosta tuhansiin euroihin, asumiseen liittyvissä asioissa jopa kymmeneen tuhansiin euroihin. Alioikeuskäsittelyssä tällaisen asiantuntemuksen käyttäminen todistelukeinona tarkoittaa usein asiantuntijan kuulemista todistelutarkoituksessa, mikä taas nostaa oikeudenkäyntikuluja. Kyseessä voi olla esimerkiksi käytetyn auton kauppaan liittyvä riita, jossa lautakunnan alaa tuntevat asiantuntijajäsenet pystyvät annettujen tietojen ja mahdollisten lausuntojen perusteella antamaan ratkaisusuosituksen, kun taas asian käsittely alioikeudessa vaatisi asiantuntijan henkilökohtaista kuulemista.

Tapauksessa KRIL 2289/33/10 oli kyse siitä, oliko myyjä vastuussa käytetyn ostetun auton kaksoismassavauhtipyörän rikkoutumisesta kaupanteon jälkeen. Kuluttaja vaati noin 680 euron hinnan alennusta, myyjä oli osallistunut korjauskuluihin 200 euron osuudella. Kuluttaja oli toimittanut lautakuntaan selvityksenä korjaamosta annetun lausunnon. Sen mukaan kyse ei ollut kulumasta osasta tässä autossa ja kaksoismassavauhtipyörän oletettiin rikkoneen kytkimen. Lautakunta puolestaan muun muassa totesi, ettei kaksoismassavauhtipyörän rikkoutumista enää voitu pitää epätavallisena auton ajomäärän perusteella. Toteutuneen suuruiset korjauskulut eivät olleet epätavallisen suuret ja odottamattomat kyseisen auton kohdalla, kun myyjän jo maksama 200 euroa otetaan huomioon. Kyseessä oli ollut auton käytöstä aiheutunut tavanomainen kuluminen eikä lautakunta siten suosittanut hyvitystä.

Kolmanneksi kuluttajan kannattaa kuluriskin minimoimiseksi valita ensisijaiseksi menettelyksi lautakuntamenettely riitoihin, joiden menestyminen alioikeudessa on epävarmaa.

Tapauksessa KRIL 1338/39/09 kuluttajat olivat tietämättään maksaneet 15 vuoden ajan kahden puhelinliittymän perusmaksua, vaikka heillä oli käytössään vain yksi liittymä. Kuluttajien vaatimus oli reilut 8 000 euroa, kun taas elinkeinonharjoittaja oli valmis myöntämään vain reilun 400 euron suuruisen summan. Tapauksessa oli erimielisyyttä siitä, mistä asti kuluttajia oli laskutettu kaksinkertaisesti ja olisiko kuluttajien pitänyt huomata kaksinkertainen laskutus. Pitkä ajan kuluminen vaikeutti asian selvittämistä ja myös saatavan vanhentumisesta oli erimielisyyttä. Lautakunta suositti palauttavaksi perusteetta maksetut liittymän perusmaksut 10 vuoden ajalta.

Kaikissa lautakuntaan viedyissä tapauksissa on huomioitava se mahdollisuus, että elinkeinonharjoittaja ei noudata ratkaisusuositusta. Tällöin kuluttajan on täytännönpanokelpoisen päätöksen saadakseen vietävä asia alioikeuden ratkaistavaksi. Kuten edellä on todettu, alioikeudessa riita-asian käsittely aloitetaan alusta. Lautakunnan ratkaisusuositus ei sido alioikeutta, mutta myöskään osapuolet eivät ole sidottuja lautakunnassa esittämiinsä vaatimuksiin tai todisteisiin. On mahdollista, että alioikeus päättyy lautakunnan ratkaisusta poikkeavaan ratkaisuun. Vuonna 1996 julkaistiin selvitys alioikeuteen viedyistä kuluttajavalituslautakunnan ratkaisemista kuluttajariidoista. Sen mukaan lautakunnan ratkaisu pysyi sisällöllisesti muuttumattomana 55 prosentissa aineiston tapauksista. Toisaalta osassa tapauksista muutos kohdistui vain vastuun seuraamuksiin, ei vastuuperusteeseen ja osaksi muutokset tapahtuivat kuluttajan eduksi. Lisäksi on huomioitava, että osassa tapauksista ratkaisu perustui olennaisesti uuteen aineistoon.⁷⁷

8 Yhteenvetoa

Kuluttaja voi viedä kuluttajariidan ratkaistavaksi joko alioikeuteen tai kuluttajariitalautakuntaan. Oheiseen taulukkoon on koottu (taulukko 2) lautakunta- ja alioikeusmenettelyn keskeiset erot ja yhtäläisyydet.

⁷⁷ Selvityksessä oli mukana vuosina 1985–1994 kuluttajavalituslautakunnassa ratkaistut tapaukset, joista oli saatu tieto niiden viemisestä alioikeuden ratkaistavaksi, tutkimusaineisto käsitti 80 tapausta. Katso tarkemmin *Sjöblom Petri*, Kuluttajavalituslautakunnan ratkaisut yleisissä tuomioistuimissa. Kauppa- ja teollisuusministeriö. Kauppaosasto. Monisteita 37/1996 sekä *Viitanen* 2003, s. 540–544.

Taulukko 2. Alioikeuden ja kuluttajariitalautakunnan vertailua.

	Alioikeus		KRIL	
	kyllä	ei	kyllä	ei
Puolueettomuus ja riippumattomuus	X		X	
Oikeudellinen asiantuntemus	X		X	
Alakohtainen asiantuntemus		X	X	
Tarkat menettelysäännökset	X			X
Kontradiktorinen periaate	X		X	
Välittömyyden, keskittämisen ja suullisuuden periaatteet	X			X
Käsittelyn julkisuus	X			X
Asiakirjajulkisuus	X		X	
Käsittelymaksut	X			X
Vastapuolen kulujen korvaaminen	X			X
Kirjallinen käsittely	X		X	
Suullinen käsittely	X			X
Pyrkimys sovintoon	X		X	
Ratkaisupakko	X			X
Ratkaisut täytäntöönpanokelpoisia	X			X
Valitusoikeus ratkaisusta	X			X

Lautakunta on alioikeuden tavoin puolueeton ja riippumaton riitojen ratkaisuelin. Lautakunnassa on oikeudellisen asiantuntemuksen lisäksi alakohtaista asiantuntemusta. Lautakuntamenettelyssä toteutuvat välittömyys-, suullisuus- ja keskittämisperiaatetta lukuun ottamatta samat periaatteet kuin alioikeusmenettelyssä. Kuluttajan kannalta lautakuntamenettelyn etuna alioikeuteen verrattuna on menettelyn yksinkertaisuus ja joustavuus sekä menettelyn maksuttomuus. Lautakuntamenettelyn heikkoutena puolestaan on sen antamien ratkaisujen täytäntöönpanokelvottomuus. Ratkaisujen täytäntöönpanokelvottomuus tosin mahdollistaa joustavan menettelyn lautakunnassa. Toisaalta se estää kuluttajan oikeussuojan toteutumisen tilanteissa, joissa elinkeinonharjoittaja ei halua noudattaa ratkaisusuositusta. Koska käytännössä valtaosa elinkeinonharjoittajista noudattaa lautakunnan ratkaisusuosituksia, ratkaisujen täytäntöönpanokelvottomuutta ei ole nähty kovin ongelmallisena.

Oikeuskirjallisuudessa on pohdittu lautakunnan ratkaisujen mahdollista sopimukseen tai lakiin perustuvaa täytäntöönpanokelpoisuutta. Lakiin perustuva täytäntöönpanokelpoisuus ei olisi riippuvainen asianosaisten suostumuksesta. Lakiin perustuvan täytäntöönpanokelpoisuuden mahdollisuutta perustellaan lautakunnan

ratkaisujen laadukkuudella. Ratkaisujen täytäntöönpanokelpoisuus edellyttäisi kuitenkin samalla valitusoikeuden mahdollistamista.⁷⁸

Täytäntöönpanokelvottomuutta suurempi ongelma kuluttajan kannalta lautakuntamenettelyssä voi käytännössä olla käsittelyaikojen pituus. Kuten edellä on käynyt ilmi, kuluttajariidan käsittelyaika lautakunnassa voi helposti venyä yli vuoden pituiseksi. Tästä huolimatta lautakuntamenettelystä on muodostunut merkittävä oikeussuojakeino kuluttajariita-asioissa. Lautakunnan ratkaisuilla on lisäksi tärkeä kuluttajaoikeutta ohjaava ja linjaava vaikutus. Ratkaisuilla voi parhaimmillaan olla myös kuluttajariitoja ennaltaehkäisevä vaikutus silloin, kun ne riittävän tehokkaasti tulevat kuluttajien ja elinkeinonharjoittajien tietoon.

⁷⁸ Viitanen 2003, s. 551.

CONFLICTS AND THE STATE OF EMERGENCY IN LIGHT OF THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: GOING TO THE UNCOMFORTABLE ZONES OF JUDICIAL REASONING

Dr *Jukka Viljanen*, Adjunct Professor of Human Rights Law
University of Tampere, Finland, e-mail: jukka.viljanen@uta.fi

1 Introduction

The origin of the European Human Rights system is in the aftermath of the Second World War. The protection of human rights was one of the key elements in the making of the new post-war Europe. The failure of the international community to prevent atrocities in Europe had a major influence on post-war politics. Sustained peace and security required the creation of an effective human rights protection system. However, there is a contradiction with the wording of the Preamble and the little emphasis by the European human rights system on conflicts and dealing with measures related to the military and security forces.

The European Court of Human Rights (ECtHR) was created to respond to individual applications related more to commonplace breaches of the Convention rules than the most severe human rights violations or atrocities.¹ Thus far the discussion over human rights protection in different crisis has derived from Article 15 of the Convention: Derogation in time of war or other public emergency threatening the life of the nation. The ECtHR has examined the legitimacy of emergency measures and whether the declaration of state of emergency is in compliance with the Convention principles.²

¹ On the ECtHR's interpretation in general see e.g. George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2007, Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2.ed. Oxford University Press 2009, pp. 5-21 and Robin C A White- Clare Ovey, Jacobs, White and Ovey *The European Court of Human Rights*, Fifth edition, Oxford University Press 2010, pp. 64-81.

² See e.g. Steven Greer, *European Convention on Human Rights, Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge 2006, pp.244-248 and Michael O'Boyle, *The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?* *Human Rights Law Journal* Vol. 19 No. 1 (1998), p.23-29.

So far this derogation discourse has been rather theoretical. Derogation measures under Article 15 have been relied on by few states and on few occasions. The United Kingdom has used the provision concerning the governance of Cyprus³, then Ireland concerning the situation in Northern Ireland⁴, Greece in connection with the coup d'état⁵, the United Kingdom concerning Northern Ireland⁶, Turkey in relation to the situation in the South East of Turkey and the PKK (Workers Party of Kurdistan)⁷. However, there is irrefutable evidence that the treaty provision considered as peripheral to every-day treaty application has suddenly become relevant with new argumentation behind the emergencies: the war on terror in the aftermath of the 9/11 terrorist attacks.

The transformation of public emergencies is noticeable in light of the case of *A. and Others v. the United Kingdom* (19.2.2009). The ECtHR examined whether modern measures combating terrorism (Terrorism Act 2000) are in accordance with the human rights obligations. The United Kingdom had introduced a number of measures in the aftermath of the 9/11 attacks by al'Qaeda. The ECtHR found a violation because the derogating measures were disproportionate in that they discriminated unjustifiably between nationals and non-nationals.

These modern emergencies require the Court to enter into the uncomfortable zone of legal argumentation, but in a way the circumstances are very close to fighting against other types of criminal activities. This finding means that much of the existing case-law and criteria established in the ECtHR's judgments can also be invoked in the crisis context. It is therefore necessary to examine emergencies under several provisions rather than solely in light of case-law under Article 15. In this paper I will establish the main challenges that can be related to the active use of Article 15 argumentation and also the limits of judicial, especially human rights law argumentation in emergency situations. One of the dynamic issues is the influence of the global network of human rights instruments within the ECtHR argumentation and the need to develop international human rights law in relation to conflicts via different sources both at the international and national level.

³ Greece v. the United Kingdom, 176/56, 26.9.1958, vol I and II.

⁴ Lawless v. Ireland, 1.7.1961.

⁵ The Greek Case, Vol 1. 5.11.1969, Application No.3321/67 - Denmark v. Greece Application No.3322/67 - Norway v. Greece Application No. 3323/67 - Sweden v. Greece Application No.3344/67 - Netherlands v. Greece.

⁶ Ireland v. the United Kingdom 18.1.1978; Brannigan and McBride v. the United Kingdom, 25.5.1993.

⁷ Aksoy v. Turkey, 18.12.1996,

My paper includes a critical evaluation of the exaggerated division between human rights law and humanitarian law. I argue that human rights law can provide another option for protection when the humanitarian law is not available. This refers to the restricted applicability of humanitarian law in contemporary military conflicts i.e. internal conflicts. This leaves room for human rights law as setting the criteria for security forces and the military in these conflicts, especially in light of Chechnya case-law. I also make an excursion to the war in Iraq and how the ECtHR has examined the responsibility of European governments for actions taken by coalition forces and their allies. In certain circumstances the responsibility for human rights obligations goes beyond European borders.

2 The threat to the life of the nation and the wide margin of appreciation

The discussion over derogation and emergency measures often refers to the margin of appreciation approach to emergencies. The derogation discourse is therefore relevant regarding the doctrines and general principles of interpretation developed by the Court. The European Commission of Human Rights⁸ presented a report on *Greece v. the United Kingdom* (1958) and brought the first glimpse of the notion of margin of appreciation to the Strasbourg case-law.

“[T]he Government concerned retains, within certain limits, its discretion in appreciating the threat to the life of the nation. In the present case the Government of Cyprus has not gone beyond these limits of appreciation.”⁹

This test has been described by some authors as flexible, allowing a State to derogate without the ECtHR exercising its powers of review with sufficient vigour¹⁰. There has been a presumption that all countries taking part in the European human rights community followed the treaty provisions in good faith due to their common heritage of respecting human rights and democracy. That good faith presumption meant almost automatically that there was not just a certain margin of appreciation afforded to national authorities, but there was “a wide margin of appreciation”¹¹. The logic was that the national authorities would prevent excessive derogative measures. Even if some scholars concede that there are good reasons

⁸ The European Commission of Human Rights was working until 1998, when the 11th Protocol reformed the supervisory mechanism of the Court and Commission into a Single full-time Court.

⁹ See *Greece v. the United Kingdom*, 1958, Vol 1, 15.509, para 136.

¹⁰ See e.g. Greer 2006, p. 247–248, Harris-O’Boyle 2009, p. 628–629.

¹¹ See *Ireland v. the United Kingdom* (1978), § 207.

to give discretion in an emergency situation threatening the life of the nation, it is in those situations specifically that the national authorities should not be given a free hand.

The *Brannigan and McBride* case (1993) modernised the general principles regarding derogation. The Court established a couple of important factors to be taken into account while balancing the derogation situation. The Court stated that “in exercising its supervision the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation”. However, there were those who considered even the approach chosen to be inadequate. There remained a formulation that “in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities”.¹²

There was a critical discussion and a clear division within the Strasbourg judiciary. This is easy to deduce from the dissenting and concurring views annexed to the ECtHR’s ruling in the *Brannigan and McBride* case. In his concurring opinion, Judge Martens did not consider the standard set in 1978 (*Ireland v. the United Kingdom*) proper. He relied on the arguments by third parties (human rights NGOs) especially Amnesty International, who emphasised developments in international standards and practice in answer to world-wide human rights abuses under cover of derogation and underlined the importance of the present ruling in other parts of the world. The presumption of countries with long standing democracies and understanding both of the importance of the individual right to liberty and being aware of the inherent danger of giving too wide powers of detention to the executive was outdated.

Martens, like many other commentators since then, linked argumentation to the influences of the enlargement. Martens considered that since the accession of eastern and central European countries¹³ the assumption of common heritage countries, protecting human rights and longstanding democracies should be abandoned. This should also have influenced the margin of appreciation left to the Contracting State. Others, like the Polish Judge Makarczyk considered that the derogation affected the integrity of the Convention system as a whole. He thought

¹² See *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, § 43.

¹³ The Council of Europe in 1989 had only 23 Member States, and now there are 47 States with 800 million people under the ECtHR jurisdiction. See more on the effects of enlargement in Jukka Viljanen. *The European Court of Human Rights and the main challenges of the enlargement*. In *Globalisation: Challenges to Research and Governance*. Edited by Jukka Kultalahti, Ilari Karppi, Olli Kultalahti & Enrico Todisco. EastWest Books, Helsinki (2009), pp. 306–327.

this could be seen as a privilege by the new Member States. He required e.g. stricter time limits for derogations.¹⁴

How should the wide margin approach be reformed? What are the alternatives to this approach? The solution of Judge Martens was to propose a different margin of appreciation in different questions. First he considered the question of whether there are objective grounds for derogation. When the Court speaks in this context about a wide margin of appreciation, Judge Martens accepts that the national authorities have a certain margin of appreciation. According to Martens, the Court should strictly scrutinise every derogation by a High Contracting Party from its obligations, because it is the last resort protector of human rights. In the second question, whether the extent of the derogation corresponds strictly to the exigencies of the situation, Judge Martens claims that this calls for even closer scrutiny than the necessity test required by the limitation clauses and there is no room for a wide margin of appreciation.

This criticism by Judge Martens illustrates one of the problems of margin of appreciation doctrine. It is essential to understand that even where the margin is normally wide in a matter under review, such a margin should not be applied automatically because there may be other relevant issues which require stricter scrutiny and therefore a narrower margin. Even in the context of emergency and the threat to the life of the nation the differences must not be ignored. The distinction should e.g. consider the different democracy traditions in Member States¹⁵.

There is a strong consensus among the legal scholars that the lack of independent review is the main problem with the ECtHR approach to derogation issues.¹⁶ The Court seemed to be very reluctant to intrude into a delicate political situation despite further evidence that it was not justified to speak about a genuine emergency.¹⁷ The problem is obviously related to the possibility to abuse the system. The critical point is with the circumventing the Convention rules by using the margin of appreciation as a *carte blanche*. This also happened to a certain extent in the

¹⁴ See *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* Dissenting opinion of Judge Makarczyk. "However, I believe that the judgment should very clearly and unequivocally indicate that the Court accepts the derogation only as a strictly temporary measure."

¹⁵ See e.g. Greer 2006 p.247.

¹⁶ See *Harris-O'Boyle* 2009, p. 628. They compare situation to "This degree of scrutiny is hardly different from accepting the parties' own view of the situation".

¹⁷ See *Harris-O'Boyle* 2009, p. 629, See also Application no. 41571/98 by Gary Marshall against the United Kingdom, 10.7.2001. The ECtHR rejected the application questioning the legitimacy of derogation in light of the improved security situation but "notes in this connection that in February 2001 the Government finally withdrew their derogation".

Brannigan and McBride case. The derogation originated from the earlier finding of a violation under Article 5 in the case of Brogan and others (1988)¹⁸.

The ECtHR has been aware of this possibility and in the recent case of *Medvedyev and others v. France* (Application no. 3394/03, 29.3.2010) the ECtHR reiterates that there is no *carte blanche* for investigatory authorities under Article 5 to arrest suspects for questioning, free from effective control by the domestic courts and, ultimately, by the Convention supervisory institutions, whenever they choose to assert that terrorism is involved.¹⁹

3 International legal development in the field of derogation and state of emergency

As mentioned, the Brannigan and McBride case (1993) modernised the doctrines regarding derogation, but it also showed that the global network of human rights had an influence on the approach taken by the ECtHR to derogations. The international development refers to the notion of Article 15 referring to measures that are inconsistent with its “other obligations under international law”. The reliance on international human rights law was necessary for the resolution of the case.²⁰ The doctrinal continuum of comparative approach in derogation cases was emphasised in the *A. and Others v. the United Kingdom* (2009). In that case the Court took into a consideration the ICCPR and also the so-called Siracusa principles.²¹

Criteria for derogation measures in other international treaties provide guidance to the ECtHR. Especially Article 4 of the ICCPR (the UN Covenant on Civil and Political Rights) is essential to the treaty interpretation.²² Article 4 of the ICCPR is similar to the Article 15 of the ECHR. The main departure is that there is a strict non-discrimination clause restricting certain types of discrimination by stating that measures derogating from obligations “do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin”. The article prohibits derogation of Articles 6 (right to life), 7 (prohibition of torture), 8 (prohibition of slavery), 11 (freedom from imprisonment for non-fulfilment of a

¹⁸ See Brannigan and McBride v. the United Kingdom, §§ 30–31.

¹⁹ See Medvedyev and others v. France, § 126.

²⁰ See Magdalena Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press 2010, p. 171.

²¹ See *A. and Others v. the United Kingdom*, §§ 109–111.

²² See Forowicz 2010, p. 170–173.

contractual obligation)²³, 15 (freedom from retroactive criminal offences and punishment), 16 (right to recognition as a person before the law) and 18 (right to freedom of thought, conscience and religion).

The detailed interpretation of Article 4 of the ICCPR is indicated in the General Comment 29 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001) on states of emergency. It elucidates the basic requirements of derogating measures. First of all they must be of an exceptional and temporary nature. Measures should be limited to the extent strictly required by the exigencies of the situation. This is a requirement that has been very flexible in the Strasbourg case-law. This is the area where the case-law does not send the right message. One can concur with judges like Makarczyk, who criticised the chosen line of interpretation and saw that “*it does not contribute to reassure the international community that the Court is doing all that is legally possible for the full applicability of the Convention to be restored as soon as practicable*”.²⁴ The criteria established for the derogation test²⁵ seem to have little or no influence on the actual weighing of the ECtHR.

Another interesting question in the General Comment 29 is the reference to the *Rome Statute of the International Criminal Court* (U.N. Doc. A/CONF.183/9). The Human Rights Committee noted that while assessing the scope of legitimate derogation one criterion is in the definition of certain human rights violations as crimes against humanity. The strong stance against war propaganda, advocacy of national, racial or religious hatred and incitement to discrimination, hostilities and violence is also clearly related to experiences from the Rwanda and Yugoslavia tribunals²⁶. However, the ECtHR case-law has not actively referred to the Rome Statute. The few examples have been related to Article 7 (Freedom from retroactive criminal offences and punishment)²⁷ and Article 4 of the Protocol No 7 (ne bis in idem, freedom from double jeopardy)²⁸.

²³ See Article 1 of Protocol No.4 of the ECHR.

²⁴ See *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* (1993), Dissenting opinion of Judge Makarczyk.

²⁵ See *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, § 43.

²⁶ See Case No. ICTR-99-52-A, *The Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze, a.k.a the Media case*, Appeals Chamber judgement 28.11. 2007. http://www.unictr.org/Portals/0/Case/English/Nahimana/decisions/071128_judgement.pdf.

²⁷ See *Korbely v. Hungary* (2008) and *Scoppola v. Italy (No.2)* (2009) § 105–106. The Court found in *Scoppola* (§ 106) referring to the Rome Statute and the case-law of the ICTY (*Dragan Nikolic case* (4 February 2005, no. IT-94-2-A)) that “a consensus has gradually emerged in Europe and internationally around the view that application of a criminal law providing for a more lenient penalty, even one enacted after the commission of the offence, has become a fundamental principle of criminal law”.

²⁸ See *Sergey Zolotukhyn v. Russia* (2009).

The ECtHR also referred to a soft-law instrument while identifying the exact content of the derogation test. The so-called Siracusa principles were established to determine principles on the limitation on derogation provisions in the UN Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).²⁹ According to these principles the derogation from obligations can take place only when faced with a situation of exceptional and actual or imminent danger which threatens the life of the nation. The Siracusa principles also refer to the principle of strict necessity which shall be applied in an objective manner. Each measure shall be directed to an actual, clear, present, or imminent danger and may not be imposed merely because of an apprehension of potential danger. The role of these principles in the argumentation is not transparent. However, reading between the lines of the judgment the Siracusa principles provide support for the necessity test later applied by the ECtHR³⁰.

Overall, it seems that the interpretations which would overrule the wide margin approach need extra convincing arguments from various sources. In order to go beyond the Siracusa principles or General Comment 29, one has to look towards national participants of global human rights network. This is true in particular concerning the global war on terror and contesting the measures taken by security authorities. The traditional obligations under international law say nothing on the issues and therefore the dynamism for the discourse is developed by national courts and human rights network including NGOs at the Member States. The significant development occurred, for example, when the House of Lords found (16.12.2004) a violation of Article 14 (non-discrimination) during the national legal process in the *A and others* case. It is almost certain that without this finding the ECtHR would not have reached a unanimous decision. The national institutional support made it a straightforward case for the ECtHR to agree with the national judges that the derogation measures were disproportionate and that they discriminated unjustifiably between nationals and non-nationals.³¹

²⁹ See *A. and Others v. the United Kingdom* (2009) § 109. In spring 1984, a group of 31 experts in international law, convened by the International Commission of Jurists, the International Association of Penal Law, the American Association for the International Commission of Jurists, the Urban Morgan Institute for Human Rights and the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences, met in Siracusa, Italy resulting in the “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights.”

³⁰ See *A. and others v. the United Kingdom*, see e.g. § 185–186, where the argumentation is related to the distinction made between nationals and non-nationals.

³¹ See § 190.

The key question surfacing in the *A and others* and subsequent cases is whether the use of executive powers can be controlled under relatively flexible terrorism legislation. What is especially interesting in this regard is the ECtHR's open discourse over the critics of judge-made law (or juristocracy) and the use of margin of appreciation doctrine. In the *A and others* case, the Court focuses on the issue of domestic balance of powers and separation of power. If at the national level the security authorities and the military also have a free hand, there is no one to prevent the abuse of powers. Therefore the ECtHR makes an important reference to the possibility of taking guidance from the margin of appreciation doctrine in the context of domestic power balance. Margin of appreciation is "a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs of State at the domestic level". The Court points out that proportionality is ultimately a judicial decision when contemplating at the context of freedom of liberty. The Court also noted that there is nothing to imply that in its balancing inadequate weight was given to the views of the executive or of Parliament.³²

The ECtHR is clearly aware of the potential dangers in the terrorism legislation, especially the lack of adequate legal safeguards. In another recent case *Gillan and Quinton v. the United Kingdom* (2010) the ECtHR had to consider measures combating terrorism and also question the discretion left to executive authorities under Article 8 (Right to private life and correspondence). Under the UK terrorism legislation (The Terrorism Act 2001) one of the main considerations is the use of new powers granting broad discretion to police officers. The discriminatory use of powers is a very real consideration according to several judges and this is also supported by the statistics. The Court found that there was a violation of Article 8 and focused especially on the "according to the law" criteria. The argumentation concentrated on the issue of potential misuse of power. The Court considered "that the powers of authorisation and confirmation as well as those of stop and search under sections 44 and 45 of the 2000 Act are neither sufficiently circumscribed nor subject to adequate legal safeguards against abuse."³³

This development reiterates the relevance of the argument made by NGOs and judges in Brannigan and McBride. The ECtHR's judgments are important in creating standards for conflict situations, not just in Europe, but also globally. There is a danger that under cover of derogation human rights violations are perpetrated worldwide. It is also possible that under the strong popular support for counter

³² *A. and others v. the United Kingdom* (19.2.2009), § 184.

³³ See *Gillan and Quinton v. the United Kingdom* (2010), § 87.

terrorism measures, there is even no need to use Article 15. The interpretative line could become generally flexible when reviewing measures preventing terrorism and allowing national authorities wide margin of appreciation. The European governments' support for the global fight against terrorism has not been sufficiently examined under the European human rights system. Some cases are now admissible and the ECtHR investigates e.g. the merits of applications related to the detention of three applicants in a "supermax" detention facility, ADX Florence, Colorado in the USA.³⁴

4 Relationship between international humanitarian law (IHL) and the European Court of Human Rights

Magdalena Forowicz in her monograph discusses at length on the special approach made by the European Court of Human Rights on issues related to the armed conflicts. It is typical for the Court not to refer to basic norms of international humanitarian law. There are a few examples of references to Geneva Conventions, but it is not considered to be *lex specialis*.³⁵

The Court has referred to the Geneva Convention on Prisoners of War. This happened e.g. in the case of Engel and others (1978).³⁶ In the case of Markovic and others v. Italy (2006), the Court made it clear that it was not willing to interpret the additional protocol of the Geneva Conventions (1977). The Court did not see any conflict with the additional protocol.

1. Although it is not its role to express any view on the applicability of the 1977 Protocol or the London Convention, the Court notes that the Court of Cassation's comments on the international conventions do not appear to contain any errors of interpretation. There are two reasons for this: firstly, the statement that the 1977 Protocol regulates relations between States is true; secondly, the applicants relied on paragraph 5 of Article VIII of the London Convention, which concerns acts "...causing damage in the territory of the receiving State to third parties..." (see paragraph 31 above), whereas the applicants' damage was sustained in Serbia, not Italy.

³⁴ Partly admissible 6.7.2010, Application nos. 24027/07, 11949/08 and 36742/08 by Babar Ahmad, Haroon Rashid Aswat, Syed Tahla Ahsan and Mustafa Kamal Mustafa (Abu Hamza) against the United Kingdom.

³⁵ Forowicz, p. 313 pp.

³⁶ See Engel and others, § 72.

Some commentators have been critical of the Court's interpretation, considering it obsolete. Forowicz notes that international humanitarian law does not only regulate relations between states. Thus the applicability interpretation with regard to states is questionable.³⁷ Most recently the Court has referred to the Geneva Convention as a basis of its argumentation in the case of *Korbely v. Hungary* (2008). The events took place in the town of Tata on 26 October 1956.

The Court notes that it is widely accepted in international legal opinion that in order to produce legal effects such as the protection of common Article 3, any intention to surrender in circumstances such as those in issue in the present case needs to be signalled in a clear and unequivocal way, namely by laying down arms and raising hands or at the very least by raising hands only (cf., for example, the Commentaries on Additional Protocol I to the Geneva Conventions, published by the International Committee of the Red Cross – see paragraph 50 above; the proposed Rule 47 of the ICRC's study on customary international humanitarian law (2005) – see paragraph 51 above; and the UN Secretary-General's report on respect for human rights in armed conflict, UN Doc. A8052, 18 September 1970, § 107). For the Court, it is reasonable to assume that the same principles were valid in 1956.

The *Korbely* case can be considered as a part of a continuum of cases originating under the Communist regimes in Central-Eastern Europe. In Germany the famous case was the *Streletz, Kessler and Krenz* (nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ECHR 2001-II), it was about ordering the killing of those escaping to Western Germany. More recently the ECtHR considered events occurring in 1944 in the case of *Kononov v. Latvia*.

In cases like *Kononov v. Latvia*, the Court has taken a straightforward comparative approach on war crimes. The harmonizing view over the international law development means not just referring to the Nuremberg and Tokyo principles, but also to more recent developments like the 1968 United Nations Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity (General Assembly resolution 2391 (XXIII) of 26 November 1968) and the European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes (“the 1974 Convention”, CETS No. 82) and the 1949 Geneva Conventions. However, some judges have been critical of the line of interpretation taken by the Court and noted that the interpretation is not as clear as it should be and can lead to erroneous conclusions.³⁸ The one obvi-

³⁷ See *Markovic and Others* § 109 and Forowicz, p. 341.

³⁸ See e.g. *Kononov* case and Joint Concurring Opinion of Judge Rozakis, Tulkens, Spielmann and Jebens.

ous result of examining the former war crimes under the ECHR, is the politicization of human rights law. The case of *Kononov v. Latvia* (17.5.2010) is among the most controversial judgments. It has to be remembered that the Chamber judgment was overturned by the Grand Chamber. The Chamber considered that the applicant's rights had been violated under Article 7, because it would be contrary to the principle of foreseeability inherent in Article 7 of the Convention to punish the applicant for those offences almost half a century after the expiry of the limitation period.

The relationship between humanitarian law and human rights has to be accessed in a new light. Certain questions considered to be exclusively in the province of humanitarian law are now dealt with by the ECtHR.³⁹ There are questions that can be better addressed under human rights treaty argumentation rather than humanitarian law, which is very strictly applied in specific type of armed conflicts. This provides a possibility to avoid those difficulties that are inherent in adapting international humanitarian law to new types of military conflict.

5 Possibilities to promote the rights of a conflict victim through the ECtHR

The armed conflicts relevant to the Strasbourg Court are not only those dealt under Article 15; the ECtHR has established the necessary international human rights norms for circumstances that are often officially unacknowledged. According to William Abresch, the ECtHR has the potential to induce greater compliance, because it applies the same rules to the fight against common criminals as to the fights against rebels, insurgents and liberation movements.⁴⁰ The ECtHR has also extended its review to failures to investigate war-time atrocities including a recent decision to declare admissible two complaints against Russia in the 1940 Katyn massacre investigations.⁴¹ This shows that war crimes investigations are taken seriously in the case-law.

William Abresch notes that the ECtHR has developed a vigorous jurisprudence on the planning and execution of military operations in internal conflicts. The rules it has "promulgated largely track those that humanitarian law provides for

³⁹ See William Abresch, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*. *The European Journal of International Law* Vol 16, No 4 EJIL 2005, p 741–751.

⁴⁰ Abresch 2005, p.757.

⁴¹ See *Janowiec and Others v. Russia* (applications 55508/07 & 29520/09) 15.7.2011.

international conflicts.”⁴² It seems to be relevant argumentation that the current conflicts could be better protected through traditional human rights treaties rather than humanitarian norms. It is of course the parallel trend that we have been witnessing with new impetus in the International Criminal Courts and in prosecuting those committing war crimes. The human rights approach takes the view that it is ultimately the Member State which is responsible for actions taken by individual commanders and soldiers. In the International Criminal Courts the victim’s status is traditionally weak.

In the cases related to Chechnya, there are several general principles that have been provided to form a test in use of force situations. For example, in *Isayeva, Yusupova and Bayazeva v. Russia* (24 February 2005), the Court emphasises that the wording “absolutely necessary” indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed than that normally applicable when determining whether a limitation is necessary in a democratic society. The force used must be strictly proportionate to the achievement of the permitted aims.⁴³ The practical problems that led to the finding of a violation in launching 12 S-24 non guided air-to-ground missiles was conducted near the village. According to the ECtHR this operation was not planned and executed with requisite care for the lives of the civilian population.⁴⁴

The Court has approached armed conflicts using case-law concerning police operations and the use of force. The key-case of the continuum is *McCann and others v. the United Kingdom* (1995). The suspected terrorists were killed in Gibraltar by SAS soldiers. The ECtHR noted that under Article 2 the Court must, in making its assessment, take into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administer the force but also all the surrounding circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination⁴⁵. The ECtHR was not persuaded by its findings and considered that the measures were not absolutely necessary. A decision had been taken not to prevent the suspects from travelling to Gibraltar, the authorities had failed to make sufficient allowances for the possibility that their intelligence assessments might, in some respects at least, be erroneous and there was automatic recourse to lethal force when the soldiers opened fire.⁴⁶ This detailed analysis is relevant to all other measures using violence against people in any situation.

⁴² Abresch 2005, p. 762.

⁴³ See *Isayeva, Yusupova and Bayazeva v. Russia* (24 February 2005), § 169.

⁴⁴ See *Isayeva, Yusupova and Bayazeva v. Russia*, § 199.

⁴⁵ See *McCann and others v. the United Kingdom* (1995), § 150.

⁴⁶ See *McCann and others v. the United Kingdom*, § 213.

Laurence R. Helfer has introduced into the European human rights law discourse the embeddedness from political research.⁴⁷ Helfer does not focus on direct embeddedness but rather finds the possibilities with diffuse embeddedness. Diffuse embeddedness requires the skillful use of persuasion to realign the interests and incentives of decision-makers in favour of compliance with the tribunals' judgments. Diffuse embeddedness provides the ECtHR with numerous opportunities to influence the decision-making of judges, legislators and executive-officials. Embedding the regional human rights regime in national legal systems protects a greater number of individuals in a more expeditious fashion.⁴⁸

His main argument is also relevant in the context of military conflicts. It is the absence or inadequacy of domestic mechanisms for remedying Convention violations at home that justifies the expanding of the ECtHR's review powers.⁴⁹ One of the fields where the national protection system or the international humanitarian system does not provide required contribution is the law on internal conflicts.

On the other hand, the case-law in relation to Chechnya and Turkey elucidate the most serious threat to the integrity of the system. There are numerous cases in which the ECtHR has had to take the role of the court of fourth instance. It is related to the inadequacy of investigatory measures and mistrust of applicants towards local authorities. It is cases like *Tanis and others* (2005) where the embeddedness theory of Helfer seems to be in total contrast with the reality of local circumstances. The ECtHR standards are not complied with at the practice level. The answer to this compliance problem is that the burden of proof is shifted to the respondent government. The onus is on the government to provide a plausible explanation as to what happened and to show that a certain event did not occur.⁵⁰

6 Extra-territorial aspects of human rights protection and conflicts: An Excursion to the War in Iraq

All the major European conflicts in recent years have also been dealt with in front of the ECtHR. There are a couple inter-state complaints (Cyprus v. Turkey, Ire-

⁴⁷ See Laurence R. Helfer, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*. *The European Journal of International Law*. Vol 19, No. 1. 2008, 125–159.

⁴⁸ See Helfer 2008, p. 135.

⁴⁹ See Helfer 2008, p. 159.

⁵⁰ See *Tanis and Others v. Turkey* (2005) § 160, *Imakeyeva v. Russia* (9.11.2006), § 115 and *Khadzhaliyev and Others v. Russia* (6.11.2008), § 80.

land v. the United Kingdom), but most of the decisions taken by the Court have been initiated through individual complaint procedure (e.g. *Loizidou v. Turkey* (1995), *McCann and others v. the United Kingdom* (1995) *Kurt v. Turkey* (1998); *Bankovic and others v. 17 NATO countries* (2001); *Ilascu and others v. Moldova and Russia* (2004); *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia* (2005); *Markovic and others v. Italy* (2006); *Medvedyev and others v. France* (2010); *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (2010).

Many of these cases have been establishing some kind of basic rules on military actions within the jurisdiction of the ECHR. The new forms of conflicts in Europe have also brought into consideration the issue of the extra-territorial jurisdiction of the ECtHR states. A State may be held accountable for violations of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State which does not necessarily fall within the legal space of the Contracting States, but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State. The case of *Bankovic and others v. 17 NATO countries* is typical of the era after the end of the Cold War. During the conflict over Kosovo the NATO forces bombed a Serbian television station killing several people. The countries involved in the measures against the Former Republic of Yugoslavia did not make a derogation pursuant to Article 15 of the Convention. The same events were also relevant in the case of *Markovic and others v. Italy* (2006).

However, at the same the Court has also had to deal with an increasing number of cases related to circumstances taken place outside the geographical scope of the Council of Europe. In the aftermath of the occupation of Iraq, the Court declared inadmissible a complaint brought by Saddam Hussein against 21 countries (Appl. no. 23276/04, 14.3.2006). The Court found it could not be established that there was or is any jurisdictional link between the applicant and the States in question or therefore that the applicant was capable of falling within the jurisdiction of those States within the meaning of Article 1 of the Convention. The question that received a negative answer in the Saddam Hussein case was resolved in favour of the applicant, for instance, in two other high profile cases of *Öcalan v. Turkey* (2005)⁵¹ and *Illich Sanchez Ramirez v. France* (no. 28780/95, Commission admissibility decision, 24.6.1996)⁵². According to the ECtHR, the responsibility of the European governments extends beyond European borders.

⁵¹ The applicant was Mr. Abdullah Öcalan, the leader of the Workers' Party of Kurdistan ("the PKK"). He was arrested by Turkish officials in Kenya.

⁵² The applicant was a terrorist known as Carlos. He was taken from Khartoum (Sudan) to the custody of the French Intelligence Service. See also the subsequent case of *Ramirez Sanchez*

Regarding on-going military operations, the ECtHR has considered several applications related to the occupation of Iraq and the use of force against civilians under the UK forces and co-operation with Iraqi government forces. The first case was *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (no. 61498/08) 2 March 2010. The Court found in its 30 July 2009 decision on the admissibility of the applicants' complaints that the UK authorities had had total and exclusive control over the detention facilities in which the applicants were held, first through the exercise of military force and then by law. The Court found that the applicants had been within the UK's jurisdiction and had remained so until their physical transfer to the custody of the Iraqi authorities on 31 December 2008. The Court found a violation of Articles 3, 13 and 34 of the Convention. The Court referred to substantial grounds for believing there to be a real risk of the applicants' being condemned to the death penalty and executed. The Iraqi authorities gave no binding assurance that they would not execute the applicants. The death penalty had been reintroduced in Iraq in August 2004. The applicants had been subjected to a well-founded fear of execution, giving rise to a significant degree of mental suffering, which must have intensified and continued from the date they were physically transferred into Iraqi custody.

The ECtHR made two recent judgments in July 2011 related to the responsibilities of the British government in Iraq. These were *Al-Skeini and Others v. the UK* and *Al-Jedda v. the UK* (7.7.2011). These two cases concern the killing and detention of Iraqi civilians by the UK armed forces in Southern Iraq and raise issues of extra-territorial jurisdiction. In the *Al-Jedda* case, the ECtHR confirmed that the internment took place within a detention facility in Basrah City, controlled exclusively by British forces, and the applicant was therefore within the authority and control of the United Kingdom throughout and therefore the case fell within the jurisdiction of the Court under Article 1 of the Convention⁵³. A violation was found of Article 5.1 of the Convention. In the *Al-Skeini and Others* case, the ECtHR referred to the obligation to investigate killings which resulted from Articles 1 and 2.

“The obligation to protect the right to life under this provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention”, requires by implication that there should be some

v. France (App. 59450/00, 4.7.2006, GC). In that case the ECtHR found a violation of Article 13 of the Convention and no violation of Article 3 of the Convention.

⁵³ *Al-Jedda v. the United Kingdom*, 7 July 2011, § 85–86.

form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, *inter alios*, agents of the State.”⁵⁴

One of the developments related to international crises that could be causing concerns over the future of human rights protection is the increasing number of private contractors. The ECtHR has jurisdiction on issues that are based on those working under the public authorities. The concern is related to the number of private security companies or security contractors that are actually performing the tasks of government. This is especially true in Iraq and Afghanistan. Even in the United States there are concerns “whether the legal framework is adequate to hold contractors accountable under U.S. law for any abuses or other transgressions they may commit”.⁵⁵

The liability of Contracting States for the acts of private persons has led systematically to finding applications to be incompatible *ratione personae*. However, the State’s responsibility may be engaged under the Convention as a result of its authorities’ acquiescence or connivance in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction (*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], § 318). In the *Ilaşcu* case the Court referred especially to the acts of self-proclaimed authorities which are not recognised by the international community. It is important that this interpretation is taken into account, also including private contractors under the responsibility of the Member States using them. This is highly relevant in light of the current practice in Iraq.

7 Conclusions

There is a clear potential with the ECtHR case-law that also can be applied in the field of military conflicts whether internal or international. The inclusion of human rights atrocities in the everyday life of the Strasbourg Court has happened especially in the last two decades. This goes within the enlargement of the European human rights community, but also within the campaign against terrorism.

However, there are also other global trends that have made this development logical. International humanitarian law has focused on war crimes and international criminal courts first on the regional level (Rwanda and Former-Yugoslavia Tribu-

⁵⁴ See *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, 7 July 2011, § 163.

⁵⁵ On legal issues see the Congress Research Service, Jennifer K. Elsea, *Private Security Contractors in Iraq and Afghanistan: Legal Issues* in http://assets.opencrs.com/rpts/R40991_20100107.pdf.

nals) and then via the International Criminal Court. However, these courts do not provide answers to European victims. The mission of the International Criminal Court in the Hague is still in its early stages and its jurisdiction is restricted. These courts do not compete in the same arena as the ECtHR, but they do, of course, contribute to each other's interpretation as participants in the global human rights network.

How can the ECtHR make the best contribution to the international protection system? It has a vast number of cases to do with police and security authorities and focusing on the responsibility of the national courts supervising these organs. Therefore it is logical that the major contribution is bringing the traditional tests used in examining executive authorities, especially police and security forces, and applying the same criteria to the emergency situation. The ECtHR has required that planning operations must be done carefully, knowing who is responsible for decision-making and using force according to the principle of proportionality. The basic idea is to make safeguards against the abuse of rights of individuals. This same objective is essential regarding any use of force.

The danger in the ECtHR's case-law is related to the *carte blanche* of derogation. It is easy to concur with those seeing derogation measures threatening the integrity of the European human rights system. The wide margin of appreciation test used by the ECtHR in these cases can lead to circumventing the treaty obligations. However, at the moment the use of this provision has been infrequent despite recent military conflicts on the European continent.

The case-law of the ECtHR follows the same doctrinal development as in other fields of treaty obligations. We can refer to a number of cases where a comparative approach is applied using the global human rights network as a necessary tool to keep the case-law dynamic. It is especially in the modern conflicts that we need all possible interpretative tools to protect individuals from human rights violations. There are certain special features that have to be taken into account in conflict situations and emergencies, but at the same time the basic tests like the proportionality test are also present in the time of conflicts. Therefore the Convention and the ECtHR's case-law can make a major contribution. The diffuse embeddedness described by Helfer affords numerous opportunities to influence the decision-making of judges, legislators and executive officials.

The ECtHR is relatively weak to operate on its own or even with the support of the UN human rights system. The co-operation with activist national courts like the House of Lords and strong NGOs (Amnesty International, Liberty) means that there are possibilities to turn the prevailing trend of a wide margin into a more developed version of the ECtHR review of the national authorities and their ac-

tion under the cover of derogation. The ECtHR as a bastion of human rights needs strong support from the international human rights network and there has to be interaction and co-operation with national mechanisms.

Finally, it is also important to recognise that even military operations outside the territorial scope of Europe may be included in the ECtHR's jurisdiction. The Iraq excursion draws attention to two major questions. It is especially important that handing over detainees to other countries with questionable human rights records may ultimately lead to a finding of a violation of the Convention. The responsibility to investigate killings and review detainment before the courts is also applicable to the Iraq situation. Secondly, possible abuses and other transgressions related to the use of private contractors is another pressing issue that should be acknowledged by European governments. They cannot escape their human rights responsibility by outsourcing their military activities.

The uncomfortable zones of judicial reasoning refer to the various issues that are difficult for judges and courts to decide. Emergencies and conflicts are always highly politicised. The concerns over the politicisation of human rights law may lead to the erroneous conclusion that the Court has been too active and exceeded the limits of its role as a judicial organ. There is no foundation for a dangerous suggestion presented in the UK discourse that there should be a democratic override against the ECtHR judgments.⁵⁶ These views are based on misunderstanding over the judicial activism applied by the Strasbourg Court. The ECtHR does not exceed its judicial policy constraints when the State ensures its treaty obligations. The activism is always caused by the failures of domestic authorities to play their part. Restoring the good faith presumption of European States in the field of human rights seems to be a mission impossible. Achieving this challenging objective requires that those who fall short in their human rights obligations are under vigorous pressure and criticism, also from academia.

⁵⁶ See the UK Commission on a Bill of Rights Letter to Ministers 28 July 2011. <http://www.justice.gov.uk/downloads/about/cbr/cbr-court-reform-chairs-letter.pdf>.

MUTKIA METODISSA?

Monitieteisyyden haaste oikeustieteelle: neljä käytännön ongelmaa

Niina Mäntylä, HTT
Tutkijatohtori, Vaasan yliopisto

Monitieteisyys ei itsessään sellaisenaan ole tutkimusmetodi, mutta sillä on tekemistä metodinvalinnan kanssa. Wikipedia kertoo monitieteisyyden tarkoittavan tieteen yhdentymiskehitystä, samalla monitieteisyys voi tarkoittaa siten myös uusien tieteenalojen syntymistä. Wikipedian mukaan *tutkimuskohde* on oleellinen tekijä, kun monitieteisyyttä määritellään.¹ Useaa tiedettä hyödyntävästä tutkimusotteesta voidaan käsitteellisesti tehdä kuitenkin hienosyisempikin analyysi. Pakkasvirta ja Pirttijärvi erottavat monitieteisyyden, tieteiden välisyyden ja poikkitieteellisyyden. *Monitieteisyys* määritellään heidän kirjoituksissaan ”ryhmätyöksi”, jossa on yksi yhteinen pääongelma, ja kukin tieteenharjoittaja erikseen tuo sen selvittämiseen oman osaamisensa. Tieteiden integroituminen tapahtuu vasta loppuraportin tasolla.² Oikeustieteellisillekin kirjoittajille tämä on tuttua: kootaan kokoomateos tietystä aiheesta ja kukin kirjoittaa siihen oman artikkelinsa.

Pakkasvirta ja Pirttijärvi määrittelevät *tieteidenvälisyyden* siten, että tutkimuksellinen integraatio toteutuu jo analyysin muotoutumisessa ja sisällössä prosessin kuluessa. Tieteiden väliset rajat hämärtyvät, mutta eivät katoa. Prosessissa hyödynnetään eri tieteiden tiedon lisäksi myös usean tieteenalan käsitteitä, näkökulmia, teorioita ja menetelmiä. *Poikkitieteellisyys* puolestaan on heidän mukaansa tieteellisen yhteistyön syvin muoto: siinä jo tutkimuksen lähtökohta on monitieteinen, ei pelkästään loppuraportti. Kirjoittajat korostavat, että tätä lähestymistapaa toteuttamaan tarvitaan kokeneita tutkijoita – vasta oman alansa metodeita harjoitteleva perustutkinto-opiskelija ei ole potentiaalisin tämän lähestymistavan käyttäjä.³ Poikkitieteisessä kysymyksenasettelussa oleellista on huomata, että perinteinen tieteiden erottelu ei määrittele tutkimusongelmaa. Itse sanoisin, että tutkimuskohde määrittää tässä lähestymistavan, eikä toisinpäin. *Käytän itse tässä*

¹ <http://fi.wikipedia.org/wiki/Monitieteisyys>.

² Pakkasvirta & Pirttijärvi 2003: määritelmiä.

³ Pakkasvirta & Pirttijärvi 2003: määritelmiä. Käsitteistö ei ole täysin vakiintunut. Ks. hieman erilainen määritelmä esim. Aram 2004: 382–383.

kirjoituksessa monitieteisyyden käsitettä kattamaan kaikki edellä mainitut lähestymistavat, ikään kuin yläkäsitteenä. Näkökulma tässä kirjoituksessa on myös korostetusti kansallinen, sillä suurimmat monitieteisyyden ongelmat ilmenevät oikeuden osalta juuri tässä kontekstissa.

Laajemmin tämä keskustelu voitaisiin liittää esimerkiksi postmodernin ja modernin tieteen (tai tiedon) tyyppiin, jonka Drugus on viime vuosina tuonut esille. Tällöin segmentoituminen ja tätä kautta esimerkiksi kansallisuus nähdään yhtenä modernin aikakauden tyyppiin. Tieteiden rajat ylittävä tieto ja tietty globaalinen yhteisyys taas liittyy postmoderniin aikakauteen.⁴ Oikeustieteeseen tieteenä ei kuitenkaan voi olla vaikuttamatta se, että huolimatta vahvistuvista kansainvälisistä ja eurooppaoikeudellisista vaikutteista, kansallisilla järjestelmillä on oikeustieteessä edelleen oma roolinsa.

1 Oikeudenalat ja monitieteisyys

Toiset oikeudenalat – tai niiden osat – törmäävät monitieteisyyteen useammin kuin toiset. *Liisa Nieminen toteaa* valtiosääntöoikeudesta, ettei siinä aina voida omaksua tuomarin näkökulmaa, koska osa valtiosääntönormeista on sellaisia, että niiden tulkinnasta ei päätetä tuomioistuimissa. Esimerkiksi tasavallan presidentin valtaoikeuksia koskevien perustuslain säännösten sisältö voi vaihdella poliittisen tilanteen tai presidentin persoonan mukaan.⁵ Näistä oikeustiede ei tuota tietoa, vaikka itse ongelma kuulostaa varsin oikeudelliselta. Samoin helposti esimerkiksi ”monitieteellisyydelle herkkinä aloina” tulevat mieleen vaikkapa ympäristöoikeus tai rikosoikeudesta talousrikokset. Rikosoikeudessa yleisemminkin ”reaalimaailman” tietoon suhtaudutaan Ervastin huomion mukaan monia muita oikeudenaloja hyväksyvämmiin⁶. Kriminologian asema ja tarve on tunnustettu.

Tapio Määttä on tarkastellut erityisesti ympäristöoikeuden monitieteisyysskysymyksiä ja nostaa esille sen, että sääntely rakentuu tällä oikeudenalalla ekologisen käsitteistön varaan⁷. Esimerkkejä ympäristösääntelyn ekologisista käsitteistä onkin helppo löytää – vaikkapa *biodiversiteetin* tai *luontaisen elinympäristön* sisältö ei löydy oikeustieteellisin keinoin. Määttä pitää monitieteisyyttä luontevana ja

⁴ Drugus 2009: 7.

⁵ Nieminen 2006: 423.

⁶ Ervasti 1998: 368.

⁷ Määttä 2004: 1097. Tällaisia esimerkkejä oikeuden ulkopuolisista käsitteistä sääntelyn keskeisenä sisältönä on helppo löytää muiltakin oikeudenaloilta. Esimerkiksi *lapsen etu* esiintyy lapsioikeudellisessa tarkastelussa usein.

usein välttämättömänä osana ympäristöoikeudellista lainoppia, eli tulkintaa ja systematisointia⁸.

Monitieteisyys voikin kietoutua ”suoraan” osaksi oikeustieteellistä perusmetodia, lainoppia. Monitieteisyys voi myös toimia virikkeenä oikeusdogmaattiselle tutkimukselle. Toisin sanoen tutkimusongelmia ei edes voida löytää, jollei jostain saada esitietoa ongelmista. Tällöin palataan jälleen lainopin tiedonintresseihin. Tieto voi myös johtaa voimassa olevien säännösten kritisointiin, jolloin lainsäädännön muutosehdotukset tekevät tutkimuksesta oikeuspoliittista.

Oikeus on mukana myös sellaisissa tutkimussuuntauksissa, joissa tutkitaan sääntelyn vaikutuksia. Ympäristöoikeudellinen arviointi-, vaikutus- tai ohjauskeino-tutkimus (Määttä käyttämä käsite) tai kriminologia ovat esimerkkejä tällaisesta. Ensin mainitulla on tärkeä yhteys ympäristöpolitiikan ohjauskeinoja koskevaan yhteiskuntatieteelliseen ympäristötutkimukseen, kriminologiankin tutkimuskohde on yhteiskunnallinen ilmiö, tiedonhankintamenetelmät yleensä empiirisiä.⁹ Monitieteisyyden läsnäolo jollain oikeudenalalla voi siis johtaa myös eri metodeihin.

Monitieteistä, mutta silti oikeudellista tutkimusta voidaan tehdä myös ilman liitääntä oikeusdogmaattiseen tutkimukseen. Empiiristä oikeustutkimusta esitelllessään *Kaius Ervasti* mainitsee, että osa tutkimuksista toimii hyvin kaukanakin perinteisen oikeustieteen traditiosta ja maailmankuvasta¹⁰. Hydén puolestaan on huomionnut oikeussosiologian ja oikeusdogmatiikan suhdetta eritellessään, että ne voivat täydentää toisiaan tai toisaalta myös kilpailla keskenään¹¹. Kilpailu tullee kysymykseen mielestäni tosin lähinnä vain, jos oikeusdogmatiikka ymmärretään perinteisen puhtaana lainoppina. Modernimpi/kriittisempi lainoppi huomioinee myös oikeuden ulkopuolisia tekijöitä, vaikka näkökulma säilyykin sisäisenä. Hydénin ajatus oli, että oikeussosiologia haastaa lainopin (jossa oikeus määrää soveltamisen) tuomalla esille mahdolliset oikeuden ulkopuoliset tekijät, jotka määräävät soveltamisen yksittäistapauksissa.

⁸ Määttä 2004: 1098.

⁹ Ks. Määttä 2004: 1098.

¹⁰ Ervasti 2003: 48.

¹¹ Hydén 1997:112. Husa erittelee tarkemmin empiirisen tutkimuksen asemaa oikeustieteessä. Historiassa on esiintynyt näkemyksiä, joiden mukaan empiirinen tutkimusote ei ole oikeustietettä (esim. Kastari), empiirinen tutkimusote on oikeustieteen osa-alue, mutta se ei ole metodi, joka liittyy oikeusdogmatiikkaan (esim. Aarnio, Makkonen), empiirinen tutkimusote on oikeusdogmaattista metodia täydentävä menetelmä, joka ei korvaa perinteistä menetelmää (esim. Niemivuo, Klami) ja empiirinen tutkimusote on ainoa menetelmä, jonka avulla voidaan lausua jotain tieteellisesti ”voimassaolevasta oikeudesta” (esim. Riepula, Kivivuori). Husa 1995: 129.

Muun muassa edellä esitetty sääntelyn vaikutusten tutkiminen on kaikille oikeudenaloille tarpeellista. Sen sijaan erityisiin monitieteisyydestä johtuviin teoreettisiin kysymyksenasetteluihin ajaututaan niillä oikeudenaloilla tai oikeudenalojen osa-alueilla, joissa monitieteisyys vaikuttaa oikeudelliseen argumentaatioon ja ratkaisuteoriaan erityisen voimakkaasti. Yleiset opit nousevat tällöin keskusteluun, mikä aiheuttaa sen, että tarkastelua on kyettävä suhteuttamaan laajemmin kaikkien oikeudenalojen yleisiin oppeihin. Yhteydet oikeusteoriaan on tällöin myös avattava. Käytännössä tämä näyttää tarkoittavan sitä, että monitieteisyys ei tuota vain yhteyksiä muihin tieteenaloihin, vaan avaa keskustelua parhaimmillaan myös eri oikeudenalojen välillä. Määttä kuvaa ilmiötä ympäristöoikeuden piirissä *yhteyshakuisen ympäristöoikeuden* käsitteellä¹². Tällaisen tiedon käyttäjinä toimivat oikeusyhteisön jäsenet.

2 Ongelma 1: traditio

Monitieteisyys voi tulla siis mukaan oikeustieteeseen edellä esitetyn tavoin niin, että *oikeudenalan luonne* johtaa siihen. Toinen tilanne on silloin, kun *tutkimusongelma valitaan ongelmakeskeisesti* ja tarvittavat tieteenalat ja metodit seuraavat vain tutkimusongelmaa. Mikä on tällöin minimivaatimus, että tutkimus on oikeustieteellistä? Keskeiseksi seikaksi nousee se, että tutkija ainakin jossain määrin sitoutuu oikeustieteellisessä tutkimuksessa oikeuslähteisiin.¹³ Tämän rinnalla monitieteisessä tutkimuksessa on muuta aineistoa, mahdollisesti erilainen auditorio kuin perinteisessä oikeustieteellisessä tutkimuksessa, samoin tutkimusryhmän kokoonpano ja/tai yksilön valmiudet poikkeavat perinteisestä.

Oikeustieteessä on omat syynsä, miksi monitieteisyys on tälle tieteenalalle erityisen vaikea lähtökohta. Metodeja koskeva kysymys kietoutuu helposti yhteen sen kysymyksen kanssa, mikä on oikeustieteen tehtävä ja yhteiskunnallinen merkitys. *Sein ja sollen -jako* ja Kelsenin *puhdas oikeusoppi* sekä keskustelut oikeuden aputieteistä vaikuttavat yhä metodikysymysten taustalla.¹⁴ Tässä kirjoituksessa ei ole tarkoitus jatkaa keskustelua näistä teoreettisista lähtökohdista, vaan yritänkin tässä erityisesti tuoda esille mitä *käytännön ongelmia* monitieteisyyteen liittyy. On kuitenkin hyvä tiedostaa, että oikeustieteen vanhat traditiot kummittelevat taustalla ja heijastuvat käytännön ongelmina.

¹² Määttä 2004: 1100–1103 ja Määttä 2000: 335.

¹³ Ks. Määttä 2000: 336 ja 351.

¹⁴ Ks. Aarnio 1993: 698, Jyränki 1996: 41–48 ja Ervasti 1998: 364 sekä 2000: 582–583. Erityisesti julkisoikeudellisen tutkimuksen historiasta ks. Husa 1995: 28–7.

Joka tapauksessa ongelmalähtöisyys lienee tulevaisuuden tutkimuksen kehityssuunta. Oikeustiedekään kun ei voi välttyä yhteiskuntakehitykseltä, jossa tutkimuksen kohteet muuttuvat yhä moniulotteisemmiksi. Esimerkiksi joustavat normit ja puitelait ovat tätä päivää – modernia oikeutta, eikä oikeusdogmatiikalla välttämättä löydy riittäviä vastauksia näiden sisällöstä¹⁵. Oikeuden käyttäjäryhmät ovat myös monipuolistuneet. Lapsiin tai maahanmuuttajiin liittyviä oikeudellisia kysymyksiä ja vastauksia ei aina kannata lähteä tutkimaan tuomioistuinratkaisuisista, koska näiden ryhmien asiat harvoin etenevät oikeusprosessiin. Näkökulmatutkimuksessa avuksi voi jossain määrin tosin tulla vaihtoehtoinen lainoppi, mutta uutta metodologista pohjaa tämä ei luo¹⁶. Voiko edes pelkällä oikeustieteellisellä tutkimuksellaan vastata enää moderneihin, yhteiskunnallisesti relevantteihin kysymyksiin?¹⁷ Yksi tutkimusongelman valintakriteerihän kuitenkin on nimenomaan se, että ongelma on yhteiskunnallisesti relevantti.

Empiirisestä oikeustutkimuksesta Ervasti tuo esille, että perinteisesti länsimaissa empiiristä tutkimusta käytettiin erilaisten reformivaatimusten tukena. Köyhien ihmisten vaikeus päästä oikeuksiinsa oli esimerkiksi tällainen teema, josta empiirisen tutkimuksen avulla esitettiin kritiikkiä vallitsevaa järjestelmää kohtaan.¹⁸ Nykyisinkin avoin suppeasta tulkintajuridiikasta irtautuva tutkimusote liittyy muutokseen. Määttä tuo tämän esille yhteyshakuista ympäristöoikeutta määrittäessään, sillä jatkuva oikeuden ympäristönäkökulman suhteuttaminen muihin oikeudenaloihin ja muuhun ympäristötutkimukseen tekee siitä dynaamista¹⁹.

Tulevaisuuden osalta Husa toteaa, että oikeustieteellisen tiedeyhteisön kyky sietää perinteisestä oikeusdogmatiikasta poikkeavaa tutkimusta lienee hieman lisääntynyt. Hän nostaa myös esille EU-oikeuden ja tietotekniikan kehityksen mahdolliset vaikutukset oikeustieteen teoreettis-metodiseen paradigmaan.²⁰

3 Ongelma 2: perustutkinto

Mitä yksittäinen tutkija sitten voi tehdä edistääkseen tieteiden välistä vuorovaikutusta omissa tutkimuksissaan? Pakkasvirta ja Pirttijärvi toteavat, että ”parhaim-

¹⁵ Ks. Hydén 1997: 107–114.

¹⁶ Ks. vaihtoehtoisesta lainopista Husa 1995: 157–159.

¹⁷ Ks. Ervasti 1998: 373 ja Husa 1995: 26, joka toteaa että perinteisen oikeusdogmatiikan ongelmiin voitaisiin ehkä vastata mieltämällä oikeustiede ja oikeusdogmatiikka enemmän yhdeksi yhteiskuntatieteeksi muiden joukossa.

¹⁸ Ervasti 2003: 48.

¹⁹ Määttä 2000: 337.

²⁰ Husa 1995: 132.

millaan yhden tutkijan tekemässä monitieteisessä tutkimusprosessissa on kyse muutaman perinteisen oppiaineen hallitsemisesta siten, että tiedetraditiot kyetään saattamaan uudenlaiseen vuorovaikutukseen²¹.” Jotta ymmärtää ongelmaa useasta eri näkökulmasta, ei riitä, että hallitsee vaikkapa useita metodeita tai löytää oikeaa aineistoa – joskin nämäkin ovat tärkeitä tekijöitä. Tärkeä on myös kysymys siitä, täytyykö tutkijan itse tuottaa tuloksia toiselta tieteenalalta, vai voiko hän vain käyttää jonkun toisen tuloksia ja analysoida niitä oman tutkimusalansa näkökulmasta? Ainakin tutkijan tulee perehtyä toisen tieteenalankin diskurssiin siinä määrin, että hän kykenee erottamaan perusteorian, haastajat ja eri koulukunnat – eli tieteenalansa paradigmat.

Useiden tieteellisten diskurssien hallitseminen on toki haastavaa, varsinkin jos perustutkinnossa on ollut vähäiset mahdollisuudet tutustua muihin tieteenaloihin. Oikeustieteellisissä tiedekunnissakin on kuitenkin viime aikoina kehitetty uusia koulutusohjelmia vastaamaan näihin monipuolistuviin tiedontarpeisiin (esim. Turun yliopisto: Master’s Degree Programme in Law and Information Society”).

Liisa Nieminen osoittaa artikkelissaan, miten monitieteisyys on pikkuhiljaa saanut hiukan jalansijaa oikeustieteiden kandidaatin/maisterin perustutkinnossakin, vaikka tutkinto on edelleen varsin ammattitutkintomainen. Perinteisestä lainopillisesta tuomareiden koulutuksesta tutkinto on edennyt sisältämään myös yhteiskuntatieteellisempää aineista.²² Oman lisänsä oikeustieteellisen koulutuksen kenttään tuovat yksiköt, joista ei valmistu oikeustieteiden maistereita, vaan hallintotieteiden tai kauppatieteiden maistereita jokin oikeustieteellinen suuntaus pääaineenaan. Näissä yksiköissä monitieteiset tutkimusasetelmat voisivat olla varsin luonnollinen valinta, joskin opinnäytteiden suuntaaminen samaiselle oikeustieteelliselle auditoriolle rajoittaa lähestymistapojen valintaa. Arvostuksen janoaminen oikeustieteellisen koulutuksen joukossa näyttää johtavan siihen, että usein näistä yksiköistä tulevat opinnäytteet ovatkin nykyisin lähestymistavoiltaan edustamassa sitä kaikkein puhtainta lainoppia²³.

²¹ Pakkasvirta & Pirttijärvi 2003: määritelmiä.

²² Nieminen 2006: 414. Ks. oikeustieteiden maisterin tutkinnon luonteesta Nieminen 2006: 414–415.

²³ Esimerkiksi ns. Tampereen koulukunnan alkuperäinen ajatus 1960- ja 1970-luvulla oli tutkia sosiologian, psykologian ja historiatieteen metodein oikeusnormien ja yhteiskunnan välistä vuorovaikutusta. Ks. Nieminen 2006: 418 ja Husa 1995: 97–102.

4 Ongelma 3: kohderyhmä ja julkaisufoorumi

Määttä peräänkuuluttaa ympäristöoikeudelle muitakin kohdeauditorioita – muita ympäristöalan toimijoita kuin oikeudellisia. Tällaisina hän esittää mm. kansalaisyhteiskunnan, markkinat, ympäristötieteellisen tiedeyhteisön ja julkisuuden. Monitieteinen ympäristöoikeus sitoutuu Määttän mukaan ympäristötieteen rooliin ja identiteettiinkin, eikä vain oikeustieteellisiin tehtäviin ja identiteettiin. Määttä puhuukin ympäristöoikeuden kolmannelta tehtävästä.²⁴ Tuleeko oikeustieteellisen tutkimuksen aina tyydyttää ensisijaisesti oikeudellisten toimijoiden tiedontarpeita ja mitä puolestaan ”hyppy tuntemattomaan” oikein vaatisi? Kun suuri yleisö ei esimerkiksi tunne oikeuden systematiikkaa tai oikeudellisia käsitteitä, vaatii erityistä taitoa osata popularisoida sanomansa. Vaikeuksista huolimatta esimerkiksi Nieminen toteaa, että tutkijan tulee tarvittaessa osallistua myös päivänpoliittiseen keskusteluun asiantuntemukseensa vedoten²⁵.

Tällaisessakin lähestymistavassa on vaaransa. Kun auditorio tietoisesti valitaan muiden kuin oikeudellisten toimijoiden piiristä, tiedon kiinnostavuus ei tavoita oikeudellisia toimijoita.²⁶ Opinnäytetyölle tämä on erityinen ongelma. Myös sopiva *julkaisufoorumi* usein puuttuu, kun lehdet ja julkaisusarjat ovat profiloituneet tieteenaloittain.

Määttä toteaa, että tutkijalle jää aina tutkimuskohteesta riippumatta tilaa määritellä omia painotuksiaan mm. teoreettisen lukeneisuuden, historiallisen tai vertailevan näkökulman ja oikeustapausten tai säännösten kattavuuden suhteen. ”Oikeaa” käsitystä näistä painotuksista ei ole olemassa, joskin hän arvioi tieteellisen sosiaalistumisen ohjaavan näitä valintoja.²⁷ Ääneenlausumaton totuus jatko-opiskelijan näkökulmasta lienee myös se, että tarjolla olevien vastaväittäjien ja esitarkastajien tieteellinen sosiaalistuminen ohjaa jatko-opiskelijan uskalluksen määrää. Vielä kun irtaannutaan Määttän edellä esittämistä suhteellisen oikeustieteellisistä valinnoista monitieteisempään suuntaan, uskallus voi muuttua uhkarohkeudeksi – harva haluaa uhrata arvosanaansa monitieteisyyden kitaan. Ei edes vaikka tietäisi usean näkökulman hallinnalla tuottavansa syvällisempää tieteellistä tietoa.

Käytännön esimerkkinä todettakoon, että vaikkapa tieteenalansa tradition hallinta väitöskirjassa saattaa olla mahdotonta osoittaa perinteisessä mittakaavassa menestyksekkäästi, jos ”omia tieteenaloja” on yhtä aikaa hallittavana monta. Jotta saa-

²⁴ Määttä 2004: 1103–1106 ja Määttä 2000: 350.

²⁵ Nieminen 2006: 423.

²⁶ Ks. Määttä 2004: 1106.

²⁷ Määttä 2000: 354.

vutettaisiin uusia hedelmällisiä monitieteellisiä asetelmia ja tuloksia myös väitöskirjatasolla ja tieteellisessä keskustelussa, joistain näistä perinteisistä vaatimuksista tulisi ehkä joustaa.

5 Ongelma 4: eriytyminen

Kun jokin – esimerkiksi käsitteet tai metodit - tekevät tieteen/oikeuden –alasta muusta poikkeavaa, alkaa keskustelu helposti uudesta tieteen/oikeudenalasta. Pakkasvirta ja Pirttijärvi tuovat esille, että monitieteisyydessä ei ole tarkoitus eriyttää tieteitä luomalla uusi oppiala²⁸.

Uusia yhteyksiä avaavalla tutkimusotteella on helposti taipumuksia paisua jossain määrin myös keskusteluksi uudesta oikeudenalasta. Tutkimuksellisten näkökulmien nimeäminen uusiksi oikeudenaloiksi heijastaa Määtän mukaan oikeusjärjestelmän pirstaloitumiskehitystä. Määttä toteaa kuitenkin, että tutkimuksellisen näkökulman ja oikeudenalan välillä on ”jokin ero, vaikkakin ilmeisen liukuva”. Spesialisoitumisen ongelmina oikeudenalakeskustelussa Määttä tuo esille sen, että monesti omia erityisiä kysymyksiään (kuten eläinsuojelukysymykset ja ihmiskeskeisyys oikeusjärjestelmässä) sisältävät kokonaisuudet kaipaavatkin pikemminkin yhteyttä muuhun oikeusjärjestelmään kokonaisuutena, kuin erillisyyttä ja erityisyyttä oman oikeudenalan muodossa.²⁹

Määtän toteamus tuntuu perustellulta. Eriytymisen tarve johtunee osittain tieteenalalta tulevasta paineesta: ymmärryksen tai arvostuksen puutteesta juuri tätä näkökulmaa kohtaan. Omana tieteenalanaan tai tunnustettuna oikeudenalana näkökulma saa profiilin, oman auditorion ja ehkä jopa julkaisun. Olisiko tälle vaihtoehtoja?

6 Lopuksi

Edellä olen tuonut esille monitieteisyyden esteinä ja ongelmina oikeustutkimuksessa *tradition, perustutkinnon, kohderyhmän ja julkaisufoorumin sekä eriytyminen*. Nämä kaikki koskettavat erityisellä tavalla juuri kotimaista oikeustutkimusta ja sen kehitystä.

²⁸ Ks. Pakkasvirta & Pirttijärvi 2003: johdanto.

²⁹ Määttä 2000: 344–345.

Kun kansallisista lähtökohdista irtaudutaan, voidaan huomata, että esimerkiksi auditorin ongelma ei olekaan monitieteisyyden osalta enää niin hankala kysymys. Oikeuden kansainvälistyminen siten tasoittanee tietä myös monitieteisyydelle ja metodien moninaisuudelle. Kuitenkaan kaikkea monitieteistä oikeustutkimusta ei voida suunnata kansainvälisille areenoille, eikä tämän varjolla tulisi hylätä edellä esitettyihin näkökulmiin liittyvää keskustelua. Yhteiskunnallisesta kysymyksenasettelusta ja ratkaisuista jäänee nyky maailmassa tavoittamatta jotain olennaista, jollei monitieteisyys ja monimetodisuus asetu myös kansallisen oikeustutkimuksen yhdeksi luontevaksi lähestymistavaksi.

Lähteet

- Aarnio, Aulis (1993). Onko oikeustiede yhteiskuntatiede? *Lakimies* 1993, 695–710.
- Aram, John (2004). Concepts of interdisciplinarity: Configurations of knowledge and action. *Human Relations* 57:4, 379–412.
- Ervasti, Kaijus (1998). Eräitä näkökohtia empiirisen tiedon hyväksikäyttämisestä oikeustieteessä. *Lakimies* 3/1998, s. 364–388.
- Ervasti, Kaijus (2000). *Empirisk forskning, rättsvetenskap och rättens dynamiska element*. Helsinki: Juridiska föreningen i Finland.
- Ervasti, Kaijus (2003). Oikeuden empiirisestä tutkimuksesta *Oikeus* 2003 (32); 1: 48–50.
- Drugus, Liviu (2009). Science is dead. Long live knowledge! *Economy Transdisciplinarity Cognition* 2 : 7–8.
- Husa, Jaakko (1995). *Julkisoikeudellinen tutkimus. Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta*. Gummerus: Jyväskylä.
- Jyränki, Antero (1996). valtiosääntöoikeudellisesta tutkimuksesta Suomessa. *Oikeus* 1996, s. 41–49.
- Hydén, Håkan (1997). Vad är rättssociologi? Om rättssociologins forskningsuppgifter nu och i framtiden. *Rättssociologi då och nu. en jubileumskrift med anledningen av rättssociologins 25 år som självständig ämne i Sverige*. Lund Studies in Sociology of Law 1.
- Määttä, Tapio (2000). Monitieteisyys ympäristöoikeudessa – oikeustieteen sisäiset ja ulkoiset yhteydet oikeustieteellisen tutkimuksen haasteena. *Oikeus* 2000/3 s. 333–355.
- Määttä, Tapio (2004). Ympäristöoikeuden monitieteisyyden haaste: oikeustieteen kolmannen tehtävän hahmottelua. *Lakimies* 6/2004 s. 1097–1107.

- Nieminen, Liisa (2006). Monitieteisyys ja kriittisyys oikeustieteen opinnoissa: Opetuksen kehittämismahdollisuuksien pohdintaa. *Oikeus* 2006 (35); 3: 413–424.

- Pakkasvirta, Jussi & Jouni Pirttijärvi (2003). Monitiede vai monta tiedettä? Näkökulmia poikkitieteiseen kulttuuri-, yhteiskunta- ja aluetutkimukseen. Saatavissa 29.11.2011:
<http://www.helsinki.fi/aluejakulttuurintutkimus/tutkimus/monitieteisyys/index.html>.

ONKO ÄLYLLÄ VÄLIÄ?

Oikeudelliset reunaehdot älykkäiden järjestelmien kehittämisesssä ja toiminnassa

Annina Huttunen, OTM, LL.M.
Tohtorikoulutettava, Helsingin yliopisto

1 Johdanto

“WISCONSIN appears to be in the driver’s seat en route to a win, as it leads 51-10 after the third quarter. Wisconsin added to its lead when Russell Wilson found Jacob Pedersen for an eight-yard touchdown to make the score 44-3 ...”.¹ Kyseinen urheilu-uutinen on generoitu älykkäällä järjestelmällä. Sen ovat kirjoittaneet Narrative Sciencen tietokoneet Yhdysvalloissa. Ihminen ei ole luonut tekstiä, eikä myöskään editoinut sitä. Se on täysin koneen luoma. Ylläoleva teksti jäänee tekijänoikeussuojan ulkopuolelle. Ilmaisuu ei ole riittävän omaperäistä ja luovaa. Ohjelmiston kehittyessä kysymys tekijästä tulee ajankohtaiseksi. Miten tätä ongelmaa tulee lähestyä tekijänoikeudellisesti? Googlen älykäs auto joutui onnettomuuteen elokuussa 2011.² Tästä onnettomuudesta oli vastuussa ihminen, mutta entäpä jos vastuulliseksi olisi katsottu autonominen ajoneuvo. Miten tätä ongelmaa tulee lähestyä oikeudellisen vastuun näkökulmasta? Salakatselija murtautuu robotin (esimerkiksi Rovio tai Spykee) videokameraan ja vakoilee lasta tämän makuuhuoneessa.³ Miten tätä ongelmaa tulee lähestyä yksityisyydensuojan näkökulmasta?

Viimeisten 60 vuoden aikana tietotekniikasta on tullut olennainen osa ihmisten arkipäivää. Prosessoreiden sisältämien transistoreiden lukumäärä on kaksinkertaistunut joka toinen vuosi Mooren lain mukaisesti, ja tämä kehitys jatkuu pitkälle tulevaisuuteen. Tietokoneet ja muut tekniset laitteet ovat myös verkottuneet lisäten näin teknisiä toimintamahdollisuuksiamme. Seuraavaksi koneet ovat tulossa

¹ Koko uutinen löytyy osoitteesta: <http://btn.com/2011/09/01/first-quarter-wisconsin-20-unlv-0/>

² GOOGLE SELF-DRIVING CAR CRASH CAUSED BY HUMAN ERROR - SAYS GOOGLE, [HTTP://WWW.CBSNEWS.COM/8301-501465_162-20090040-501465.HTML](http://www.cbsnews.com/8301-501465_162-20090040-501465.html)

³ Ks. tarkemmin *Tamara Denning* et. al: A spotlight on security and privacy risks with future household robots: attacks and lessons. Ubicomp '09 Proceedings of the 11th international conference on Ubiquitous computing 2009.

yhä älykkäämmiksi. Esimerkiksi tietokonevallankumouksen johtohahmo *Bill Gates* ennustaa, että robotiikka on seuraava mullistava teknologia. Hänen mukaansa jokaisessa taloudessa tulee olemaan vähintään yksi robotti. Gates vertaa robottien kehitysvaihetta tilanteeseen, joka oli tietokoneteollisuudessa 1970-luvun puolivälissä.⁴

Robotit käyttävät toiminnassaan ominaisuuksia, joiden kokonaisuutta on tapana kutsua tekoälyksi (Artificial Intelligence). Tekoäly voidaan määritellä usealla eri tavalla. *John McCarthy*n mukaan tekoäly on älykkäiden koneiden kehittämiseen liittyvää tiedettä ja insinööritaitoa. Älykkyys tarkoittaa puolestaan laskennallista osaa kyvystä saavuttaa tavoitteita.⁵ Autonomisten ajoneuvojen käyttöönottoa valmistelevalle Nevadan osavaltion tuoreessa laissa tekoäly määritellään tietokoneiden ja vastaavien laitteiden käytöksi, joka mahdollistaa sen, että kone jäljittelee ja toisintaa ihmisten käyttäytymistä.⁶

Oikeudellisesti tekoälyä voidaan lähestyä ainakin kahdesta eri näkökulmasta. Ensinnäkin voidaan tutkia, miten tekoälyä hyödyntäviä sovelluksia käytetään oikeudellisessa päätöksenteossa. Toiseksi voidaan tutkia, mitä haasteita tekoäly asettaa juridiikan soveltamiselle. Tutkimuksessani keskityn jälkimmäiseen tilanteeseen. Tutkin tekoälyä nykyisen normijärjestelmän luomaa taustaa vasten. Uusi teknologia tuo esiin uusia oikeudellisia kysymyksiä, jotka voidaan osittain ratkaista perinteisen juridiikan keinoin. Toisaalta vastaan tulee myös ongelmia ja haasteita, joihin vastaamiseen nykyinen järjestelmä tarjoaa vain vähän kestäviä näkökohtia.

Älykäs järjestelmä voi olla esimerkiksi älykäs agentti tai robotti. Intelligent Agent (IA) on tekoälyä sisältävä tietokoneohjelma. Älykkäät agentit voivat muokata omaa koodiaan ja oppia tekemistään virheistä. *Peter Singersin* jo klassiseksi muodostuneen määritelmän mukaan robotit koostuvat kolmesta osasta. Näitä osia ovat sensorit, prosessorit tai tekoäly ja täytöntöönpanijat. Sensorit tarkkailevat ympäristöä ja havaitsevat siinä muutoksia. Prosessorit tai tekoäly päättää, kuinka vastataan ja täytöntöönpanijat toimivat ympäristössä tavalla, joka heijastaa päätöksiä ja luo muutoksia robotin ympärillä olevaan maailmaan.⁷ *Maja Mataricin*

⁴ *Gates Bill*: A Robot in Every Home. <http://www.scientificamerican.com/article.cfm?id=a-robot-in-every-home>

⁵ *McCarthy John*: Basic Questions, What is Artificial Intelligence? <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/node1.html>

⁶ Assembly Bill No. 511 – Committee on Transportation, March 28, 2011 <http://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Reports/history.cfm?ID=1011>. Laissa ei huomioida sitä, että myös eläimen toiminnan toistamista voidaan pitää tekoälynä.

⁷ *Peter Singer*: *Wired for War*, New York 2009. Noah Shachtman: Inside the Rise of the Warbots. <http://www.wired.com/dangerroom/2009/02/peter-singers-w/>

paljon käytetyn määritelmän mukaan robotti on autonominen järjestelmä, joka on olemassa fyysisessä maailmassa, havaitsee ympäristöään ja voi toimia ympäristössä saavuttaakseen joitakin päämääriä.⁸

Koneiden älykkyys voidaan jakaa kolmeen luokkaan. Ensinnäkin koneet voivat olla autonomisesti älykkäitä. Tässä tapauksessa kone toteuttaa älykkäitä toimintoja itsenäisesti ilman ihmisen interventiota. Toiseksi kone voi lisätä ihmisen älykkyyttä toimien tiiviissä yhteistyössä ihmisen kanssa. Tällöin älykkyys on lainattu ihmiseltä ja luotu robotin ja ihmisen välisessä vuorovaikutuksessa. Kolmanneksi älykkyys voi olla parviälykkyyttä (swarm intelligence), jolloin useat robotit tuottavat monimutkaista ja älykästä käyttäytymistä vuorovaikutuksessa keskenään, vaikka yksittäisessä tarkastelussa robotit eivät olisi älykkäitä.⁹

Kartoitan älykkäiden järjestelmien kehittämiseen ja toimintaan liittyviä juridisia reunaehdoja erityisesti kuluttajaympäristössä. Älykkäitä järjestelmiä tarkastellaan ongelmakeskeisesti tekijänoikeuden, oikeudellisen vastuun ja yksityisyydensuojan näkökulmista. Käytän hyväksi edellä tehtyä älykkäiden koneiden luokittelua. Näiden kolmen luokan perusteella pohdin ongelmakeskeisesti, millä kriteereillä älykkäisiin järjestelmiin liittyvät vastuukysymykset tulee ratkaista ja etsin kiinnekohtia, jotka yhdistävät niin tekijänoikeudellisen, yksityisyydensuojaan perustuvan ja vahingonkorvausoikeudellisen tarkastelun. Tutkimuksen kohteena ovat esimerkiksi uutisia, musiikkia ja kirjallisia tuotoksia luovat älykkäät agentit sekä yksityisten ihmisten kotitalouksissa käytössä olevat liikkuvat palvelurobotit, kuten piilaaksolaisen Willow Garagen kehittämä Personal Robot 2 ”PR2”, joka osaa esimerkiksi laskostella pyykkiä ja noutaa tavaroita jääkaapista.¹⁰ Tarkastelun kohteena on Suomen, Yhdistyneen kuningaskunnan, Euroopan unionin ja Yhdysvaltojen sääntelyä. Yhdistynyt kuningaskunta ja Yhdysvallat on tarkastelun kohteen siksi, koska it-oikeus perustuu pitkälti siellä kehittyneisiin käytäntöihin. Tutkimusongelmana on erityisesti, kuka on vastuussa autonomisten järjestelmien aiheuttamista vahingoista ja kuka on älykkäiden järjestelmien generoimien teosten tekijä. Toimijoita ovat valmistajat, ohjelmoijat, käyttäjät, omistajat ja älykkäät järjestelmät. Tarkoituksena on hahmotella eri mahdollisuuksia kehittää robottioikeuden yleisiä oppeja de lege ferenda.

⁸ *Maja Mataric*: The Robotics Primer 2007.

⁹ *Anniina Huttunen* et. al. Liberating Intelligent Machines with Financial Instruments. Nordic Journal of Commercial law 2# 2010, s. 3.

¹⁰ *Admin*, Beer me Robot: <http://www.willowgarage.com/blog/2010/07/06/beer-me-robot>; Donald Melanson: UC Berkeley researchers teach PR2 robot to fold towels: <http://www.engadget.com/2010/04/05/uc-berkeley-researchers-teach-pr2-robot-to-fold-towels/>

2 Metodologia ja lähestymistavat

Kyseessä on ongelmakeskeinen¹¹ tutkimus, jossa lähestytään tutkimusongelmaa oikeudellisesta näkökulmasta. Tarkastelukulma on lainopillinen, minkä lisäksi nojaututaan myös oikeusvertailuun. Vaikka kansainvälinen tarkastelukulma on tärkeä, on painopiste eurooppalaisessa ja suomalaisessa järjestelmässä. Metodisessa lähestymistavassa on siis havaittavissa myös oikeusvertailevia piirteitä (Eurooppa: Suomi ja Yhdistynyt kuningaskunta – Yhdysvallat), vaikka yhtäkään oikeusvertailun metodeista ei sellaisenaan noudateta. Vertailua voisi kutsua myös ensimmäisen asteen vertailuksi, jota ei pidetä systemaattisena vertailuna, vaan tarkoituksenmukaisena ja tarpeellisena toimintana, jossa ei analysoida vierasperäisten normien teoreettista taustaa.¹²

Lopuksi tutkimusongelmaa kartoitetaan myös teknologian sosiologian ja historian suunnasta ja siinä hyödynnetään tieteen ja teknologiantutkimuksen tutkimusperinnettä (Science and Technology Studies, STS). Tutkimuksessa luodaan katsaus esimerkiksi Bruno Latourin toimijaverkkoteoriaan (Actor-network Theory)¹³ ja pohditaan, millainen aktanttiverkosto löytyy tekijänoikeuksien, vahingonkorvaus-oikeuden ja yksityisyydensuojan taustalta.¹⁴ Ongelmakeskeinen teknologian sosiologian ja historian suunnasta tehtävä tutkimus suoritetaan lopuksi lainopillisen analyysin lisänä. Tavoitteeni on, että väitöskirja vaikuttaa teknologian kehittämisprosessiin. Palveluja ja tuotteita kehitettäessä on syytä ottaa huomioon oikeudelliset näkökohdat.

¹¹ Kangas on hahmotellut normikeskeisen ja ongelmakeskeisen lainopin eroja. Normikeskeinen lähestymistapa tähtää tietyn säännöksen tai tiettyjen säännösten tulkintaan. Ongelmakeskeisessä tutkimuksessa puolestaan systematisoidaan koko oikeusjärjestystä tietyn yhteiskunnallisesti määrätyn tutkimusongelman ratkaisemiseksi. *Urpo Kangas* Lesken oikeudellinen asema, oikeusdogmaattinen tutkimus lesken sosiaaliturvan laajuudesta 1982, s. 383–387.

¹² *Jaakko Husa* Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – »oikeaa oikeusvertailua»? *Lakimies* 5/2010 s. 700–718, s. 715.

¹³ *Bruno Latour*: Reassembling the Social- An Introduction to Actor-Network-Theory. Oxford 2005.

¹⁴ Ks. Viljasen toteamus aktanttiverkostosta immateriaalioikeuksien yhteydessä. *Mika Viljanen*: Bruno Latour antaa oikeuden olla sitä mitä se on. Yhteiskuntateorioiden oikeus. Helsinki 2010, s. 402.

3 Älykkäät järjestelmät ja luovuus – tekijänoikeudelliset reunaehdot älykkäiden järjestelmien kehittämisessä ja toiminnassa¹⁵

Tekoälyohjelmia kehitettäessä kysymys älykkään järjestelmän suojaamisesta tekijänoikeudella on sama kuin tavallisten tietokoneohjelmien kohdalla. Sen sijaan kysymys älykkäiden järjestelmien toimimisesta tekijöinä on kiinnostava. Tällöin ydinkysymyksenä on se, kenelle tekijänoikeudet kuuluvat: ohjelmistolle, ohjelmiston tekijänoikeuden haltijoille, ohjelmiston käyttäjille, molemmille tai ei kenellekään.

Angloamerikkalainen ja mannereurooppalainen järjestelmä eroavat toisistaan. Yhdysvalloissa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa teos voi tulla suojatuksi, vaikka se olisi koneen luoma. Yhdistyneessä kuningaskunnassa tietokoneen luomista teoksista on erityissäännös¹⁶ ja Yhdysvalloissa tähän lopputulokseen voidaan päätyä tulkinnan avulla¹⁷. Suomessa ja muualla Euroopassa lähtökohtana on se, että teoksen tulee olla ihmisen tekemä¹⁸. Mekaanisen toiminnan tuloksena syntynyt teos ei nauti tekijänoikeussuojaa. Sitä ei pidetä itsenäisenä ja omaperäisenä tekijänoikeuslain ja ohjelmistodirektiivin tarkoittamassa mielessä. Tekijänoikeudet älykkään järjestelmän luomiin teoksiin eivät siis kuulu kenellekään. Mannereurooppalaisessa traditiossa korostetaan moraalisten oikeuksien merkitystä. Moraaliset oikeudet liittyvät tekijän persoonaan. Angloamerikkalainen tekijänoikeustraditio perustuu taloudellisiin oikeuksiin, eikä moraalisia oikeuksia tunneta. Komissio on kiinnittänyt huomiota Yhdistyneen kuningaskunnan erityissääntelyyn tietokoneen luomista teoksista. Käytäntöä ei pidetä ohjelmistodirektiiv-

¹⁵ Ks. tarkemmin: Anniina Huttunen: Älykkäät järjestelmät ja luovuus – Oikeudelliset reunaehdot älykkäiden järjestelmien kehittämisessä ja toiminnassa. Viestintäoikeuden vuosikirja. Helsinki 2011.

¹⁶ Copyright, Designs and Patents Act 1988, section 9(3) ja section 178.

¹⁷ U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and information (1986); Pamela Samuelsson CONTU Revisited: The Case Against Copyright Protection for Computer Programs in Machine-Readable Form, 1984 Duke L.J. 663 1984; Arthur Miller: Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer-Generated Works: Is Anything New Since CONTU?, 106 HARV. L. REV. 977 1993, s. 1049.

¹⁸ KM 1987:8 Tietotekniikka ja tekijänoikeus tekijänoikeuskomitean IV osamietinnössä, s. 65.

vin¹⁹ mukaisena. Komissio on huolissaan tekijänoikeussuojan liian laajasta ulottuvuudesta.²⁰

Tekijänoikeusjärjestelmä kannustaa luomaan teoksia. On totta, että koneet eivät tarvitse luomisen kannustimia. Koneen luoman teoksen syntymiseen on kuitenkin vaikuttanut joukko ihmisiä, jotka ovat esimerkiksi ohjelmoineet koneen toimimaan. Nämä ihmiset luonnollisesti tarvitsevat kannustimia yhtä lailla kuin kirjan kirjoittaja tai musiikkiteoksen säveltäjä. Tekijänoikeussuojan tarjoaminen koneen luomille teoksille kannustaisi kehittämään hyödyllistä teknologiaa. Tässä mielessä tekijänoikeussuojan tulisi olla tarjolla myös koneen luomille teoksille, eikä sitä tulisi kieltää kategorisesti, vaikka kyseessä olisikin tiettyssä määrin mekaaninen toiminta. Esimerkiksi nykyisille mobiilipalveluille tyypilliset lyhyet sähkötyypiset uutiset eivät välttämättä ylitä teoskynnystä olivatpa ne sitten ihmisen tai koneen kirjoittamia. Tämänkaltainen luovuusarviointi on tarpeen. Luovuusarviointia ei tulisi kuitenkaan sitoa kiinteästi siihen, että ihmisen tulee olla suora tekijä. Ihminen on välillisesti tekijä myös koneen luomissa teoksissa. Kysymykseksi jääkin, sopiiko tekijänoikeudellinen staattisuus dynaamisen tekoälyn maailmaan. Voidaan myös kysyä, mahdollistaako ihminen tekoälyn tuottamia teoksia vai onko esim. robotin omistaja oikeutettu omaisuuden tuottoon (tekijänoikeus vs. omistusoikeus – tässä on eroja angloamerikkalaisen ja mannereurooppalaisen tradition välillä).

Yhdysvaltojen, Yhdistyneen kuningaskunnan ja Suomen säädösaineistossa tekijänoikeus allokoidaan pääsääntöisesti ohjelmiston käyttäjälle.²¹ Ohjelmiston ohjelmoija sivuutetaan. Älykkäiden järjestelmien kehittyessä tulisi tunnustaa ohjelmoijan panos tekijänä. Käyttäjän toimet saattavat olla äärimmäisen yksinkertaisia. Näin on esimerkiksi silloin, kun käyttäjä vain painaa sävellä-nappia. Välimuototeoksissa tulosten sisältö on tuotettu tietokoneen käyttäjän taidon ja panoksen sekä tietokoneen ohjelmoineen henkilön ja/tai tietokannan tuottaneen henkilön toimesta²². Välimuototeoksissa sekä käyttäjää että ohjelmoijaa tulee pitää yhteistekijöinä²³. Vastaava analogia on löydettävissä valokuvauksesta – eli kuvaustilanteen

¹⁹ Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, korvattu direktiivillä 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs on May 25 2009.

²⁰ Komission kertomus neuvostolle, Euroopan parlamentille ja talous- ja sosiaalikomitealle tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta annetun neuvoston direktiivin 91/250/ETY täytäntöönpanosta ja vaikutuksista COM(2000) 199 final, 10.

²¹ Käyttäjä voi olla kuluttaja tai yritysomistaja. Taustalla voi olla work for hire -doktriini tai omistusoikeuteen (esineoikeus) perustuva positio.

²² *David Bainbridge: Introduction to Computer Law*. 5. painos. Essex 2004, s. 68–69.

²³ Ibid.

suunnittelija / kameran laukaisimen painaja. Käytännöllisin vaihtoehto on sopia asiasta sopimuksella. Siitä ei voida tietenkään sopia pätevästi, ylittääkö teos teoskynnyksen, eikä yleensä siitäkään, kuka on alkuperäinen tekijänoikeuden haltija.

4 Älykkäät järjestelmät ja oikeudellinen vastuu

Vastuukysymykset roboteissa ovat tärkeitä. Vastuu voi liittyä tilanteeseen, jossa robotti toimii tarkoitetulla tavalla, tai vastuu voi liittyä siihen, että robottia käytetään väärässä käyttöyhteydessä. Esimerkiksi auto voidaan ohjelmoida noudattamaan liikennesääntöjä, mutta jos autoa käytetään niin, että laitteen toiminnan ulkopuolelle rajattu toiminta aiheuttaa vahingon, ei tämä kuulu ennaltaohjelmoitavien perusominaisuuksien piiriin²⁴. Vaikka robotti toimisi tarkoitetulla tavalla, liittyy sen toimintaan riskejä. Älykkyys on arvausten tekemistä epävarmuudessa, sillä tiedot ja päättely eivät ole täydellisiä monimutkaisessa ympäristössä. Tästä seuraa, että älykkäät järjestelmät tekevät väistämättä virheitä (cognitive errors).²⁵

Vastuu voi liittyä myös tilanteeseen, jossa robotti toimii muutoin kuin ohjelmoidusti. Peruskysymyksenä on, miten vastuu jaetaan valmistajien ja käyttäjien välillä. Robottivastuuta peilataan ohjelmistovastuuseen²⁶.

Tuotevastuulain mukaiset turvallisuuspuutteet voivat olla valmistusvirheitä, rakenne- tai suunnitteluvirheitä, ohje- eli informaatiovirheitä, kehittälyvirheitä, systeemivirheitä tai vaihtumisvirheitä. Analysoin tutkimuksessani vahinkotyyppejä roboteissa. Sopimuksenulkoisen vahingonkorvausvastuu tulee sovellettavaksi, kun korvataan henkilö- ja esinevahinkoja toisilleen vieraiden suhteessa. Sopimusperusteisen vastuun perusteella voidaan saada hyvitystä ja turvata taloudellisia odotuksia, kun sopimusvelvoite jää täyttämättä. Varallisuusvahingot ovat sopimusperusteisessa vastuussa etualalla.

Ulkomaisessa kirjallisuudessa on laajasti pohdittu kysymystä siitä, voisiko robotia pitää oikeushenkilönä.²⁷ Suomessa älykkäiden järjestelmien vakuuttamista

²⁴ Ks. myös *Asaro* 2006, 13.

²⁵ *Huttunen et. al* 2010, ss.2–3.

²⁶ Suomessa: *Mika Hemmo*: Vuoden 2000 ongelma ja siviilioikeus. Oikeus 1999; *Pekka Takki*: Vuosi 2000- tietojärjestelmät ja vastuut yritysten näkökulmasta, DL 1998 s. 34–43; *Jyrki Siivola*: Tietokoneohjelmissa kaksinumeroisesta vuosiluvusta 2000-luvulla aiheutuvan ongelman oikeudellinen vastuu. DL 1997 s. 903–912; *Alf Ole Wanamo*, Tietojärjestelmien vuosi 2000 - kelpoisuusongelmaan liittyvistä oikeudellisista vastuista, DL 1998 s. 335–341; *Thomas Wilhelmsson - Matti Rudanko*: Tuotevastuu. Helsinki 2004; *Thomas Wilhelmsson - Pauliine Koskelo - Leif Sevón*: Kauppalaian pääkohdat. Helsinki 2006; *Eero Routamo, Jan Ramberg*: Kauppalaian kommentaari. Helsinki 1997.

käsitlevässä artikkelissa päädyimme siihen johtopäätökseen, että älykkään järjestelmän pitäminen oikeushenkilönä ei ole tarpeen.²⁸ Tämä tutkimus lähtee siitä olettamuksesta, että robotti on tekninen artefakti, jolla on tiettyjä erityispiirteitä verrattuna muihin artefakteihin. Vastuu ja autonomia liittyvät toisiinsa. Autonomia ja ihmisarvo ovat eri asioita. Se ei ole oikeudellisesti relevantti kysymys, ovatko älykkäät järjestelmät autonomisia, vaan missä määrin ne sisältävät piirteitä, jotka viittaavat autonomiaan. Tällainen piirre on esimerkiksi älykkään järjestelmän kyky oppia. Alustavasti on syytä huomioida, että *Bruno Latourin* toimijaverkkoteoriassa myös muut kuin ihmiset tunnustetaan toimijoina (agency).²⁹ Oikeudellista vastuuta käsittelevässä luvussa luodaankin katsaus myös *Bruno Latourin* toimijaverkkoteoriaan.

Rikosoikeus pyrkii siihen, että vahingontekijöitä rangaistaan. Robotin rankaiseminen voi tuntua etäiseltä ajatukselta. Rikosoikeuden soveltamisessa robotteihin on kaksi ongelmaa: 1) rikollisilla teoilla pitäisi olla moraalinen tekijä ja 2) kuinka robottia voidaan rangaista.³⁰ Tätä voidaan verrata eläimiin. Tietyissä tilanteissa eläin lopetetaan – ehkä siis robotti romutetaan. Toisissa tilanteissa vastuu asetetaan omistajalle, jonka on tarkemmin valvottava eläintä – vastaavasti uudelleenohjelmoitava robotti. Rikosoikeudellista vastuuta käsitellään myös yleisestävyyden ja erityisestävyyden perusteluiden kautta.

5 Älykkäät järjestelmät ja yksityisyys

Yksityisyydensuoja koostuu persoonallisuudensuojasta, intymiteettisuojasta ja tietosuojasta.³¹ Persoonallisuudensuoja tarkoittaa kotirauhan suojaa, kunnian suojaa, viestintäsuojaa, kuvasuojaa ja koskemattomuuden suojaa.³² Intymiteetti tarkoittaa perustavalla tavalla intiimejä suhteita toisiin kuten perheenjäsenten keskinäiset suhteet. Suojasta on säädelty vahingonkorvauslaissa ja rikoslaissa.³³ Perustuslain 10 §:n mukaan henkilötietojen suojasta säädetään lailla. Tietosuojasta säädetään erityisesti henkilörekisterilaissa, sähköisen viestinnän tietosuojalaissa ja laissa yksityisyydensuojasta työelämässä.

²⁷ Tämän keskustelun aloitti *Lawrence Solum* artikkelissaan ”Legal Personhood for Artificial Intelligences”. 70 N.C. L. Rev. 1231 (1991–1992).

²⁸ *Huttunen et. al* 2010.

²⁹ *Latour* 2005, 52–55.

³⁰ *Peter Asaro*: Robots and Responsibility from a Legal Perspective. Proc. of the IEEE 2007 International Conference on Robotics and Automation (ICRA'07), Rome, April 2007, s. 3–4.

³¹ *Sami Mahkonen*: Oikeus yksityisyyteen. Porvoo 1997, s. 63.

³² *Mahkonen* 1997, s. 64.

³³ *Mahkonen* 1997, s. 70.

Robotteihin liittyy erityisiä yksityisyydensuojakysymyksiä. Robotteja käytetään nimenomaisesti valvontaan ja toisaalta roboteilla on pääsy esineisiin ja tiloihin datakansioiden ja -tiedostojen sijasta.³⁴ Tiedot voivat paljastua kolmansille tarkoituksella tai vahingossa.³⁵ Robotilla voidaan kerätä tietoja esimerkiksi vakuutusyhtiölle, joka haluaa tarkistaa, että robottia ei ole käytetty väärin. Robotin ominaisuuksiin kuuluu kyky havainnoida ympäristöä. Tämä voi tapahtua esimerkiksi ääni- tai videotallentamisena. Roboteilla on käytössä myös langattomia kommunikointitapoja. Kotitaloudet sisältävät jo nyt älykäästä teknologiaa, mutta kodeista puuttuu usein järjestelmänvalvoja. Järjestelmänvalvoja on usein käytössä muissa robottiympäristöissä kuten sairaaloissa ja teollisuudessa. Järjestelmänvalvojan puuttuminen tekee kotitalousroboteista haavoittuvaisia.³⁶ Hyökkääjä voi tunkeutua langattomaan verkkoon ja siepata tai pistää liikkeelle langattomia paketteja. Tämä voi olla mahdollista myös kauko-ohjatusti internetin välityksellä. Aivan kuten web-kameroita³⁷, myös robotteja voi paikantaa jopa hakukoneita käyttämällä. Parviälykkäät järjestelmät ovat erityisen haavoittuvaisia hyökkäyksille. Vaikka robotin valmistaja tutkisi tarkkaan robotin turvallisuusriskejä ja tekisi suunnitteluratkaisuja riskien vähentämiseksi, robotti voi silti aiheuttaa vahinkoa, kun sitä käytetään yhdessä muiden robottien kanssa.³⁸

Tutkimuksessa vertaillaan oikeudellista sääntelyä Euroopassa, (Suomessa ja yhdistyneessä Kuningaskunnassa) ja Yhdysvalloissa. Yksityisyydensuojan ytimessä on rekisteröidyn tiedollinen itsemääräämisoikeus. Tietosuoja suojaa yksilöä eikä tietoa. Tutkimuksessa analysoidaan säädösaineiston pohjalta tiedollisen itsemääräämisoikeuden toteutumista autonomisissa järjestelmissä, ihmisen kanssa tiiviissä yhteistyössä toimivissa järjestelmissä ja parviälykkäissä järjestelmissä. Tiedollisen itsemääräämisoikeuden ulottuvuuksia etsitään säädöksistä. Nämä säännökset koskevat asiakkaan informointia, käyttötarkoitussidonnaisuutta ja tarpeellisuusvaatimusta, korjausoikeutta, tarkastusoikeutta sekä suostumuksia (arkaluonteiset tiedot ja suoramarkkinointi). Tarkastelun kohteena on myös se, miten rekisteröidyt voivat vaikuttaa tietojensa käsittelyyn erilaisten valintojen ja asetusten kautta ja miten he voivat hallinnoida tietojaan. Toinen kiinnostava kysymys liittyy rekisterinpitäjyyteen ja määräysvaltaan henkilötietoihin. Kuka on rekisterinpi-

³⁴ Ryan Calo: Privacy and Robots: Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics. Patrick Lin - George Bekey - Keith Abney, eds., Cambridge 2012, (tulossa) s. 1–2.

³⁵ Ks. tarkemmin Dag Syrdal et. al: He knows when you are sleeping – Privacy and the Personal robot companion . AAI Workshop Technical Report 2007.

³⁶ Denning et. al. 2009.

³⁷ Justin Billig et. al: Evaluation of Google Hacking. Proc. of the 5th Conf. on Information Security Curriculum Development. ACM. New York 2008.

³⁸ Denning et. al. 2009.

täjä kun robotti kerää / robotilla kerätään henkilötietoja? Kenellä on tosiasiallinen määräysvalta tietoihin? Rekisterinpitäjyyden myötä astuvat rekisterinpitäjälle voimaan kaikki rekisterinpitäjän velvollisuudet.

Pohdittavana on myös, miten eri tapauksissa muodostuu oikeus käsitellä henkilötietoja, jolloin tarkemman juridisen erittelyn kohteeksi tulevat esimerkiksi henkilötietolaki 8 §:n yleiset käsittelyedellytykset. Miten oikeudelliset edellytykset käsitellä henkilötietoja syntyvät robottien tapauksessa rekisterinpitäjälle vai syntykö niitä? Näissä ääripäitä ovat asiakkaalta itseltään pyydetty suostumus ja seurantateknologia. Edelliseen liittyen on huomioitava myös ns. household exception. Esimerkiksi henkilötietolaki ei koske henkilötietojen käsittelyä, jonka luonnollinen henkilö suorittaa yksinomaan henkilökohtaisiin tai niihin verrattaviin tavanomaisiin yksityisiin tarkoituksiinsa. Yhtenä konkreettisena tutkimuskysymyksenä on, soveltuuko tämä poikkeus myös silloin kun henkilötietojen käsittelyn suorittaa henkilön robotti.

Tutkimusongelmaa lähestytään myös seuraamusjärjestelmän kautta. Tietojen oikeudeton käsittely voi olla monessa robotiikan sovelluksessa herkkä alue; esimerkiksi salakatselu tai salakuuntelu, henkilörekisteririkos, tietomurto, kunnianloukkausrikokset voivat toteutua helposti. Salakatselija voi murtautua robotin (esimerkiksi Rovio tai Spykee) videokameraan ja vakoilla lasta tämän makuuhuoneessa³⁹. Robottien aiheuttamia yksityisyydensuojariskejä peilataan keskusteluihin, joita on käyty hakkeroinnista⁴⁰, jokapaikan teknologiasta⁴¹, web-kameroista⁴², Googlen karttapalvelusta, sydämentahdistimista⁴³, RFID-teknologiasta⁴⁴ ja elektronisesta äänestämisestä⁴⁵.

³⁹ Ks. tarkemmin *Denning et. al* 2009.

⁴⁰ *Billig et. al* 2008; *Hong et. al* 2004.

⁴¹ *Keith Edwards - Rebecca Grinter*: At Home with Ubiquitous Computing: Seven Challenges. Proc. of the 3rd International Conference on Ubiquitous Computing (UbiComp 2001), s. 256-272. 2001.

⁴² *Billig et. al* 2008.

⁴³ *Daniel Halperin et. al*: Pacemakers and Implantable Cardiac Defibrillators: Software Radio Attacks and Zero-Power Defenses. Proc. of the 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy.

⁴⁴ *Thomas Heydt-Benjamin et. al*: Vulnerabilities in first-generation RFID-enabled credit cards. Proc. of Eleventh International Conference on Financial Cryptography and Data Security. 2007.

⁴⁵ *Tadayoshi Kohno et. al*: Analysis of an Electronic Voting System. IEEE Symposium on Security and Privacy. 2004.

6 Ongelmakeskeinen kokonaistarkastelu

Tutkimuksen viimeisessä jaksossa analysoidaan, miten tekijänoikeus, vahingonkorvausoikeus ja yksityisyydensuoja ovat aikain saatossa reagoineet teknologioiden kehitykseen, miten ne nyt näyttäisivät reagoivan ja mitä yleisempää tämä ilmentää oikeuden ja teknologisen ja yhteiskunnallisen kehityksen suhteesta. Ensinnäkin tutkimuksessa tarkastellaan, miten tekijänoikeus reagoi aikoinaan valokuvauksen kehittymiseen ja verrataan tätä siihen, miten tekijänoikeus nyt reagoi älykkäisiin järjestelmiin. Toiseksi tutkitaan osakeyhtiöihin liittyvää vastuuta sekä sitä, miten oikeudellinen vastuu muotoutui ohjelmistovastuuksi ja verrataan näitä robottivastuuseen ja lopulta analysoidaan älykkäitä järjestelmiä ja yksityisyydensuojaa ja peilataan tätä siihen, miten yksityisyydensuoja on reagoinut esimerkiksi RFID-teknologiaan. Lopuksi pohditaan, ovatko robotit niin erityisiä, että ne vaativat oman lähestymistavan vai voidaanko ne sijoittaa eri oikeudenalojen käsittejärjestelmään. Toisin sanoen tutkimuskysymyksenä on, miten on järkevää vastata teknologian asettamaan haasteeseen. Voidaanko haasteeseen vastata perinteisen oikeuden keinoin vai tarvitaanko uudenlainen lähestymistapa.

VERTAILEVA OIKEUSTIEDE JA EPÄPUHDAS OIKEUSOPPI

OTM Ville Komulainen

Tohtorikoulutettava

Helsingin yliopisto

1 Johdanto

”Tuntuu, että ne meinaavat tehdä oikeudesta jonkinlaisen *valtsikka kakkosen*”, pohti eräs tutkija viime kesäkuussa. Kommentin taustalla häilyi tiedekunnassa tuolloin keskusteltu strateginen taustamuistio,¹ jossa painotettiin taajaan oikeuden yleistieteellisiä lähestymistapoja, osallistumista kansainvälisiin oikeusteoreettisiin keskusteluihin sekä oikeusvertailevien ja kulttuuri- tai yhteiskuntakeskeisten tutkimusotteiden tukemista.²

Noin kolmenkymmenen tutkijan joukko olikin hiljattain allekirjoittanut kirjallisen kannanoton, jossa he korostivat perinteisen kansallisen ja kansalliskielisen positivistisen lainopin korvaamatonta merkitystä oikeustieteellisen tiedekunnan identiteetille. Kannanotossa todettiin muun muassa seuraavaa:

Oikeustieteen keskeisenä erityispiirteenä suhteessa muihin, esimerkiksi valtiotieteellisessä tiedekunnassa harjoitettaviin yhteiskuntatieteisiin voidaan pitää positiivisen oikeuden systematisoinnin ja tulkinnan erityisasemaa tutkimuskohteena. Tähän perustuu pitkälti myös oikeustieteen ja lakimieskoulutuksen yhteiskunnallinen tarpeellisuus ja korkea arvostus. Tässä valossa on yllättävää, että lainopillinen tutkimus näyttää jäävän strategialuonnoksessa toissijaiseen asemaan suhteessa kansalliseen oikeusjärjestykseen liittymättömiin aiheisiin.³

¹ ”Tiedekunnan strategian 2012–2014 taustamuistio, versio 18.4.2011”, Oikeustieteellinen tiedekunta, Helsingin yliopisto. Taustamuistiosta on kappale tämän kirjoittajan hallussa.

² Vrt. myös strategia-asiakirja ”Tutkimuksen painoalat oikeustieteellisessä tiedekunnassa” Oikeustieteellinen tiedekunta, Helsingin yliopisto 28.9.2010, saatavilla [www-osoitteessa http://www.helsinki.fi/oikeustiede/strategiat/tutkimuksen_painoalat.pdf](http://www.helsinki.fi/oikeustiede/strategiat/tutkimuksen_painoalat.pdf).

³ ”Kannanotto tiedekunnan strategian 2012–14 taustamuistiosta”, esitetty 5.5.2010 Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan strategiatyöpajassa. Kannanotosta on kappale tämän kirjoittajan hallussa.

Olin tuolloin juuri saanut valmiiksi tutkielman vertailevan oikeustieteen teoreettisesta ja metodologisesta kriisistä vuosituhannen vaihteessa.⁴ Tutkimani kriisi koski nykyaikaisen globalisaatiotietoisen aikakauden asettamia haasteita oikeuden vertailemiselle, tulkitsemiselle sekä ymmärrettäväksi tekemiselle kokonaisu maailmallisessa (s.o. länsimaita laajemmassa) kontekstissa. Tämä erikoisala edusti monikansallista, kulttuuripainotteista ja verrattain relativistista positivistisen oikeusvertailun nykykriittikkä *par excellence*. Siis jotakin, jonka esiinmarssi ehkä näyttäytyi osaltaan haasteena monille yllä siteeratun kannanoton allekirjoittajille.

Sanalla sanoen tutkimani vertaileva oikeustiede edusti *epäpuhdasta oikeusoppia*.⁵

Epäpuhtaan oikeusopin hiipiminen oikeustieteelliseen tutkimukseen on itsessään laaja ikuisuusteema ja koskettaa miltei mitä tahansa oikeudenalaa käsittelevää tutkimusta. Tyypiesimerkkinä tällaisesta aineksesta ovat viime vuosikymmenten kriittisen oikeustieteen sosiolegaaliset tutkimukset ja poliittisesti latautuneet *Critical Legal Studies* -vaikutteet.⁶ Tarkastelen ilmiötä tässä hieman rajatummin eli *vertailevan oikeustieteen oppialan* piirissä, jossa oikeusopin epäpuhtaus on muodostanut monin tavoin omanlaisiaan ilmenemismuotoja.

Yleensä poikkitieteellinen tai oikeustieteen kaanonista muutoin poikkeava tutkimustapa nostaa esiin erimielisyyksiä ensisijaisesti siitä, millä tavoin yhteisesti tunnistettua tutkimuskohdetta – oikeutta – on sopivaa ja hedelmällistä tarkastella oikeusopin puitteissa. Vertailevan oikeustieteen piirissä kuitenkin kysymykset tutkimuksen tarkoituksenmukaisesta kohteesta ja lähestymistavasta muodostuvat astetta perustavanlaatuisemmiksi. Vertailijoille kysymys epäpuhtaiden lähestymistapojen hyväksyttävyydestä rinnastuu hyvin nopeasti kysymykseen siitä, onko toisistaan poikkeavien oikeusjärjestelmien hedelmällinen vertailu globaalissa mitakaavassa ylipäättään mahdollista. Niinpä vertailijat usein katsovat, että voidakseen tuottaa hedelmällistä vertailututkimusta länsimaisten ja ei-länsimaisten oikeusjärjestelmien välillä, oikeustieteilijöiden on samalla määritettävä uudelleen paitsi oikeustieteen tutkimustapoja, myös ylipäättään oikeustieteen tutkimuskohde.

⁴ Komulainen, Ville P: *Oikeusvertailun identiteettikriisi – Länsimaisen oikeusvertailun nykykriittikki sekä oppialan uuden vuosituhannen ensiaskeleet*. OTM-tutkielma, Helsingin yliopisto 2011. Luettavissa Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan kirjastossa sekä Globaalien hallinnan tutkimuksen huippuyksikön kokoelmassa.

⁵ Tässä viitataan tietenkin Hans Kelsenin klassikkomääritelmään ”puhtaasta oikeusopista”. Ks. Kelsen, Hans: *Puhdas oikeusoppi*, WSOY Porvoo 1968, erit. s. 1.

⁶ Esimerkiksi *Critical Legal Studies* -liikkeestä yleisesti ks. esim. Unger, Roberto: *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press 1983.

Perinteisen lainopillisen oikeustieteen näkökulmasta nousee välittömästi esiin vastakysymyksiä, jotka kuuluvat esimerkiksi näin: onko tämä alkuunkaan tarpeellinen ja perusteltu toimenpide? Voiko ei-länsimaisen oikeuden ymmärtämisen tarve todella edellyttää tutun länsimaisen oikeustieteen identiteetin uudelleenmäärittelyä?

Oikeusvertailijoiden metodi- ja kohdekysymykset muodostavatkin yhdessä – H.L.A. Hartia mukaillakseni – keskustelun *tunnistamissääntöjen tunnistamis-säännöistä*.⁷ Vertailijoiden on ratkaistava kysymys siitä, miten laajalti tai millä kriteerein maailmassa vallitsevia moninaisia normeja on sopivaa ja tarkoituksenmukaista määritellä vertailukelpoiseksi ”oikeudeksi”. Onko tarkoituksenmukaista määritellä tutkittava oikeus antropologien tapaan muotoon ”mikä tahansa sosiaalisen kontrollin malli”⁸ – vai astutaanko tällöin peruuttamattomasti oikeustieteelliselle identiteetille ja juridiselle professionille sopivan kohteen ulkopuolelle?

Esittelen yllä kuvattua tematiikkaa neljässä osiossa. Ensimmäisessä ja toisessa tuon lyhyesti esille käsitykseni vertailevan oikeustieteen piirissä hiljattain käydyn kertakaikkisen kritiikkikeskustelun keskeisimmistä teemoista sekä joistakin uuden vuosituhanen oikeusvertailijoiden uusimmista pyrkimyksistä. Näistä ensimmäinen kuvaa oikeusvertailun murroskeskustelua yleisesti, toinen puolestaan kohdistuu positivismiin kohtaamaan haasteeseen. Kolmannessa osiossa nostan esiin vastapainoksi ja muistutukseksi muutamia positivistisia perusasetelmia, jotka korostavat juridisen identiteetin perinteisempiä rajoituksia. Neljännessä osiossa puolestaan esittelen muutamia ”maltillisia” näkökulmia esille nousseisiin kipupisteisiin ja nostan esille yhden tämänhetkistä keskustelun umpikujista.

2 Oikeusvertailun nykykritiikin taustaa

Oikeusvertailun oppialan⁹ estradille nousi 1980- ja 1990-luvuilla kokonaisvaltainen itsekriittinen keskustelu, joka on jatkunut yli vuosituhanen taitteen. Lienee

⁷ Vrt. Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press Clarendon Law Series 1994, s. 100–110.

⁸ Mattei, Ugo: ”Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems”, *45 American Journal of Comparative Law* 1997, s. 13.

⁹ Tässä keskitytään oikeusvertailun ”varsinaiseen” oppialaan, joka koostuu asiaan vihkiytyneistä monografioista, aikakausjulkaisuista, oppituleista, opetuksesta sekä akateemisista seuroista. Tämä poikkeaa jonkin verran oikeusvertailun laajemmista määritelmistä. Esimerkiksi *Lakimieslehteen* kirjoittamassaan tuoreessa oikeusvertailun välitilinpäätöksessä Jaakko Husa esittelee oikeusvertailua kokonaisuutena, joka ei ole rajattu ”varsinaiseen” oikeusvertailun keskustelupiiriin, vaan joka kattaa ikään kuin laajalti kaiken tosiasiallisesti ja ”tosissaan” vertailevan oikeustutki-

paikallaan puhua jopa oppialan sisäisestä murroksesta, jota käsitellään tyypillisesti ”kriittisen oikeusvertailun” aallon nousuna haastamaan oppialalla edellisinä vuosikymmeninä vallinnutta, yleisesti ”valtavirran oikeusvertailuksi” kutsuttua tutkimustraditiota.¹⁰

Kritiikin keskeisimmät teemat kohdistuivat valtavirtaisen oikeusvertailun väitettyyn kyvyttömyyteen vertailla ja tulkita oikeutta globaalisatietoisessa, länsimaita laajemmassa tutkimuskentässä.¹¹ Kritiikin keskeisiä teemoja olivat valtavirtaisen oikeusvertailun eurosentrisyys,¹² oppialan rajoittuminen yksityisoikeuden tarkastelemiseen¹³ sekä oppialan huomion kiinnittyminen ”vieraan” (ei-länsimaisen) oikeuden ymmärtämisen sijasta länsiperäisen lainsäädännön levittä-

muksen; vertailu näyttäytyy yleisenä oikeustieteellisenä tutkimustapana, tekemisenä. Husan tapa käsitellä oikeusvertailua yleisenä oikeudellisena tutkimus- tai ajattelutapana on mielestäni perusteltu ja vastaa erittäin hyvin sitä tosiasiallista merkitystä, joka oikeusvertailulla tämän päivän lainopilliselle tutkimukselle on. Tässä kirjoituksessa liikutaan kuitenkin erilaisella ja suppeammalla akselilla, nimenomaisten komparatistien keskinäisessä teoriapainotteisessa tai metodologisessa keskustelussa. Ks. Husa, Jaakko: ”Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – ’oikeaa oikeusvertailua’?”, *Lakimies* 5/2010.

¹⁰ Ks. esim. Frankenberg, Günter: ”Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, 26 *Harvard International Law Journal* 1985; Öricü, Esin: ”Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition”, 4 *Electronic Journal of Comparative Law* 2000; Öricü, Esin: ”Unde Venit, Quo Tendit *Comparative Law*?” teoksessa Harding, Andrew & Öricü, Esin (toim): *Comparative Law in the 21st Century*. Kluwer Law International 2002; Ewald, William: ”Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?”, 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1995, s. 1961–1965; Millns, Susan: ”Book review: Introduction to Comparative Law by K. Zweigert”, *International & Comparative Law Quarterly* 48(4), 1999.

¹¹ Twining, William: *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths London 2000; Mattei, Ugo: ”An Opportunity Not to Be Missed: The Future of Comparative Law in the United States”, 46 *American Journal of Comparative Law* 1998; Glenn, H. Patrick: *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 2nd edition. Oxford University Press 2004; Twining, William: ”General Jurisprudence”, 15 *University of Miami International and Comparative Law Review* 2007–2008, erit. luku ”The Significance of ‘Globalization’”; Menski, Werner: *Comparative Law in a Global Context*, Cambridge University Press 2006; Mattei, Ugo: ”Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems”, 45 *American Journal of Comparative Law* 1997, s. 6 sekä 10–11.

¹² Ks. esim. Foster, Nicholas HD et al.: ”A Fresh Start for Comparative Legal Studies? A Collective Review of Patrick Glenn’s *Legal Traditions of the World*, 2nd Edition”, 1 *Journal of Comparative Law* 2006, s. 108; Twining, William: *Globalisation and Legal Theory*. Butterworths 2000, s. 185–189; Menski, Werner: *Comparative Law in a Global Context*, Cambridge University Press 2006, s. 25–27; Reimann, Mathias: ”Stepping Out of the European Shadow: Why Comparative Law in the United States Must Develop Its Own Agenda”, 46 *Am. J. Comp. L.* 1998; Monaetri, P.G.: ”’Everybody’s Talking’: The Future of Comparative Law”, 21 *HasTINGS International And Comparative Law Review* 1997–1998, s. 835–839.

¹³ Öricü, Esin: *The Enigma of Comparative Law*. Martinus Nijhoff Publishers 2004, s. 171; Twining, William: *Globalisation & Legal Theory*. Butterworths 2000, s. 185; Husa, Jaakko: *Johdatus oikeusvertailuun*. Kauppakaari Oyj 1998, s. 4 ja 7.

tymiseen ”vieraisa” oikeusjärjestelmissä.¹⁴ Kriitikot näkivät ongelmien taustalla syviä teoreettisia ja metodologisia puutteita, joita olivat etenkin nk. oikeusvertaillevan funktionalismin kyvyttömyys käsitellä ei-länsimaisia oikeuskäsityksiä¹⁵ sekä oikeusvertailijoiden lakikeskeinen eli *legosentrinen* olettaus länsimaisesta oikeuskäsityksestä kulttuurineutraalina ja universaalina.¹⁶

Uuden vuosituhanen vertaileva oikeustiede on alkanut nostaa aiempaa enemmän tarkastelun keskiöön ei-länsimaisia oikeusjärjestelmiä sekä pyrkii tulkitsemaan niitä aiempaa monitieteellisemmin tavoin. Samalla oikeusvertailijoiden huomio on alkanut siirtyä perinteisistä kansallisista ja paikallisista oikeusjärjestelmistä myös ylikansallisten normistojen tarkasteluun.¹⁷

Teoreettisten peruskysymystensä johdosta oikeusvertailijat ovat sulautuneet mukaan 2000-luvulla *kaikkia* oikeuden yleistieteitä koskettaviin kulttuurisensitiivisiin oikeusteoreettisiin keskusteluihin, joiden pyrkimyksenä on luonnostella uudelle vuosituhanelle sopivaa yleisteoreettista lähestymistapaa oikeuteen (esimerkiksi pluralistisista lähtökohdista).¹⁸

Samalla oikeusvertailijat ovat pyrkineet muotoilemaan omalle oppialalleen uudenlaista metodologiaa, jossa haasteena on oikeudellisen tutkimuksen identiteetin

¹⁴ Ks esim. Legrand, Pierre: “The Impossibility of Legal Transplants”, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1997; Mattei, Ugo: ”The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence”. Teoksessa Riles, Annelise (toim.): *Re-thinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing 2001; Ewald, William: “Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants”, 43 *American Journal of Comparative Law* 1995; Ewald, William: “Comparative Jurisprudence (I): What was it Like to Try a Rat?”, 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1995, esim s. 1938.

¹⁵ Ks esim. Ewald, William: “Comparative Jurisprudence (I): What was it Like to Try a Rat?”, 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1995; De Coninck, Julie: “The Functional Method of Comparative Law: *Quo Vadis?*”, 74 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2010; Ruskola, Teemu: “Legal Orientalism”, 101 *Michigan Law Review* 2002–2003.

¹⁶ Frankenberg, Günter: ”Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, 26 *Harvard International Law Journal* 1985.

¹⁷ Reimann, Mathias: ”Beyond National Legal Systems: A Comparative Law for the International Age”, 75 *Tulane Law Review* 2000–2001; Mamlyuk, Boris N. & Mattei, Ugo: ”Comparative International Law”, 36 *Brooklyn Journal of International Law* 2001; Ruskola, Teemu: “Where is Asia? When is Asia? Theorizing Comparative Law and International Law”, 44 *University of California Davis Law Review* 2011.

¹⁸ Ks. yleisesti: Twining, William: *Globalisation and Legal Theory*, Butterworths 2000 sekä Twining, William: “General Jurisprudence”, 15 *University of Miami International & Comparative Law Review* 2007–2008; Griffiths, John: “What is Legal Pluralism?”, 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1986; Tamanaha, Brian: “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, 30 *Sydney Law Review* 2008 sekä Menski, Werner: *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2nd edition, Cambridge University Press 2006.

yhteensovittaminen monikulttuurisen tutkimuksen edellyttämän laaja-alaisuuden kanssa.¹⁹ Esiin nousee erityisesti pyrkimys tutkijan tietoisuuteen omasta subjektiivisuudestaan ja suhteestaan omaan ja tutkimaansa kulttuuriin sekä tutkimusmenetelmien tekemiseen läpinäkyviksi; näiltä osin uusi oikeusvertaileva metodologia muistuttaa monin tavoin nykyaikaista historiantutkimuksen etiikkaa.²⁰

3 Kysyntä positivismia laajemmalle käsitykselle ”oikeudesta”

Vertaillaessaan monikulttuurista oikeustodellisuutta 21. vuosisadan globalisaatio-tietoisessa ympäristössä oikeusvertailijat liikkuvat väistämättä ”oikeuden” perinteisten määritelmien ääri rajoilla. Voidakseen luoda nykyhetken vaatimuksia vastaavan tutkimustavan, -metodin tai -otteen, vertailijoiden on samalla määriteltävä tutkimuksensa kohde – oikeus – tavalla, joka vastaa tutkimuksen tarpeita. William Ewaldin sanoin:

[F]or any academic subject there exists a close connection between the problem of subject matter and the problem of method; that is, between the questions, What is the subject about? and How should we study it? In the case at hand, this means that the question How should we study foreign law? cannot be separated from the central question of legal philosophy, namely, What is law? In other words, any approach to comparative law must in the end rely on some theory, however shadowy and implicit, of the nature of law; this theory will determine what the subject is about and how it is to be pursued.²¹

Kirjoitettuun ja muodollisesti puhtaaseen lakiin keskittyvää perinteistä ”valtavirtaista” vertailututkimusta erottaa kulttuurikeskeisistä globalisaatiotutkijoista etenkin kunkin tutkijan suhtautuminen ja sitoumus perinteisiin positivistisiin käsityk-

¹⁹ Ks esim. Legrand, Pierre: “The Same and the Different”, teoksessa Legrand, Pierre & Munday, Roderick (toim.): *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press 2003; Legrand, Pierre: “Review Article: Comparative Legal Studies and Commitment to Theory”. 58 *Modern Law Review* 1995; Ruskola, Teemu: “Legal Orientalism”, 101 *Michigan Law Review* 2002–2003; Glenn, H. Patrick: “Doin’ the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions”, 50 *McGill Law Journal* 2005.

²⁰ Vrt yleisesti esim. Chakrabarty, Dipesh: *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton University Press 2000; Kalela, Jorma: *Historiantutkimus ja historia*. Gaudeamus 2000; Gordley, James: ”Comparative Law and Legal History”, teoksessa Reimann, Mathias & Zimmermann, Reinhard (toim.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press 2006; sekä *mutatis mutandis* Said, Edward: *Orientalism*, Pantheon Books 1978.

²¹ Ewald, William: “Comparative Jurisprudence (I): What was it Like to Try a Rat?”, 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1995, s. 2106–2107.

siin siitä, mitä oikeus on ja mitä se ei ole. Oikeustieteilijöillä on tapana mieltää oikeus sitä ”oikeammaksi” mitä kirjoitetumpaa ja muodollisemman positiivista se on; sivuamme tässä Günter Frankenbergin lanseeraamaa *legosentrismin* käsitettä.²²

On syytä korostaa, että oikeusvertailijat ovat omassa keskuudessaan erimielisiä siitä, miten tämä jännite tulisi ratkaista. Kyse ei siis ole mistään yksituumaisesta oppialan puskeutumisesta muusta oikeustieteestä poikkeaviin oikeudenmäärityksiin. Esimerkiksi erään ranskalaisen oikeusvertailun nykyoppikirjan kirjoittaja Raymond Legeais kertoo teoksensa toisen laitoksen alkupuheessa, että häntä on kritisoitu teoksensa ensimmäisen laitoksen eurosentrisyydestä ja länsimaisten oikeusjärjestelmien tietoisesta korottamisesta muita oikeustraditioita ”merkityksellisempään” asemaan (eli legosentrismin ”oireista”). Legeais vastaa arvostelijoilleen viittaamalla juuri *oikeuspositivistiseen perinteeseen* ja positivistisiin määritelmiin siitä, mitä oikeus on.²³ Positivismi on Legeais’lle järkkymätön lähtökohhta, joka hillitsee hänen tulkintojaan oikeuden rajoista.

Positivistinen taustaoletus näkyy tyypillisesti juuri makrotason oikeusvertailevissa yleisteorioissa, joiden tosiasiallinen huomio ja pääsisältö keskittyvät sen johdosta länsimaisiin oikeustraditioihin. Kun kirjoittaja ryhtyy tarkastelemaan vertailtavia oikeuskulttuureja lähemmin, hänen on ratkaistava, millaiset normit, säännöt, tavat, perinteet, instituutiot ja käytännöt ovat sitä ”oikeutta” jota hänen oikeustieteilijänä on tarkoitus tutkia. Vaikka esimerkiksi kungfutselainen yhteiskuntafilosofia ja *li*-perinne tai toisaalta islamilainen *Sharia*-oikeus tunnustetaan tavanomaisesti olemassa oleviksi oikeudellisiksi – tai ainakin yhteiskunnallisiksi – järjestelmiksi, ne tahtovat jäädä tosiasiallisessa vertailussa marginaaliin. Syynä on niiden ”vieraus”, niiden kulttuurikeskeisyys, niiden yhteensopimattomuus säädännäisen, ”kypsän” nykyaikaisen (länsimaisen) oikeuden rinnalla. Lopputuloksena valtavirran oikeusvertailijat korostavatkin tarkastelussaan usein länsimaisia, positivistisesti rakentuneita oikeusjärjestelmiä. Ei-länsimaisten valtioiden osalta huomion kohteena on puolestaan usein vain niiden kirjoitettu oikeus, jonka juuret useimmiten perustuvat länsimaista tuotuihin positivistisiin kodifikaatioihin tai *common law* -variantteihin.

²² Frankenberg, Günter: ”Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law”, 26 *Harvard International Law Journal* 1985, erit. s. 441 ja 445.

²³ Legeais, Raymond: *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*. 2e édition. LexisNexis SA, 2008. Avant-propos pour la deuxième édition.

Esimerkiksi Konrad Zweigertin ja Hein Kötzin yli 700-sivuinen perinteisen lakivertailun klassikkoteos *An Introduction to Comparative Law*²⁴ käsittelee kiinalaista, japanilaista, islamilaista ja hindulaista oikeutta yhteensä reilun kolmenkymmenen sivun verran. Liki pitäen koko teoksen toinen osa, joka käsittelee keskeisiä siviilioikeudellisia kysymyksiä funktionalistisesta oikeusvertailevasta näkökulmasta, rajoittuu miltei yksinomaan germaanisen, romanistisen ja *common law* –perheen keskinäiseen vertailuun.²⁵ Samalla tavoin Glendon, Gordon ja Osakwe keskittyvät amerikkalaisessa oppikirjassaan pelkästään kolmeen ”pääasiallisena” pitämäänsä oikeusjärjestelmään (Civil Law, Common Law, Socialist Law) ja jättävät Kaukoidän oikeuden sekä islamilaisen, hindulaisen, juutalaisen ja kanonisen oikeuden pelkän maininnan varaan.²⁶

Tällaiset kohteen rajaukset ovat toki perusteltuja kirjoittajien itselleen asettamien lähtökohtien valossa. Zweigertin ja Kötzin funktionalismin rajaus on siinä, että muita kuin yhteismitallisia lakeja ei voi hyödyllisesti vertailla toisiinsa²⁷. Tiukasti tulkittuna tästä lähtökohdasta ei voida vertailla nykyaikaisten länsimaisten valtioiden lakijärjestelmien oikeusnormeja sokeasti – jopa kulttuurisokeasti – vaikkapa jumalalliseen ilmoitukseen tai tuhansien vuosien ikäiseen käytöstapakoodistoon. Glendonin ja kumppaneiden ratkaisua puoltaa puolestaan heidän teoksensa käyttötarkoitus perustutkinto-opiskelijoiden oppikirjana; teoksen omien sanojen mukaan perinteinen amerikkalainen ’Comparative Legal Traditions’ -johdantokurssi ei yleensä käsittele ei-länsimaisia traditioita lainkaan.²⁸

Silti lopulta tosiasiaksi jää, että Zweigert ja Kötz (sekä Glendon et al) opettavat lukijaansa keskittymään ensisijaisesti opillisesti ”puhtaaseen” ja positivistisesti käypään oikeusainekseen. Vaikkeivät kirjoittajat nimenomaisesti väittäisikään ei-positiivista oikeutta vähempiarvoiseksi, heidän aihevalikoimansa ja esimerkkinsä *tosiasiallisesti* esittävät oikeusvertailun maailman juuri tällaisessa valossa. Tätä ilmiötä voisi kriittisen oikeusvertailun näkökulmasta kutsua vaikkapa *positivistiseksi arroganssiksi*. Ugo Mattei ja William Twining kuvaavat tahoillaan jäykän positivistisen oikeuskäsityksen tuottamaa maailmankuvallista vajetta näin:

²⁴ Zweigert, Konrad & Kötz, Hein: *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition. Clarendon Press 1998.

²⁵ Näin esimerkiksi perusteettoman edun palautusta käsitteleviä doktriineja vertaillaan varsinaisesti vain Sveitsin siviililain, Saksan BGB:n, Ranskan *Code Civilin* sekä englantilaisen ja yhdysvaltalaisen oikeuden välillä. Ks. Zweigert & Kötz, s. 537-594.

²⁶ Glendon, Mary Ann et al: *Comparative Legal Traditions*, West Publishing Company 1982, s. 5-6 sekä 19–20.

²⁷ Zweigert, Konrad & Kötz, Hein: *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition. Clarendon Press 1998, s. 34.

²⁸ Glendon et al: *Comparative Legal Traditions*, West Publishing Company 1982, s. 6.

[L]egal positivism is *the enemy* of understanding the law. It is a reductionist perspective that artificially excludes from the picture the deeper structure of the law (things like legal culture, language of legal expression, revolutionary moments and so on) as well as (in typical postmodern style) the decorative, and symbolic elements of it. Positivism, as a consequence is unmasked as an inherently formalistic approach, in the sense that form prevails over structure in determining the law's domain. It *outlaws* (considers outside of the law) deeper structural aspects...²⁹

[P]art of the passion behind attacks on state centralism was directed against the view that tribal law or religious law did not *deserve* to be called "law". [...] [I]t implied that scholars of Islamic law, Hindu law, or African law were not really jurists. Concern about academic snobbery may seem trivial, but it had a profound effect on academic practice. [...] [I]n Western academic traditions, study of non-state law and non-Western traditions, systems, and points of view has been ethnocentrically marginalized.³⁰

Eron tekeminen lakikeskeiseen oikeudelliseen maailmankuvaan näkyikin selkeänä esimerkiksi 21. vuosisadan oikeusvertailun taksonomisissa yleisteoksissa, joiden määritelmät oikeudelliselle normiainekselle kattavat mitä moninaisimpia kulttuurisia, uskonnollisia, poliittis-historiallisia ja yhteiskuntafilosofisia lähtökohtia.³¹

4 Kelsenin aave – juristiprofession hillitsevä ääni

Kun sitä kutsutaan 'puhtaaksi' oikeusopiksi, tämä johtuu siitä, että se haluaa luoda vakaan perustan yksinomaan oikeuteen kohdistuvalle tiedolle ja että se haluaa erottaa tästä tiedosta kaiken, mikä ei kuulu eksaktisti määritettyyn tutkimuskohteeseen, oikeuteen. Toisin sanoen: se tahtoo vapauttaa oikeustieteen kaikista sille vieraista aineksista.³²

Positivismeja on toki monenlaisia. Niiden yleisimmät piirteet lienee silti mahdollista tiivistää siltä osin kuin ne tukevat valtavirran oikeusvertailun hiljaisesti tunnustamia legosentrisiä perusolettamia. Esimerkiksi Hans Kelsenin *Puhtaan oike-*

²⁹ Mattei, Ugo: "The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence". Teoksessa Riles, Annelise (toim.): *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing 2001, s. 254.

³⁰ Twining, William: "Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective", 20 *Duke Journal of Comparative and International Law* 2009–2010, s. 499.

³¹ Esimerkiksi H. Patrick Glennillä sekä erityisesti Werner Menskillä. Ks. Glenn, H. Patrick: *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford University Press 2000; Menski, Werner: *Comparative Law in a Global Context*, Cambridge University Press 2006.

³² Kelsen, Hans: *Puhdas oikeusoppi*, WSOY 1968, s. 1.

usopin ”puhtaus” on juuri sitä, että Kelsen haluaa ”vapauttaa oikeustieteen kaikista sille vieraista aineksista”, sillä valitettavasti ”täysin kriittikittömästi oikeustiede on sekaantunut psykologiaan ja sosiologiaan, etiikkaan ja poliittiseen teoriaan”³³. HLA Hart tiivistää vanhan austinilaisen positivismin siten, että oikeus koostuu säännöistä, jotka ovat suvereenin hallitsijan tai tämän alaisten ja tämän tahdon mukaisesti antamia, uhilla tuettuja yleisiä määräyksiä³⁴. Eräs Hartin oman positivismin merkittävin edellytys ovat toissijaiset normit³⁵, pätevät säännöt siitä, miten varsinaisia oikeusnormeja annetaan, käytetään ja uusinnetaan; niiden johdosta oikeusjärjestelmän normit valikoituvat ”oikeiksi” oikeuden osasiksi ja *erottautuvat erityisesti tavoista* (habits), jotka puolestaan *eivät* ole varsinaista oikeutta³⁶. Myös Kaarlo Tuorin kriittinen oikeuspositivismi pitäytyy tarkastelussaan vain ”kypsässä” länsimaisessa, muodollisesti kehittyneessä oikeudessa.³⁷ Tässä lukija saattaa rivien välissä kysyä, tulisiko muunlaisen oikeuden vastaavasti katsoa olevan ”epäkypsää”, vertailukelvotonta tai muutoin ”muukalaista”.

Nämä samaiset kysymykset nykyaikaisen ”kypsän” oikeuden ja vieraiden yhteiskuntajärjestysten epätäydellisestä keskinäisestä vertailukelpoisuudesta (Tuori), ”oikeustieteelle vieraiden ainesten” tarkastelemisen sopimattomuudesta oikeustieteilijälle (Kelsen) sekä ylipäättään ei-oikeuden ja ”varsinaisen” oikeuden välisestä häilyvästä mutta ehdottoman tarpeellisesta rajasta (Hart) pureutuvat syvälle oikeusvertailevan tutkimuksen identiteetin muutospainaisiin. Ne toimivat eräänlaisena ”juristiprofession” äänenä, joka varoittaa oikeusvertailijaa eksymästä liikaa ”varsinaisen” oikeusaineksen tutkimisen ulkopuolelle.

Positivismin perusoletuksiin on painavat syynsä. Kun positivistit määrittelevät tutkimaansa oikeutta, heidän viimekätinen pitäytyminen ”rajan juristimaisella puolella” ei ole pelkkä sokea ideologinen valinta, vaan liittyy juristiprofession perustarkoitukseen. Oikeuden ammattilaiset ja oikeuden asiantuntijathan ovat olemassa juuri siksi, että he ovat linjanvetäjiä yhteiskunnan totuuksien, aatteiden, pyrkimysten ja oikeudenmukaisuuskäsitysten sekasotkussa; oikeuden ammattilaisen tehtävä on olla juuri se, joka tutkii epäselvyys-, konflikti- tai ongelmatilanteissa asioiden oikeat laidat ja selvittää, mitä todella on sovittu tai säädetty. Näiden oikeiden laitojen selvittäminen edellyttää juuri oikeuden selvittämistä sellaisena kuin se on subjektiivisista näkemyksistä irrallaan, eli länsimaisesti ajateltuna kirjoitetussa, muodollisesti pätevyityneessä ja olemuksellisesti irrallisessa todelli-

³³ Sama.

³⁴ Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press Clarendon Law Series 1994, s. 25.

³⁵ Sama, s. 81.

³⁶ Sama, s. 45, 52 sekä 55–56.

³⁷ Tuori, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*, WSOY Lakitieto 2000, s.4–5 ja 170.

suudessaan. Vulgäärästi ilmaistuna juristi on eräänlainen yhteiskuntatodellisuuden ongelmien viimekätinen ”roskakuski”, ei kulttuurintutkija.³⁸

Oikeustieteen piirissä vaikuttava vahva ammattikunnan käytännön tarpeiden etusija on haastava identiteettikysymys, jonka lähestulkoon jokainen akateeminen oikeustieteilijä kohtaa tiedekuntansa käytävillä.³⁹ Erityisen painavana tämä usein hierarkkinenkin taustatematiikka kohtaa oikeuden marginaalisempia yleistieteilijöitä, joista muuntuvia oikeudellisia maailmankuvia pohtivat oikeusvertailijat ovat malliesimerkki. Heitä voisi pitää jopa oikeustieteen ”marginaalin marginaalina”.

Näin oikeusvertailun kriitikot ovat puretuneet paljon pelkkiä oikeudellisen maailman sisäisiä tutkimuskohdevalintoja tai metodioppeja syvällisempään kysymykseen; he ovat astuneet itse *oikeustieteen* identiteetin reunalle. Ja tässä he ovat alkaneet luisua sellaiselle tieteelliselle tontille, jonka perinteinen oikeustiede Kelsenin (ja tämän kirjoituksen alussa siteeratun kannanottomuistion) tapaan mielellään katsoo kuuluvan muille tieteenaloille kuin oikeustieteelle, kuten esimerkiksi valtiotieteille tai filosofialle.

5 Yhteisymmärrystä etsimässä

Oikeuden sisällöllisten tai muutoin ei-muodollisten pätevyyskriteerien täydellinen poissulkeminen ei toki ole yhdenkään nykyaikaisen oikeuspositivistinkaan pyrkimys. Sitähän Tuorin *Kriittisen oikeuspositivismin* kriittisyys osaltaan tarkoittaa-kin sen etsiessä selitystä oikeuden ja ympäröivän arvomaailman väliselle vuorovaikutukselle. Myös H.L.A Hart pohtii, että oikeudessa on lopulta pakko olla jonkinlainen järjenvä ”luonnonoikeuden vähimmäisisältö”, jonka johdosta oikeuden mukaan toimiva ihmiskunta ei voi – ei saa – toimia sokean koneiston tavoin esimerkiksi kohdatessaan rajallisten resurssien aiheuttamaa niukkuutta tai yksilöiden (tahi väestöjen) luontaisten voimasuhteiden eroista kumpuavia vallankäyttötilanteita.⁴⁰

Myös oikeusvertailijat ovat tietoisia niin juridisen ammattikunnan peruslähtökohdista kuin positivistisenkin teorian reunaehdoista. Koska ammattimaisen (positivistisen) identiteettiaselman taustalla vaikuttavat merkittävät, itse oikeuden

³⁸ Vrt. Langbein, John: “Albion’s Fatal Flaws”, 98 *Past & Present* 1983, s. 119.

³⁹ Tästä erityisen osuvasti Kennedy, Duncan: “Legal Education and the Reproduction of Hierarchy”, 32 *Journal of Legal Education* 1982.

⁴⁰ Hart, H.L.A: *The Concept of Law*, Oxford University Press Clarendon Law Series 1994, s. 193–200.

luonteen ytimeistä ja *raison d'être*stä kumpuavat perustelut, olisi virheellistä päätellä oikopäätä, että näitä peruskysymyksiä haastavat oikeuden kriitikot suhtautuisivat niihin lopullisen vihamielisesti. Ei siis yllättäne ketään, että juridisen identiteetin ja globalisaatiotietoisen kontekstin välillä käydään jatkuvaa asennekompromisseihin tai yhteisymmärryksen löytämiseen tähtäävää keskustelua.

Oikeuspositivismin merkitys on useille vertailijoille arvokas aihe, jonka käsittelemiseen he uhraavat runsaasti aikaansa. Juristin nimike ja lupa oikeustieteellisessä kontekstissa kirjoittamiseen on vertailijoille aivan yhtä merkityksellinen kuin lainopin harjoittajillekin. Oikeusvertailijat painottavat kuitenkin, että heidän pyrkimyksiään eivät aja professionalistiset tai minäkuvalliset kriteerit vaan ennen kaikkea akateemiset ja intellektuaaliset, oikeuden nykymallisuudesta kumpuavat tarpeet. Siksi heidän tulee *vakuuttua* oikeuskäsityksensä riittävydestä eikä muokata omasta perinteestä kumpuavaan muodolliseen teorianmalliin:

“[A]s the discipline of law becomes more cosmopolitan, the theoretical part of jurisprudence needs to broaden its reach to take more account of non-Western legal traditions, a wider range of legal phenomena, and different levels of normative and legal relations and ordering.”

[...]

The issue is not mainly a semantic one nor is it one of status, a plea that specialists in religious legal traditions, African law or Gypsy law, should be recognized as jurists and legal scholars. Instead, it concerns the health of our discipline and especially our collective ignorance and marginalization of the ideas, norms, institutions and practices of non-Western legal traditions.⁴¹

Kun nykyvertailijat käyvät tämänhetkisiä keskusteluitaan yleisestä ja yleismaailmallisesta oikeusteoriasta, he etsivät uutta paradigmaa⁴² paitsi omalle tutkimukselleen, myös globaaleja kysymyksiä käsittelevälle yleiselle oikeusteorialle. On huomionarvoista, että ilmeisestä länsimaisen oikeusmallin hegemoniaan kohdistuvasta kritiikistä huolimatta positivistiselle ja ammattimaiselle länsimaiselle oikeusarkkityypille varataan yleensä erityisasema kriittisissäkin ajattelumalleissa.

⁴¹ Twining, William : “General Jurisprudence”, 15 *University of Miami International and Comparative Law Review* 2007–2008 s. 26 sekä 34.

⁴² Tai vaihtoehtoisesti – Legrandin sanoin – ”siirtymistä pre-paradigmaattisesta paradigmaattiseen vaiheeseen”. Ks. Legrand, Pierre: ”John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A dialogue”, 47 *American Journal of Comparative Law* 1999, s. 6.

Esimerkiksi Ugo Mattein kolmen oikeusmallin taksonomiaa⁴³ ei tee kriittiseksi se, että malli kiistäisi länsimaisen oikeuden arvot ja toimintaperiaatteet, vaan se, että hän ylipäätään tarjoaa sen ”rinnalle” kaksi vaihtoehtoista oikeusmallia. Näin siis ulkoapäin arvioituna ”keskitietä” etsivä ajattelijä näyttäytyy oikeustieteellisen keskustelun sisältä käsin ”äärimmäisenä”.

Vastaavasti oma lukunsa ovat *globaalia oikeuspluralismia* tutkivat oikeusvertailevat keskustelut. Koska normatiivinen pluralismi, oikeudellinen pluralismi ja globaali oikeuspluralismi ovat kukin laajoja teoriakokonaisuuksia omilla tahoillaan, koetan välttää niiden tuomista liiaksi tämän kirjoituksen yhteyteen. Esimerkkinä mainittakoon kuitenkin Werner Menskin hahmotelma pluralistisesta vertailevasta oikeusajattelusta. Menskin pluralistinen oikeusajattelu ehdottaa käyttööme uutta ”oikeuden työmääritelmää”, jossa oikeuspluralismi toimii keskeisenä välittävänä näkökulmana valtiolähtöisen positivismin, nykyaikaisen luonnonoikeusajattelun sekä kriittisen ”sosiolegaalisen” tutkimuksen välimaastossa.⁴⁴

Huolimatta Menskin perin kriittisestä suhtautumisesta valtiolähtöistä oikeuspositivismia kohtaan⁴⁵ hänen pluralistinen työmääritelmänsä oikeudelle näyttäisi tarjoavan etupäässä ”täydennystä” positivistisiin lähtökohtiin niiden syrjäyttämisen sijaan. Toisaalta kuitenkin Menskiä voi lukea niinkin, että hänen oikeuskäsityksensä keskiössä sijaitseva pluralismi nousee etualalle ja ”alentaa” positivistisen muodollisen oikeuskäsityksen ”vain” yhdeksi osatekijäksi muiden, kelseniläisittäin epäpuhtaiden oikeudellisten elementtien kokonaisuudessa. Näkökulma riippuu lukijasta, minkä johdosta tämäkin pluralismia korostava teoria näyttäytynee joko progressiivisena tai epäpuhtaana sen mukaan, millaisista identiteettilähtökohdista lukija sitä tarkastelee.

Suosioistaan ja ajankohtaisuudestaan huolimatta nykypluralismi ei sekään kiistatta näyttäisi rakentuvan tarjoamaan ratkaisevaa vastausta ”oikeuden” käsitteen rajoihin. William Twiningin sanoin:

The term ”global legal pluralism” has gained currency in recent years. [...] As a concept it is not very promising. We have already seen that each of its

⁴³ Mattei, Ugo: ”Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems”, 45 *American Journal of Comparative Law* 1997. Sanottakoon, että Mattein taksonomiamalli on erittäin suosittu ja hyvin omaksuttu, mistä johtuen sitä ei ole paikallaan lukea kovin räikeäksi esimerkiksi positivismia kyseenalaistavan oikeusvertailun joukossa.

⁴⁴ Menski, Werner: *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2nd edition, Cambridge University Press 2006, s. 150–190.

⁴⁵ Tämä ilmenee erityisesti Menskin teoksen loppupäätelmistä otsikolla ”Towards Global Legal Realism”. Ks. Menski, Werner: *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2nd edition, Cambridge University Press 2006, s. 594–613.

constituent elements is problematic: “g-words” such as “global” are repeatedly overused and abused; there is perpetual debate about the criteria of identification of “the legal”; the ism in pluralism is loosely used to refer to a phenomenon, the study of that phenomenon, or a perspective or lens or school. In addition there lurks the persistent question: plurality of what exactly?⁴⁶

Jopa pluralistinen ajattelumalli edellyttää käsitystä siitä, *mitä* haluamme pluralistisesti tutkia. Tämän huomion myötä päädyimme lähestulkoon sokraattiseen *aporiaan*; totuus pakenee pohdintojamme. Olemme jälleen peruskysymyksemme äärellä eli pohdimme, mitä kaikkea normiainesta globaalissa pluraalissa kontekstissa tarkasteltavaan ”oikeuteen” olisi sopivaa sisällyttää.

6 Lopuksi: Substanssi ja identiteetti

Edellä kuvatun näkemyksellisen umpisolmun pohjalta päädyimme vain esittämään uusia kysymyksiä löytämättä toistaiseksi lopullisia vastauksia. Tässä kuvatujen teoreettisten ongelmien ääreltä käsin oikeusvertailu – siis oikeusjärjestelmien vertailemiseen kohdistuva oikeustieteen oppiala – näyttäisikin jumiutuneen perustavanlaatuisen metodologiseen ja teoreettiseen dilemmaan, jonka johdosta se käy läpi pitkittynyttä identiteettikriisin vaihetta. Samalla oppialan piirissä esitetty tarve uudelleenmäärittellä tutkimuksen peruslähtökohtia näyttää eskaloituneen pisteeseen, jossa konkreettisen oikeusvertailevan tutkimustyön tekijälle esitetään oppialan ”metodisiivestä” lähestulkoon mahdottomia vaatimuksia.

Voidaan kysyä, onko *comparative law* -oppiala jakautunut niin perustavanlaatuisesti, että vertaileva oikeustiede alkaa olla erottamattomissa oikeusteoreettisesta nykykeskustelusta ja toisaalta etäännytynyt oppialan varsinaisista vertailevista lähtökohdista. Tällainen näkökulma ei ole harvinainen. Esimerkiksi Eduskunnan kirjaston asiasanavalikoima tekee nykyään eron ”oikeusvertailun” ja ”vertailevan oikeustieteen” välillä siten, että edellinen viittaa tosiasialliseen oikeusjärjestelmien vertailutyöhön ja jälkimmäinen puolestaan tässä kuvatun kaltaiseen teoreettisempaan keskusteluun. Käänteisesti kuitenkin tällainen erottelu on omiaan vahvistamaan vertailevan nykykritiikin perusväitteitä, sillä kyse voi lopulta olla professionalistisen positivistisen lakivertailun näkökulmaa palvelevasta defenssistä, jonka kautta oikeusvertailun laadulliseen ja intellektuaaliseen parantamiseen pyrkivä keskustelu marginalisoidaan alkuperäisestä oppialayhteydestään.

⁴⁶ Twining, William: “Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective”, 20 *Duke Journal of Comparative and International Law* 2009–2010, s. 511.

Palaamme aiemmin luonnehtimaani kysymykseen tunnistamissääntöjen tunnistamissäännöistä, joka näyttäisi erottavan positivistista ja pluralistista maailmankuvaa toisistaan. Yhtäältä näyttäisi siltä, että positivistinen maailmankuva nojaa vahvasti ajatukseen jokseenkin homogeenisista kriteereistä (tai universaalista kriteeristä), joiden nojalla tunnistamiskelpoiset perusnormit ja niiden alaiset muodollisesti pätevät oikeusnormistot valikoituvat. Pluralistinen maailmankuva puolestaan nimensä veroisesti näyttäisi kallistuvan käsitykseen lukuisista rinnakkaisista tunnistamissäännöistä ja limittyneemmistä oikeudellisista ulottuvuuksista.

Asiatasolla positivistisia lakivertailijoita ja pluralistisia kulttuuriorientoituneita vertailijoita jakaa toisistaan eniten kysymys oikeuden ja ei-oikeuden rajoista. Positivistinen teoria korostaa noiden rajojen väistämättömyyttä ja ensisijaisuutta kun taas nykyvertailevat kriittiset ja globalisaatiotietoiset näkökulmat nojaavat tässäkin kokolailla päinvastaiseen näkemykseen.

Samalla näemme viitteitä siitä, että kysymys tunnistamissääntöjen tunnistamissäännöistä ei pohjimmiltaan typisty pelkästään teoreettiseen kysymykseen siitä mitä ilmiö nimeltä ”oikeus” on. Lisäksi se nivoutuu vahvasti myös itse oikeustieteen ja oikeustieteilijöiden minäkuvaan ja itseymmärrykseen. Kysymys on siis oikeudesta piirtämämme kuvan ohella samanaikaisesti siitä, mitä me itse haluamme määrittää oikeudeksi sekä siitä, millaiseen rooliin me itse haluamme oikeustieteen ja oikeustieteilijän jatkossa asettaa.

Niinpä seuraamme toistaiseksi ratkaisemattomien pulmien ja likipitäen äärettömien globalisaatioaiheisten näkökulmien välistä keskustelua. Ehkäpä kestävä ratkaisun vallitsevaan epätietoisuuteen toisi vain jonkinlainen uusi, toistaiseksi vaikeasti ennustettava teoreettinen ja metodologinen paradigmanmuutos. Nyt käsillä näyttäisi olevan enemmän vaatimuksia yleismaailmallisesta oikeuskäsityksestä kuin käyttökelpoisia ratkaisuja.

MUUTTUVA YHTEISKUNTA, OIKEUS JA OIKEUSTIETEEN METODI

Markus Kari, OTL, KTM

Tohtorikoulutettava

Helsingin yliopisto,

Oikeus muuttuvassa maailmassa -tutkijakoulu

1 Johdanto

Keskustelu siitä, minkälaisia metodeita oikeustieteessä on syytä käyttää, kävi kii-vaana vuosituhannen vaihteen tienoilla. Tuolloin kirjoitettiin runsaasti teemoista, joihin ennen kaikkea eurooppalaistuminen ja uudet tavat hahmottaa sekä käsitellä oikeutta tutkimuskohteena antoivat aihetta. Noihin aikoihin luotiin muun muassa oikeusteoreettisia synteesejä sekä pohdittiin empiirisen tutkimuksen paikkaa oikeustieteellisessä tutkimuksessa.¹ Sittemmin metodikeskustelu on mahdollisesti hieman rauhoittunut, mutta tärkeitä puheenvuoroja on edelleen esitetty.²

Tämä artikkeli on eräs jatkopuheenvuoro keskustelussa oikeustieteen metodista. Osoitan, että oikeus on eräs yhteiskunnallinen ilmiö, jolla on sille tyypillisten ja ainutlaatuisten piirteiden lisäksi yhteisiä piirteitä muiden yhteiskunnan ilmiöiden kanssa. Myös oikeuden tutkiminen sisältää sille uniikkeja piirteitä, mutta samalla yhtäläisyyksiä yhteiskunnan muiden osa-alueiden tutkimisen kanssa. Käsitellyssä ovat oikeustieteen ikuisuuskysymykset yhteiskunnan, oikeuden sekä oikeustieteen ja sen metodin parissa, mikä ei tee analyysistä erityisen helppoa. Tuon kuitenkin esille esimerkkejä selvittääkseni sitä, millä tavoin nuo toisiinsa kiinteässä riippuvaissuhteessa olevat käsitteet esiintyvät suomalaisessa oikeustieteessä. Lopulta esittelen yhden ratkaisumallin siitä, minkälaiseen analyysikehikkoon yhteiskunnallisen ja oikeudellisen muutoksen voisi vangita ja lisäksi siten yhden puheenvuoron oikeustieteen ikuiseen metodiikkadebattiin. Artikkelin taustalla on XIV

¹ Milleniumia edeltävästä metodikeskustelusta voi nostaa useita esimerkkejä: tärkeitä synteesejä olivat ainakin Tuori 2000 ja Pöyhönen 2000, oikeustaloustieteen esiinnousua ilmentää Kanninen & Määttä 1996, empirian asemasta oikeustieteessä Siltala 1997 ja Ervasti 1998, julkisoikeudellisen tutkimuksen metodiikasta Husa 1995 ja sen ympärillä käyty keskustelu, Pöyhönen 2000. Edelleen metodikeskustelussa otetaan usein esille kokoelmateos Häyhä 1997.

² Esim. Tuori 2007 on vienyt metodia eteenpäin oikeusteorian kehittelyn tasolla. Myös oikeustieteellisen metodiikan oppimateriaalia on päivitetty: esille on nostettava tuore metodiopas Hirvonen 2011.

Oikeustieteen päivien teema (Oikeus ja yhteiskunta – oikeustieteen monet kasvot) ja erityisesti oikeustieteen metodia koskevan työryhmän työskentely.³

2 Oikeuden yhteiskunnallisuus

2.1 *Yhteiskunnallisuuden nousu oikeuden yhteyteen*

XIV Oikeustieteen päivien plenumpuheessaan professori Letto-Vanamo toi esille sen, ettei ainakaan kukaan 1970-luvulla opiskellut juristi voinut välttyä havaitsemasta yhteiskunnan ja oikeuden kiinteätä suhdetta. Tämän yhteyden olemassaolosta on tullut juristeille itsestäänselvyys, eräs oikeudellisen ajattelun kiinnostavista. Juuri 1970-luvulla suomalainen juristikoulutus uudistettiin ottamaan huomioon muuttuva yhteiskunta: esimerkiksi historiatieteiden sekä talous- ja käyttäytymistieteiden avulla juristit pystyivät paremmin ymmärtämään poliittisesti kuohuvaa yhteiskuntatodellisuutta, jossa lainsäädännön muutostahti tiheni jatkuvasti. Tuolloin nähtiin, että pelkkä lainopin metodiikka ei riittänyt juristin työkalupakin välineeksi.

Oikeuden ”yhteiskunnallisuus” juontaa juurensa suomalaisten elinpiirin suuresta rakennemuutoksesta 1960- ja 1970-luvuilla. Tuolloin Suomi kävi läpi modernisaatioprosessin, jossa kulttuurin eri osa-alueet muuttivat muotojaan kaupungistuneempaan, elintasoltaan vauraampaan ja teknologialtaan kehittyneempään suuntaan. Samalla myös konservatiiviset arvot murtuivat, suomalaisten elinpiiri kansainvälistyi ja 1940-luvulla syntyneet suuret ikäluokat vaativat paikkaansa yhteiskunnan asioista päätettäessä. Modernisaatio välittyi oikeuden alueelle etenkin suurten uudistusten kautta. Yhteiskuntatodellisuus oli erkaantunut tavasta, jolla oikeus oli järjestetty ja tilanne aiheutti muospaineita nimenomaan oikeudelle. Lainsäädännön ja oikeusnormien ohella uudistuksia tarvittiin oikeuden eri instituutioissa ja oikeudellisissa oppirakennelmissa.

1960- ja 1970-luvuilla nähtiinkin useita oikeuspoliittisia uudistushankkeita, joilla tähdättiin erityisesti oikeusturvan parantamiseen, kansalaisen oikeusaseman uudelleenmuotoiluun ja hyvinvointivaltion oikeuden kehittämiseen. Yhteiskunta murtautui suuren rakennemuutoksen aikaan oikeuden sfäärin sisäpuolelle monella tavalla. Lakien perustelut muuttuivat arvoväritteisemmiksi ja ne perustuivat oikeuden ulkopuoliseen tutkimustietoon. Vallalla oli sääntelyoptimismi, usko lain-

³ Kiitän työryhmän jäseniä rakentavasta palautteesta. Erityiskiitos OTM Ville Komulaiselle arvokkaista kommentteista tähän kirjoitukseen.

säädännön kykyyn puuttua yhteiskunnan epäkohtiin. Osana sääntelyoptimistista ilmapiiriä myös oikeuspoliittinen keskustelu oli vilkasta – muiden elämänalojen ohella myös oikeus politisoitiin voimakkaasti.⁴

1980-luvulla oikeuskulttuurin muutos oli luonteeltaan erilaista. (Oikeus)poliittinen keskustelu rauhoittui ja äänenpainot lievenivät. *Kekkonen* on analysoinut oikeudellista muutosta viisikohtaisen, lainsäädännön kohdealueita koskevan jaotellun avulla. Ensimmäisenä muutosalueena on taloudellisen toiminnan sääntely, missä avainsanoja ovat deregulaatio ja liberalisointi. Mielestäni taloudellisen toiminnan välittömän sääntelyn kanssa kiinteässä yhteydessä ovat Kekkonen niin ikään esiin nostamat hallinnon ja hyvinvointivaltiollisen sääntelyn uudistamishankkeet. Nämä osa-alueet yhdessä esimerkiksi määrittävät uudelleen julkisen ja yksityisen välisiä rajoja ja ne välittivät muuttuneita taloudellisia ja poliittisia painotuksia oikeustodellisuuden alueelle. 1980-luvulla myös oikeusturvasektori uudistui ennen kaikkea sitä kautta, että keskeiset ihmis- ja perusoikeusperiaatteet nousivat vakavasti otettaviksi osiksi oikeuttamme. Myös ympäristöoikeuden nousu oikeudenalojen joukkoon voidaan ajoittaa 1980-luvulle.⁵

1990-luvulla edellisen vuosikymmenen kehitystrendit jatkuivat. Ne saivat seurakseen ja osin peittyivät vuosikymmenten suuriin muutoksiin. Vuosikymmenen yhteiskuntatodellisuutta hallitsevat ensinnäkin lama, toisaalta nopea eurooppalaistuminen. Lama aiheutti väistämätöntä muutosta hyvinvointivaltiollisen sääntelyn ja esimerkiksi sosiaalioikeuden sisältöön. Ensin ETA- ja sitten EY-oikeuden murtautuminen kansalliseen oikeusjärjestykseen ovat vaikuttaneet vahvasti koko oikeudellisen kentän kuvaan. 1980-luvulle ja sen jälkeiselle ajalle on vielä tyypillistä, että niiden akateeminen perustutkimus ei ole vielä valmista. Tieto on kumuloitunut jonkin verran ja esimerkiksi lamaa on tutkittu laajojenkin tutkimushankkeiden piirissä. 1980- ja 90-luvut ovat kuitenkin tutkimuksellisessa työnjaossa jossain menneisyyttä tutkivien tieteiden ja nykyisyyttä tutkivien yhteiskunta- ja ihmistieteiden välimaastossa. Ne ovat jääneet vähitellen esimerkiksi (oikeus)sosiologisten tutkimusten ulkopuolelle. Uudet tutkijasukupolvet alkavat vasta kiinnostua niistä ja ryhtyvät kumuloimaan tietoa pienistä palasista. Kokonaiskuvan muodostaminen on paikoin vielä tekemättä olevien analyysien varassa.⁶

⁴ Oikeuskulttuurin murroksesta suuressa rakennemuutoksessa ks. *Kekkonen* 1998, s. 100–126.

⁵ *Kekkonen* 1998, s. 130–141.

⁶ ”Historiaksi muuttumisen” prosessista ks. *Kalela* 2000, ss. 33.

2.2 Oikeustieteen näkökulmat oikeuteen: sisäinen ja ulkoinen

Vaikka yhteiskunta ei olekaan enää ylipolitisoitunut ja yltiöpäinen sääntelyoptimismikin haihtui viimeistään 1990-luvun alun lamavuosina⁷, kiinnittyi yhteiskunta menneinä vuosina kiinteäksi ja pysyväksi osaksi oikeutta. Tämä kiinnittyminen näkyy erityisesti eräässä keskeisessä tavassa mieltää oikeus: ei irrallisena saarekkeena, vaan kiinteässä yhteydessä yhteiskunnalliseen todellisuuteen. Oikeus voidaan tällöin nähdä eräänä osana yhteiskunnallista todellisuutta, samalla tavalla kuin vaikkapa talous, uskonto, politiikka tai taide. Yhteiskunta nähdään oliona, kokonaisuutena jonka tällaiset eri osakokonaisuudet muodostavat. Eri tavoin hahmoteltavat osakokonaisuudet muun muassa määrittelevät ihmisten suhteita toisiinsa ja ovat samalla vuorovaikutuksessa keskenään. Samalla niiden muutokset vaikuttavat toisiinsa – esimerkiksi poliittiset suunnanmuutokset jättävät lähes varmasti jälkensä oikeuteen. Kun oikeus mielletään näin, sitä voidaan myös tieteilisistä perspektiivistä katsoen arvioida samoista lähtökohdista kuin muitakin yhteiskunnan osa-alueita.⁸

Paitsi vertaistensa joukossa, oikeus voidaan nähdä myös järjestelmänä, joka on arvioitavissa ainoastaan sen sisäistä lähtökohdista käsin. Juristit ovatkin erikoistuneet oikeuden tutkimiseen juuri tästä oikeuden sisäisestä näkökulmasta käsin. Esimerkiksi Aarnion erittely on varmasti tuttu kaikille viimeisen kolmenkymmenen vuoden aikana opiskelleille juristille. Siinä oikeustiede nähdään nimenomaan lainoppina, joka lähestyy oikeutta sen sisäisestä tarkastelukulmasta käsin. Tällöin tarkastelun kohteena on oikeusjärjestys ja sen muodostavien sääntöjen sisältö. Sisäistä näkökulmaa oikeuteen tarvitsevat juristit, muun muassa tuomari ja hallintovirkamies, jotka samalla toimivat oikeusjärjestyksen osana.⁹ Kun oikeus nähdään sisäisestä näkökulmasta, se nähdään uniikkina instituutiona, jonka tutkiminen vaatii omat paradigmansa. Näistä keskeisin on lainopin oppirakennelma. Aarnion sanoin: ”*lainopin edustajan omaksumat metodiset säännöt ja periaatteet poikkeavat siitä, mitä on voimassa yhteiskuntatieteissä. Metodisten tieteiden radiikaali muuttaminen merkitsisi toisin sanoen koko lainoppikäsityksen murentumista.*”¹⁰

Yhteiskunnan eri osien näkeminen uniikkeina instituutioina on siinä mielessä edullista, että näin voimme ”eristää” tutkimuksen kohteet toisistaan ja muun muassa muodostaa eri alojen tutkimuksen metodiikkaa itsenäisesti. Yhtäältä tämä on

⁷ Esim. Kekkonen 1998, s. 156.

⁸ Ks. etenkin Tuori 2000.

⁹ Aarnio 1988, ss. 54.

¹⁰ Aarnio 1988, s. 60.

tarpeellista: oikeusjärjestyksen sisältämien sääntöjen selvittäminen luotettavasti ja täsmällisesti edellyttää muun muassa oikeuslähdeopilta ennakoitavuutta. Toisaalta on mahdollista ja haitallista, että kunkin erillisen osa-alueen tutkimus eriytyy ja muodostaa keskenään keskustelemattomia koulukuntia. Itse asiassa yliopistojen tieteellisen tutkimuksen tiedekunta-, laitos-, ja oppiainejaon eriytyminen selittyy pitkälti pyrkimyksellä käsitellä eri osa-alueita erillään toisistaan. Ajattelutapa korostaa skeptisyyttä yhteiskunnan eri osa-alueiden tutkimuksen keskinäisten yhteyksien suhteen.¹¹

Toisaalta juristit ovat kunnostautuneet oikeuden sisäisen ja ulkoisen näkökulman eri aspektien erittelyssä. Myös Aarnio esittää, että oikeutta ja oikeusjärjestystä voidaan lähestyä myös ulkopuolelta, jolloin tutkimuksen kohteena on itse järjestelmä. Lähestymistapa muistuttaa luonnontieteilijän lähestymistapaa kohteeseen, joka alistetaan tarkkailun alaiseksi esimerkiksi laboratoriossa. Aarnio kuitenkin huomauttaa, ettei yhteiskuntatiede voi toimia aivan näinkään. Yhteiskuntatieteilijän on ymmärrettävä myös tutkimuskohteensa sisäistä näkökulmaa. Yhteiskuntatieteilijä ja juristi ovat keskenään eri asemassa siinä, että ensiksi mainittu tutkii toisten toimintaa ja jälkimmäinen toimii itse oikeuden osana. Aarnio päätelee, että ”oikeustieteen harjoittaja toimii tavallaan ulkoisen ja sisäisen näkökulman välimaastossa.” Hänen kiinnostuksensa kohdistuu sääntöihin, mutta hän ei ole tuomarin lailla oikeuden sisäinen toimija. Hänen ”tiedonintressinsä on kuitenkin lähempänä tuomarin kuin yhteiskuntatieteilijän tiedonintressiä”. Puhuessaan oikeustieteestä, Aarnio viittaa nimenomaan lainoppiin, oikeuden sisällön systematisointiin ja tulkintaan. Hän rakentaa analyysissään lainopin paradigman, joka ulkopuolelle oikeuden ulkopuolinen näkökulma suljetaan.¹²

Tuorin tarkentavasta erittelystä havaitaan oikeuden osanottajan ja tarkkailijan eriytyneiden roolien analyysin olevan jatkuva oikeusteoreettisen keskustelun aihe. Oman lisänsä tähän keskusteluun on Tuorin mukaan tuonut *Hart* (”*oikeustieteilijän oletetaan lähestyvän oikeutta osanottajan sisäisestä ja yhteiskuntatieteilijän ulkopuolisen tarkkailijan ulkoisesta perspektiivistä*”), *Luhmann* (”*Sosiologian kotipaikka on tieteen osajärjestelmässä, ja sen diskurssi on tieteellistä diskurssia. Oikeustiede ei sen sijaan osallistu tieteelliseen vaan oikeudelliseen diskurssiin*”)

¹¹ Samalla on kuitenkin syytä huomioida, että erilaiset poikkitieteelliset lähestymistavat saavat jatkuvasti osakseen sekä tieteellistä että tiedepoliittista kannatusta. Ks. myös kansainvälinen näkökulma humanististen- ja yhteiskuntatieteidemme lippulaivan, Helsingin yliopiston, tiedekuntarakenteeseen, IAB 2011: ”Tiedekuntien määrää pitäisi vähentää ja siten välttää niiden keskinäistä kilpailua. Myös oppiainepohjaista toimintojen siiloutumista pitäisi välttää ja kannustaa laitos- ja tiedekuntarajat ylittävään toimintaan.”

¹² Aarnio 1988 s. 54–56, 58–61.

ja Cotterrell (”sisäisen ja ulkoisen erottelu on ominainen nimenomaan oikeudelliselle näkökulmalle, sen itseymmärrykselle. Se on normatiivisen oikeusteorian keino legitimoida oikeusdiskurssin ideologinen sulkeminen, joka estää oikeusteoriaa saavuttamasta tieteen tasoa”)¹³. Tuori saavuttaa synteessin, jossa hän myöntää oikeustieteelle kaksoiskansalaisuuden sekä oikeuden että tieteen valtakunnassa. Oikeustiede osallistuu yhtäältä niihin puheenvuoroihin, jotka yhdessä muodostavat oikeuden. Toisaalta oikeustiede jakaa samat käytännöt kuin muutkin tieteenalat.¹⁴

Akateemisen tutkimuksen kohteena oikeus näyttäytyy siis kahdesta eri näkökulmasta. Ulkoinen näkökulma oikeuteen korostaa oikeutta eräänä yhteiskunnan osaluena muiden joukossa. Eräs tämän näkökulman esiintuoma keskeinen huomio on, että oikeus muuttuu yhteiskunnan muiden osakokonaisuuksien muuttuessa. Tällöin myös oikeutta tutkivan oikeustieteen tulee pyrkiä vastaamaan yhteiskunnan muutoksen asettamaan jatkuvaan haasteeseen. Poliittisten ja taloudellisten järjestelmien muutokset niin pienessä kuin isossa mittakaavassa vaikuttavat oikeuden sisältöön. Nopea muutostahti synnyttää tarvetta jäsentää ympäröivää yhteiskuntatodellisuutta.

Eri näkökulmia yhdistää Tuorin paaluttaman oikeustieteen kaksoiskansalaisuuden toinen puoli, sen tieteen kansalaisuus. Tieteellisenä käytäntönä ilmenevä oikeustiede on sitoutunut toimimaan tieteen sisäisten mallien mukaisesti. Tieteen maailmaa sitovat erilaiset konventiot, joista tärkeimpiä on tieteen ymmärtäminen toiminnaksi, joka tavoittelee ja hankkii tietoa. Tieteen voi määritellä järjestelmälliseksi ja järkipäiseksi uuden tiedon hankinnaksi. Tieteensisäisten yleisten periaatteiden tulee ohjata tieteellistä tutkimusta harjoittavan henkilön tekemisiä. Niiden avulla tutkimusta voidaan kutsua tieteelliseksi ja se voidaan hyväksyä tiedeyhteisössä.¹⁵

Lisäksi valitusta näkökulmasta riippumatta oikeustieteen erottaa muista inhimillistä toimintaa ja sen seurauksena syntyneitä yhteiskuntaa tutkivista tieteistä sen tiedonintressi: oikeustiede pyrkii tuottamaan tietoa, joka koskee nimenomaan oikeutta. Tämä tiedonintressi asettuu tieteellisen arvioinnin alaiseksi, muiden tietentekijöiden kritiikin tai hyväksynnän kohteeksi. Päämääränsä toteuttamiseksi tieteessä hyväksikäytetään tieteellistä menetelmää eli metodologiaa. Ne ovat yhtä lailla

¹³ Toki voidaan huomata, että muutkin kotimaiset tutkijat, kuten Aarnio 1988, reflektoivat samoja ajatuksia.

¹⁴ Tuori 2007, s. 18–21, ks. myös Tuori 2000, ss. 302.

¹⁵ Ks. esim. Haaparanta & Niiniluoto 1986, s. 7, 11.

olennainen osa tiedettä kuin vaikkapa autonomia, puolueettomuus, kriittisyys, avoimuus tai julkisuus.

2.3 Esimerkkejä oikeustieteen ja yhteiskunnan suhteesta

Oikeuskulttuurin päivässä 11.11.2011 pitämässään esitelmässä ”Oikeustiede ja oikeuden muutos” Veli-Pekka Viljanen on nostanut esille suoraviivaisen esimerkin oikeustieteen vaikutuksesta oikeuteen ja sitä kautta yhteiskuntatodellisuuteen. Merikosken väitöskirja *Vapaa harkinta hallinnossa*¹⁶ esitteli harkintavallan väärinkäytön doktriinin, joka oli alun perin peräisin ranskalaisesta oikeustieteellisestä tutkimuksesta. Yhteys kotimaiseen voimassaolevaan oikeuteen rakennettiin yhden Korkeimman hallinto-oikeuden päätöksen varaan. Lähes yksinomaan väitöskirjan tulkintasuosituksen vaikutuksesta doktriini vakiintui suomalaisen oikeuskäytännön ja kirjattiin sittemmin hallintolain 6 §:ään.

Toisenlaisesta vuorovaikutuksesta yhteiskunnan ja oikeuden välillä kertoo ympäristöoikeuden nousu uudeksi oikeudenalaksi 1970-luvulta alkaen. Ympäristö käsitteenä nousi julkisen keskustelun kohteeksi 1950-luvulla ja sai poliittista merkitystä 1970-luvulla. 1980-luvulle saavuttaessa ympäristö kiinnittyi pysyvästi oikeudenalan lähtökohdaksi nimenomaan siinä merkityksessä, kuin sen nykyisin tunnemme.¹⁷ Ympäristökysymykset sääntelyn kohteena välittyivät oikeuteen paitsi positiivisen lainsäädännön, myös etenkin vanhan lainsäädännön modernien tulkintojen kautta. Lisääntyvällä oikeustieteellisellä tutkimuksella ja uusien oppirakennelmien muodostamisessa sekä muun muassa ympäristöoikeuden oppiaineen syntymisellä 1970-luvulla oli tässä prosessissa keskeinen rooli.¹⁸

Oikeustieteen ja yhteiskunnan välillä vallitsee suhde, jossa välittäjänä toimii tieteen tekijä itse. Tämän suhteen hahmottamisessa hyvän lähteen tarjoaa Häyhän vuonna 1997 koostama *Minun metodini* -teos. Siinä Suomen eturivin oikeustieteilijät kuvaavat omia metodisia lähtökohtiaan ja siinä sivussa oman tutkimuksensa suhdetta yhteiskuntaan. Aarnio toimii mainiona esimerkkinä yhteiskunnan muutoksien vaikutuksesta oikeuden sisäisestä näkökulmasta tehtävään tutkimukseen. Hänen mukaansa toisen maailmansodan jälkeinen siirtymä käsiteläinopista analyttiseen oikeustieteeseen oli riippuvainen yhteiskunnallisesta muutoksesta: ”1930-luvun käsitteillä ja niiden mahdollistamilla kysymyksillä ei voitu hallita

¹⁶ Merikoski 1968.

¹⁷ Hollo 2009 jakaa ympäristön yhtäältä luontoympäristöön ja rakennettuun ympäristöön, myös ihmistoimintojen näkökulmasta fyysiseen ympäristöön ja sosiaaliseen ympäristöön.

¹⁸ Kekkonen 1998 s. 138–139, Hollo 2009, 1. luku, Hollo 1996, erit. s. 217.

1960-luvun todellisuutta”.¹⁹ Aarnio myös argumentoi kiinnostuksen oikeudellisten ratkaisujen perustelemiseen olevan syntyisin muuttuvasta yhteiskunnasta – oikeudellisen argumentaation teoria on hänen tulkintansa mukaan ”vain yritystä vastata yhteiskuntakehityksen virittämään haasteeseen”.²⁰ Systematisoidessaan ja tulkitessaan siviilioikeutta uudella tavalla 1960-luvulla Aarnio kollegoineen otti yhtäältä huomioon yhteiskuntatodellisuuden ja toisaalta muokkasi sitä. Yhteiskunnallisten ilmiöiden jäsentäminen uudella tavalla onkin oikeustieteen keskeisiä tehtäviä.

Oikeustieteen ja yhteiskunnan välillä vallitsee vuorovaikutussuhde – vaikutteet kulkevat siis molempiin suuntiin. Edellä kuvatuin tavoin yhteiskunta vaikuttaa väistämättä oikeustieteeseen ja sen metodeihin. Toisaalta oikeustiede on monesti myös mukana määrittämässä visiota yhteiskunnasta ja pyrkii vaikuttamaan sen suuntaan omista premisseistään. Esimerkiksi tästä voi nostaa Wilhelmssonin vuonna 1987 muotonsa saaneen *sosiaalisen siviilioikeuden* käsitteen kehittelyn²¹. Tutkimalla siviilioikeutta ja muodostamalla sen oikeussisällöstä yleisiä oppeja, Wilhelmsson toteuttaa lainopin toista päätehtävää, systematisointia. Samalla Wilhelmsson antaa ratkaisusuosituksia, jotka muovaavat yhteiskuntaa. Wilhelmsson on itse puhunut ”oikeudesta mahdollisuutena”. Tällöin oikeustieteen yleiset opit ovat ”mahdollisia yleisiä oppeja, jotka toimivat oikeuskehityksen edelläkävijöinä”. Wilhelmssonin sosiaalinen siviilioikeus nojasi konkreettiseen oikeudelliseen aineistoon, mutta heijasti yhteiskunnallisesti mahdollisia kehitysmahdollisuuksia. Mahdollisuuksien selvittämisessä puolestaan oli tukeuduttava oikeuden rajojen ulkopuolista yhteiskuntaa koskevaan tutkimukseen.²²

Esimerkeistä huomaamme, että vaikka oikeustieteilijä käyttäisi lainopin oikeutta sisäisestä näkökulmasta tarkastelevaa metodologiaa, voi raja yhteiskuntaan avautua monella eri tavalla. Vaikka rajan olemassaolo on perusteltavissa, on myös sen ylittäminen tarpeellista ja yleistä mitä tiukimmin lainopin doktriinissakin pitäytyväälle tutkijalle.

3 Oikeuteen vaikuttavia muutostrendejä

Edellä on kuvattu oikeustieteen kaksi päällimmäistä näkökulmaa – sisäinen ja ulkoinen. Samaten olemme saaneet yleistä käsitystä mahdollisesti täydentäviä

¹⁹ Aarnio 1997, s. 40–42.

²⁰ Ibid. s. 45–46.

²¹ Wilhelmsson 1987.

²² Wilhelmsson 1997, s. 347–348.

esimerkkejä oikeustieteen ja sen tutkijoiden vaikutus- ja välitystavoista yhteiskunnallisen muutoksen ja oikeuden välillä. Huomio kääntyy nyt omiin aikoihimme: millaista on aikamme muutos ja miten se välittyy oikeuteemme?

Tämän hetken päällimmäisiä megatrendejä ovat globalisaatio ja siihen kiinteästi liittyvä kansainvälisen poliittisen järjestelmän uusiutuminen ja kamppailu vaikutusmahdollisuuksista. Globalisaatio näyttäytyy oikeustieteen näkökulmasta etenkin monitasoisena ylikansallisena integraationa ja kansallisvaltioiden rajojen yli ulottuvien taloudellisten prosessien lisääntymisenä ja niiden vaikuttavuuden kasvuna. Kansainvälisen politiikan kenttä puolestaan jouduttiin arvioimaan kokonaan uudelleen 1990-luvun alussa Neuvostoliiton hajotessa. Sitä seurannut uusi *pax americana* ei kuitenkaan ole osoittautunut lopulliseksi, vaan ns. kehittyvien maiden nousu on tuonut maailmanpolitiikkaan uusia liittolaisia ja uusia jännitteitä. Kiinan johdolla etenkin väkirikkaat BRIC-maat²³ ovat kasvattaneet vaikutusvaltaansa ja vaatineet päästä osalliseksi globaalista päätöksenteosta.

Suurten megatrendien taustalla on muutos, jonka kaltaista ei ole vielä ihmiskunnan historiassa nähty. Ennennäkemättömyydellä tarkoitan väestönkasvua, jonka kasvukerroin ei tällä tietoa ole milloinkaan aiemmin ollut nykyistä vastaava. Tätä tekstiä kirjoitetaan samana päivänä, kun maailman väestömäärän on laskettu ylittäneen seitsemän miljardia. Tekstin kirjoittajan elinaikana – hieman yli 30 vuodessa – maailman väestö on lisääntynyt noin 2,7 miljardilla ihmisellä. Maapallomme väestö on lähes tarkalleen kaksinkertaistunut siitä, kun silloisen yhteiskunnallisen muutokseen haasteeseen ratkaisuja etsinyt Aulis Aarnio väitteli vuonna 1967.²⁴ Väestönkasvun merkitystä globalisaation ja kansainvälisen politiikan muutoksen ajurina sekä yhteiskuntiin ja kulttuureihin vaikuttavana tekijänä ei voi vähätellä. Kasvava ja kaupungistuva maailman väestö muuttaa jatkuvasti inhimillistä todellisuuttamme. Megatrendit merkitsevät myös kotimaiselle oikeustieteelle väistämätöntä kansainvälistymistä ja katseen avartumista.

Monin tavoin vaikuttava globalisoituminen on muuttamassa myös oikeustieteen kysymyksenasetteluja. Oikeus ylikansallistuu kun oikeuden asettaminen ja soveltaminen irtautuu kansallisvaltion rakenteesta. Samalla oikeuteen syntyy uusia ristiriitoja. Miten voidaan arvioida vaikkapa kansallisen oikeuden ulkopuolelle asettuvan oikeuden pätevyysperustaa tai soveltuvuutta? Miten tulkitaan säädöksiä, jotka ovat syntyneet kansallisen parlamentaarisen järjestelmän ulkopuolella? Esimerkiksi Tuorin oikeusteoreettisen ajattelun täydentyminen 2000-luvun en-

²³ BRIC = Brazil, Russia, India, China.

²⁴ UNFPA 2011. Kätevä laskuri osoitteessa: <http://www.bbc.co.uk/news/world-15391515>.

simmäisen vuosikymmenen aikana voidaan ajatella olevan seurausta siitä haasteesta, jonka ylikansallistuva oikeus heittää teoreettiselle tarkastelulle.²⁵

Myös positiivisessa oikeudessa on havaittavissa siirtymää kansainvälisempää tarkastelua kohti. Aikamme suuret muutokset muokkaavat oikeustieteen käsitystä tutkimuskohteestaan ja sen tutkimisen menetelmistä halki oppiainerajojen. Kysymyksenasettelut ja jäsentämismallit uudistuvat yhteiskunnan vaatiessa keinoja mieltää todellisuutta ja ratkaista oikeudelliseksi mielletäviä konflikteja. Esimerkkejä oikeustieteen ja megatrendien yhteydestä voidaan osoittaa kaikkialta oikeustieteen piiristä. Globalisaatio ja integraatio ovat esimerkiksi antaneet aiheita käsitellä kansainvälistä rahoitusmarkkinaoikeutta omana erotettavissa olevana oikeudenalanaan. Tällöin tiettyä yhteiskuntatodellisuuden osa-aluetta koskevia oikeusnormeja systematisoidaan ja tulkitaan tavalla, joka antaa niille merkityksen itsenäisenä ja erillisenä, tosin muihin oikeudenaloihin tukeutuvana, järjestelmänä. Rahoitusmarkkinoilla noudatettavaa oikeutta voidaan lähestyä myös näkökulmatutkimuksen hengessä. Tarkastelemalla rahoituksen saannille keskeisiä juridisia kysymyksiä yrityksen näkökulmasta irtaudutaan tiettyjen oikeusjärjestyksen tai oppiainerajojen asettamista rajoituksista.²⁶

Integraatiokehitys vaikuttaa edelleen muun muassa rikosoikeuden jäsentelyyn, jossa joudutaan ottamaan huomioon ylikansallisella tasolla tapahtuva sääntely. Eurooppalainen rikosoikeus on nousemassa oppiaineen tutkimuksen keskiöön. Kansainvälisen politiikan muutoksesta johdettu terrorismiuhka on ajanut valtiot kiristämään kansalaistensa kontrollia tavalla, joka edellyttää oikeustieteellistä punnintaa erilaisten oikeushyvien suojelun välillä. Muuttuva maailma tuo mukanaan myös ilmiöitä, joita on vaikea hahmottaa perinteisen oikeudellisen tarkastelun kautta. Näistä esimerkkeinä koulusurmat ja Utöjan ampumatapaus.²⁷ Niiden tarkasteluun tarvitaan monipuolista yhteiskuntatutkimuksellista kokemusta ja näkemystä.

Omalla tutkimusalallani, oikeushistoriallisessa tutkimuksessa, yhteiskunnallisen, kulttuurisen ja oikeudellisen muutoksen vuorovaikutus on erityisen keskeinen metodologinen lähtökohta.²⁸ Oikeushistorian piirissä globalisoituminen vaikuttaa vertailevan näkökulman korostumisena ja kansallisvaltioon ankkuroidun tutkimuksen merkityksen vähenemisenä. Esim. Pihlajamäki näkee, että oikeushistorian vahvistaminen vertailevalla otteella auttaa sitä muutoksen selittämisen lisäksi

²⁵ Ks. Tuori 2007, s. 8.

²⁶ Ks. esim. Sebastianutti 2009 ja Mäntysaari 2010.

²⁷ Koulusurmien osalta ks. Suomalainen Tiedeakatemia 2011 ja Ylikangas 2008.

²⁸ Esim. Kekkonen 2009, s. 1–14.

ymmärtämään tietyt asiantilat tai olosuhteet oikeudelliselta kannalta. Globalisoituvassa maailmassa vertaileva ote on sellaisen teoreettisen oikeustutkimuksen ytimessä, joka hahmottaa jatkumoit ja katkoksia.²⁹

Muuttuvassa maailmassa olennaista on pyrkiä löytämään kysymyksiä, joihin vastaaminen auttaa hahmottamaan maailmaa paremmalla tavalla. Esimerkiksi vertailun avulla pystyy havaitsemaan muutoksen dynamiikkaa ja jopa luomaan visioita siitä, mihin yhteiskuntaa voisi olla menossa. Miten tietty oikeudellinen ilmiö esiintyy toisessa oikeusjärjestyksessä? Entä toisessa ajassa, kun yhteiskunnallinen todellisuus on ollut toinen? Voidaanko vertailun perusteella arvioida oikeudellisen ilmiön paremmuutta vertailukumppaniinsa tai antaa suosituksia oikeusjärjestyksen sisällöstä? Myös ”miksi?” on hyvä kysymys – muuttuvassa maailmassa siihen tieteen keinoin vastaamalla voi löytää syitä oikeuden muuttumiseen. Samalla voi saavuttaa sellaista tietoa, joka on relevanttia myös oikeudellisen sfäärin ulkopuolella.

Kaiken kaikkiaan globalisoituminen ja oikeuden ylikansallistuminen näyttävät edellyttävän vertailevan oikeustieteen käyttöä yhä useammin. Tarkastelemalla kotimaisen oikeuden rinnalla vierasta oikeutta voidaan havaita samanlaisuutta, erilaisuutta, yhteisiä juuria ja poikkeavia ratkaisuja. Joka tapauksessa vertailevalla otteella voidaan löytää ääretön määrä uutta tietoa oikeudesta ja sitä ympäröivästä yhteiskunnasta. Vertailun mahdollisuuksia tuleekin käyttää oikeassa suhteessa. Husa on esittänyt suosituksena, että vertailun tulee todella palvella tutkimuksen tarkoitusta ja toiseksi, että sen syvyysaste tulee olla järkevässä suhteessa siihen, mitä tutkimuksella tavoitellaan.³⁰ Näillä ohjeilla vertailun voi sisällyttää kansallisia rajoja ylittävää oikeutta tutkivan metodiseen työkalupakkiin.

4 Muutos ja metodiikka

Luon lopuksi katsauksen omaan väitöskirjatutkimukseeni, joka sisältää metodisen yrityksen ottaa kiinni oikeudellisesta muutoksesta. Väitöstutkimukseni kohteena on pääomien sääntelyä koskevan normikokonaisuuden muutos. Kyseessä on se pääomien vapauttamisen prosessi, joka tehtiin 1980-luvun taloudellisen nousukauden aikana, jolloin usko sääntelyn mahdollisuuksiin heikkeni ja usko taloudellisen kasvun merkitykseen hyvinvointivaltion pelastajana oli vahvaa. Pääosin

²⁹ Pihlajamäki 2010 s. 737.

³⁰ Husa 2010, s. 717. Oikeusvertailusta kiinnostuneen kannattanee ottaa käteensä koko LM 5/2010, joka on oikeusvertailun teemanumero.

1980-luvulle ajoittunut pääomasääntelyn muutos vaikutti merkittävästi yhteiskuntatodellisuuteen, etenkin siihen osaan jonka ymmärrämme taloudeksi. Tuon muutoksen tutkiminen on johdattanut edelleen perehtymään yhteiskunnan muutokseen – pelkkä oikeuden sisäinen näkökulma ei pysty selittämään prosessia tyydyttävällä tavalla.

Tutkimuksessani olen ottanut keskeiseksi lähtökohdaksi oikeushistorialle tyypillisen kysymyksenasettelun. ”Miksi oikeus muuttuu?” -kysymykseen vastauksia etsimällä olen joutunut miettimään paljon oikeustieteen metodiikkaa, eli kysymystä siitä miten saada totuudenmukaista uutta tietoa oikeudesta. Pyrin alla havainnollistamaan käytännönläheisellä tavalla metodiikkaani tässä tutkimuksessa.

Lähdin liikkeelle yksinkertaiselta vaikuttavasta kysymyksestä. Kun sanotaan, että ”pääomamarkkinat vapautettiin”, minkälaisesta oikeudellisesta muutoksesta puhutaan? Aluksi kartoitin sääntelyn rakenteen ja totesin, että rahoitusmarkkinoiden kontrolli oli delegoitu muun muassa valuuttalain, rahalain sekä lain Suomen Pankista nojalla viime kädessä Suomen Pankille ja sen johtokunnalle. Sitten selvitin markkinoita kontrolloivan normiston: 1980-luvun mittaan muuttuivat lähinnä Suomen Pankin hallinnolliset määräykset, jotka se antoi pankeille tiedoksi kierto- kirjein. Sääntely siis muuttui vähitellen ja keskeisten demokraattisten prosessien ulkopuolella (Suomen Pankki on eduskuntaan ja valtioneuvostoon nähden itsenäinen, kansanedustajista koostuva pankkivaltuustokin on nimenomaisesti pankin toimielin). Esimerkiksi ulkomaisen omistuksen (tässäkin on kyse pääoman markkinoista laajassa merkityksessä) laintasoisen sääntelyn hellittäminen oli rinnakkainen, mutta lain tason sääntelyn avulla toteutettuna parlamentaarinen, prosessi.

Nämä havainnot pystyin tekemään lähinnä tarkastelemalla kohdetta oikeuden sisäisestä näkökulmasta ja käyttämällä lainopille tyypillisiä menetelmiä. Systematisoimalla pääomien liikkeisiin 1980-luvulla vaikuttaneita normeja sain ylipäänsä selvitettyä, mikä tai mitä on se oikeus jota tutkin. Sijoittamalla tämän normatiivisen aineksen oikeustieteen luomaan systemaattiseen kehikkoon sain luotua käsityksen tapahtuneen muutoksen lainmukaisuudesta ja luonteesta. Kyseessä oli oikeuden systematisointia ja tulkintaa.

Tästä eteenpäin en kuitenkaan saanut vastauksia lainopin keinoin. Jouduin turvautumaan menetelmiin, jotka ovat tyypillisempiä sellaisten tieteiden parissa, jotka loppuvat päätteeseen ”-historia”, tai mahdollisesti ”-sociologia”. Nämä menetelmät eivät ole oikeustieteelle uniikkeja vaan pikemminkin ihmis- ja yhteiskuntatieteille yhteisiä lähestymiskulmia. Keskeisenä taustana tässä oli oivallus siitä, että oikeus muuttuu ainoastaan aktiivisten toimijoiden konkreettisten toimenpiteiden kautta. Oikeus ei vain muutu, sitä muutetaan – ”vapautumisen” sijaan tulee puhua ”vapa-

uttamisesta”. Tätä näkökulmaa ei sovi unohtaa myöskään silloin, kun tutkii oikeutta sen sisäisestä näkökulmasta.

Ensin luin läpi oikeudellisia julkaisuja (LM, DL, Oikeus, Lakimiesuutiset), pyrkien löytämään viitteitä siitä, että juristit olisivat käyneet keskustelua rahoitusmarkkinoiden vapautumisesta. Tässä pyrin selvittämään diskurssianalyysin mahdollisuutta antaa tietoa oikeudesta. Valitettavasti ongelmana oli, että keskustelua ei ollut. Havaitsin ainakin tämän olennaisen oikeudellisen muutoksen tapahtuneen vailla keskustelua sääntelyvaihtoehtoista.

Seuraavaksi luin satakunta haastattelua, joissa 1980-luvun talouspoliittisen eliitin vaikuttajat kertoivat käsityksensä ajan tapahtumista ja prosessin luonteesta. Lähestyin aineistoa kriittisen historiantutkijan silmin, etsien sanotulle vahvistusta tai kritiikkiä muista lähteistä. Varoin anakronismia ja pyrin paitsi argumentoimaan, myös olemaan objektiivinen. Kuvani oikeudellisesta muutoksesta alkoi hahmottua – havaitsin siihen vaikuttaneita tekijöitä ja yhteyksiä muihin yhteiskunnan osaluaisiin. Pystyin jo luomaan tapahtuneesta muutoksesta karkean rekonstruktion, eli oman käsitykseni siitä mikä muuttui ja minkä takia. Metodiani tässä vaiheessa voi kuvata historialliseksi metodiksi – pyrin hankkimaan tietoa tavalla, jota hyvä historiantutkija käyttäisi.³¹

Tämän jälkeen pyrin selvittämään, mitä oikeudellisesta muutoksesta kertoo Suomen Pankin hallinnollisten päätösten valmistelumateriaali. Aivan kuten positiivisen oikeuden tutkija pyrkii argumentoimaan laintulkintaa lain valmistelumateriaalin perusteella, pyrin tulkitsemaan oikeudellista muutosta valmistelumuistioiden kautta. Erona on, että laintasoisen sääntelyn valmistelumateriaalilla on oma, oikeudellisten käytäntöjen kautta määritelty tosiasiallinen painoarvo. Suomen Pankin hallinnolliset päätökset eivät ole vastaavaa painoarvoa saavuttaneet, eivätkä ole voineetkaan saavuttaa. Valmisteluasiakirjat ovat olleet aikoinaan salaista materiaalia, eikä niitä tällä hetkelläkään ole edes arkistoitu järjestelmällisellä tavalla. Havainnoitavissa oleva valmistelumateriaali koostuu satunnaisesti kootuista kansioisista sisäisiä muistioita ja tiedonantoja. Olin saapunut oikeushistoriallisen metodin pariin, toimintatapaan joka edellyttää ymmärrystä sekä oikeudesta että menneisyyden tutkimisesta. Rekonstruktion täydentyi ja pystyin perustelemaan sitä tieteellisesti kestävämmällä tavalla.

³¹ Johdatus tällaisen historiantutkijan työskentelytapoihin, ks. esim. Kalela 2000. Huomaa, että samaa aineistoa voi tutkia monella eri metodilla. Esim. Anu Kantola on tutkinut käyttämäni haastatteluaineistoa diskursiivisen analyysin keinoin, ks. Kantola 2002.

Tällä hetkellä testaan rekonstruktiotani asettamalla sitä soveltuviin konteksteihinsa. Eräs historiantutkimuksen ns. Cambridgen koulukunnan perustajista, Peter Burke, on painottanut tätä keinona erotella abstrakti asia ympäristöstään.³² Kun rekonstruktio koskee nyt oikeudellista muutosta, pyrin selvittämään miten samaan tai samankaltaisiin muutosprosesseihin on suhteuduttu esimerkiksi talouden ja politiikan tutkimuksessa. Odotan, että nimenomaan tämä kontekstualisointi tuo esiin tietoa oikeuden ja ympäröivän yhteiskunnan suhteista. Ajatusta tästä metodista voi verrata intialaiseen tarinaan, jossa sokeat pyrkivät selvittämään, millainen otus elefantti on. Kukin heistä koskee eri osaa elefantista: yksi kärsää, toinen korvaa, kolmas jalkaa, neljäs häntää jne., heidän käsityksensä elefantin olemuksesta ovat erilaisia. Vasta yhdistämällä havaintonsa ja keskustelemalla he voivat päästä selville elefantin olemuksesta.

Elefanttimetafora kuvaa metodista lähestymiskulmaa ja luo valoa valitun ratkaisun haasteeseen. Monipuolisen kosketuspinnan saaminen edellyttää näkymättömän ilmiön lähestymistä eri suunnista. Samalla metaforalla voidaan hahmottaa myös tieteen keskeistä pyrkimystä saavuttaa totuudenmukaista tietoa. On yhtä valheellista väittää elefantin olevan puunrungon kaltainen (kuten sokea voisi elefantin jalkaa koskettamalla päätellä) kuin esimerkiksi esittää pääomamarkkinoiden vapauttamisen olevan ainoastaan lähtölaukaus suunnitelmallisessa prosessissa, jonka päämääränä on ajaa Suomi kuplan kautta katastrofiin (kuten Patomäki asian näkee³³).

5 Yhteenveto

Olen edellä hahmottanut, miten yhteiskunta, oikeus sekä oikeuden tutkimuksen metodit asettuvat linjaan kotimaisen oikeustieteen piirissä. Teoriakatsauksen ja esimerkkien avulla voidaan huomata, että suomalainen oikeustiede ottaa yhteiskunnan ja sen muutoksen vakavalla tavalla huomioon. Yhteiskunnallinen muutos ja halu vaikuttaa tähän muutokseen näkyvät niin tutkimuskohteissa ja tavoissa hahmottaa erilaisia ilmiöitä kuin metodisissa ratkaisuissakin. Se, että yhteiskunta

³² Burke 2002 s. 172: *“What counts as a context depends on what one wishes to explain. There seems no end to the number of possible contexts:”* s. 174: *“The term is best used to refer to phenomena that are not in focus at a given moment: especially, perhaps, those that are just out of focus. - - - ...contextual analysis is best treated as one method rather than “the” method of cultural or intellectual history. In any case, we need to think of contexts in the plural. - - - ...remember to ask, In what other contexts might this word, action, object be placed? What looks, when one first discovers it, like “the” context for an idea, object, statement, or event generally turns out to be no more than “a” context.”*

³³ Patomäki 2007, ss. 56.

otetaan oikeustieteen piirissä vastaan tosissaan, aikaansaa laadukkaampaa oikeustiedettä. Tällä polulla on hyvä pysyä jatkossakin.

Lähteet

Aarnio, Aulis:

- "Oikeussääntöjen systematisointi ja tulkinta" teoksessa: *Minun metodini*, ed. J. Häyhä, Werner Söderström Lakitieto (WSLT), Helsinki 1997, s. 35–56.
- *Laintulkinnan teoria.*, WSOY, Porvoo-Helsinki-Juva, 1988.

Burke, Peter

- "Context in context.", *Common knowledge*, vol. 8, no. 1, 2002, s. 152–177.

Ervasti, Kaijus

- "Eräitä näkökohtia empiirisen tiedon hyväksikäyttämisestä oikeustieteessä", *Lakimies* 3/1998, s. 364–388.

Haaparanta, Leila & Niiniluoto, Ilkka

- *Johdatus tieteelliseen ajatteluun*, Helsingin yliopiston filosofian laitoksen julkaisuja No 3, Helsinki 1986.

Hirvonen, Ari

- *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan.* Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17, Helsinki 2011.

Hollo, E.J.

- "Ympäristöoikeus - uusi oikeudenala haasteisiin vastaamassa.", *Lakimies* 2/1996, s. 211–231.
- *Johdatus ympäristöoikeuteen*, 3. painos, Talentum, Helsinki 2009.

Husa, Jaakko

- Julkisoikeudellinen tutkimus. Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta., *Acta Universitatis Lapponiensis* N:o 4, 1995.
- "Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – ”oikeaa oikeusvertailua”?", *Lakimies* 5/2010, s. 700–718.

Häyhä, Juha

- *Minun metodini*, Werner Söderström Lakitieto (WSLT), Helsinki 1997.

IAB

- Raportti Helsingin yliopiston kansainvälisen neuvottelukunnan (IAB) 1. kokouksesta 27.–28.10.2011, Helsingin yliopisto, Helsinki 2011.

Kalela, Jorma

- Historiantutkimus ja historia, Gaudeamus, Helsinki, 2000.

Kanniainen, Vesa & Määttä, Kalle (toim.)

- Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, Gaudeamus, Tampere, 1996.

Kantola, Anu

- Markkinakuri ja managerivalta. Poliittinen hallinta Suomen 1990-luvun talouskriisissä, Helsinki. 2002.

Kekkonen, Jukka

- Suomen oikeuskulttuurin suuri linja 1898–1998. Teoksessa: Kekkonen, Jukka, Hallberg, Pekka & Suviranta, Antti: Suomen oikeuskulttuurin suuri linja: Suomalainen lakimiesyhdistys 100 vuotta, Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki, 1998.
- Kontekstuaalinen oikeushistoria. Helsinki 2009.

Merikoski, Veli

- *Vapaa harkinta hallinnossa*. Suomalainen lakimiesyhdistys, Vammala, 1968.

Mäntysaari, Petri

- *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law*. Springer, Heidelberg - Dordrecht - London - New York, 2010.

Patomäki, Heikki

- Uusliberalismi Suomessa: lyhyt historia ja tulevaisuuden vaihtoehdot, WSOY, Helsinki, 2007.

Pihlajamäki, Heikki

- "Vertaileva oikeushistoria: maantieteen vaikutus oikeushistorian tutkimukseen", *Lakimies* 5/2010 s. 731–738.

Pöyhönen, Juha

- Uusi varallisuus oikeus, Kauppakaari, 2000.

- Sebastianutti, P.

- "What is this thing called international financial law?", *Law and Financial Markets Review*, March 2009, s. 64–71.

Siltala, Raimo

- "Empirismin haaste - ajatuksia yhteiskuntatieteellisen metodin soveltamisesta lainopissa. " in *Oikeustiede - Jurisprudentia XXX*. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 1997, s. 279–290.

Suomalainen Tiedeakatemia

- *Koulusurmat - Yhteiskunnalliset ja psykologiset taustat ja ehkäisy*, Suomalaisen Tiedeakatemian kannanottoja 2/2011, Helsinki 2011.

Tuori, Kaarlo

- Kriittinen oikeuspositivismi, WSLT, Helsinki, 2000.
- Oikeuden ratio ja voluntas, WSOY, Helsinki, 2007.

United Nations Population Fund

- UNFPA state of the world population 2011 , UNFPA, 2011.

Wilhelmsson, Thomas

- *Social civilrätt*, Helsingfors, 1987.
- "Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat" Teoksessa: *Minun metodini*, J. Häyhä (toim.), Werner Söderström Lakitieto (WSLT), Helsinki, 1997, s. 339–355.

Ylikangas, Heikki

- "Historiallinen katsaus suomalaiseen väkivaltaan ja joukkosurmiin erityisesti", *Kosmopolis*, vol. 38, no. 4, 2008, s. 9–13.

LIITTEET

Tiivistelmät

Anna-Liisa Autio

Siviilioikeudellisten oikeussuojakeinojen moninaisuus yrityksen näkökulmasta

Kirjoituksen teemana on siviilioikeudellinen oikeudenloukkaus yrityksen näkökulmasta. Selvitettävänä ovat seikat, jotka yritysten tulisi ottaa huomioon valitessaan riidanratkaisumekanismia. Oikeudellisena viitekehyksenä on siviilioikeudelliseen riidanratkaisuun liittyvä sääntely. Tutkimusmateriaalina on myös tehtyjä selvityksiä yritysten riidanratkaisusta. Kirjoituksessa tuodaan esiin erilaisten riidanratkaisumekanismien ominaispiirteet, mekanismien keskinäinen suhde ja etusijajärjestystä. Lisäksi pohditaan tapoja, joilla yrityksiä voitaisiin ohjata käyttämään niille parasta riidanratkaisumekanismia. Oikea riidanratkaisutapa on mahdollista löytää esimerkiksi asiantuntijan avustuksella ja valinta riippuu yrityksen lähtökohdista ja myös riidan ominaisuuksista.

Complexity of the civil legal remedies from point of view of the private company

The theme of the article is a civil infringement from the point of view of the company. Clarified are the matters which the companies should take into consideration when choosing the conflict resolution mechanism. The judicial frame of reference is the regulation which is related to the civil conflict resolution. Study material that is used contains reports on the conflict resolution of companies. The Article brings up the characteristics of the different conflict resolution mechanisms, the relations of specific mechanisms and their preference. Furthermore, article studies the possibility to guide the companies to select and utilize the best mechanism to them. It is possible to find the right conflict resolution mechanism for example with the expert's assistance and the choice depends on the starting points of the company and also on the properties of the conflict.

Avainsanat:

vaihtoehtoinen riidanratkaisu, oikeusturva
alternative dispute resolution, ADR, legal protection

Eija Siitari-Vanne

Jutun elinkaaren hallinta prosessin tavoitteena

Artikkelissa tarkastellaan kysymystä siitä, tuleeko hallintoasioiden oikeussuojajärjestelmää muuttaa rakenteellisesti ja sisällöllisesti, jotta järjestelmä vastaisi oikeussuojatarpeisiin nykyistä paremmin. Hallintolainkäytön erityispiirteisiin kuuluu, että oikeussuojaa ei toteuteta vain hallintotuomioistuimissa tai muissa hallintolainkäyttöelimityksissä tapahtuvassa ratkaisutoiminnassa, vaan kysymys on siitä, että hallintoviranomaiset tuottavat mahdollisimman aikaisessa vaiheessa menettelyllisesti ja aineellisesti virheettömiä ratkaisuja. Mikäli perustavoitteeseen ei päästä, virheellisten ratkaisujen korjaamisen tulisi olla mahdollisimman yksinkertaista ja nopeata. Perinteinen muutoksenhakutie ei välttämättä aina turvaa oikeussuojan viivytyksetöntä toteutumista. Kysymyksenasettelussa korostuu, mitä tehokkaita oikeussuojakeinoja on käytettävissä ennen varsinaista muutoksenhakua osana muutoksenhakujärjestelmän kokonaisuutta. Artikkelissa tarkastellaan oikeussuojakeinojen kokonaisuutta, hyvitystä oikeudenkäynnin viivästymisestä, ylimääräistä muutoksenhakua ja passiivivalituksen tarvetta.

Control of the lifespan of the legal case as an objective in process control

Article examines a question whether the system of legal protection in administrative matters has to be changed structurally and contentually so that the system would better answer to the need of legal protection. The special characteristics of the process in administrative courts include that the legal protection is not only carried out in the administrative courts but the real issue is that the administrative authorities should produce faultless decisions as early a stage as possible. If the basic objective is not achieved, the repair of defective decision should be as simple and quick as possible. The traditional appellate procedure does not always necessarily secure the realization of legal protection without delay. In the framing of a question it is emphasised what efficient legal remedies are available before an appeal as a part of the whole appellate system. Author analyses the whole system of legal protection in administrative cases, compensation for delayed legal judgment, the extraordinary appeal and the need for the possibility to complain when authority remains passive.

Avainsanat:

oikeussuoja, hallintolainkäyttö, ylimääräinen muutoksenhaku hallintoasiassa
legal protection, administrative jurisdiction, extraordinary appeal in administrative matters

Hanna Savolainen

Oikeussuojatiet kuluttajariidassa – vertailussa kuluttajariitalautakunta- ja alioikeusmenettely

Artikkelissa tarkastellaan oikeussuojateitä kuluttajariidoissa, erityisesti kuluttajariitalautakunta- ja alioikeusmenettelyä vertailevasta näkökulmasta. Vertailu kohdistuu kuluttajariidan käsittelyyn, menettelyissä noudatettaviin periaatteisiin, kuluttajalle aiheutuviin kustannuksiin sekä menettelyissä annettaviin ratkaisuihin. Artikkelissa otetaan myös kantaa siihen, milloin kuluttajariita kannattaa viedä alioikeuteen, milloin taas kuluttajariitalautakuntaan.

Different means to legal protection in consumer disputes – comparison of the procedure in the Consumer Disputes Board and in the General District Courts

Author examines the means to get legal protection in the consumer quarrels, from the comparative point of view. The author compares especially the procedures and decisions in the Consumer Disputes Board and in the general district courts. The comparison is directed to the handling of the consumer dispute, to the costs to the consumer, and to the decisions in the procedures. Author also analyses the question when the dispute is worth taking to the general district court or to the Consumer Dispute Board.

Avainsanat:

oikeussuoja, kuluttajariitalautakunta, riita-asiat

legal protection, consumer disputes board, civil actions, litigation (civil case)

Jukka Viljanen

Konfliktit ja poikkeusolot Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytännön valossa: Kohti oikeudellisen argumentoinnin epämukavuusalueita

Artikkeli käsittelee kriittisesti jakoa humanitaarisen oikeuden ja humanitaarisen lain kesken. Kirjoittaja väittää, että humanitaarinen oikeus voi tarjota toisen vaihtoehdon suojelulle, kun humanitaarinen laki ei ole käytettävissä. Tämä viittaa humanitaarisen lain rajoitettuun sovellettavuuteen nykyajan sotilaallisissa tai valtioiden sisäisissä ristiriidoissa. Tämä jättää tilaa ihmisoikeuksia koskevan oikeuden asettamille rajoituksille turvallisuusjoukkojen ja armeijan toiminnassa erityisesti Tšetšeniaa koskevan oikeuskäytännön valossa. Kirjoittaja tarkastelee myös Irakin sotaa koskevaa problematiikkaa, ja siinä erityisesti sitä, miten Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on käsitellyt Euroopan valtioiden vastuuta liittoutuman ja liittolaistensa toimista.

Conflicts and the State of Emergency in Light of the Case-law of the European Court of Human Rights: Going to the Uncomfortable Zones of Judicial Reasoning

The article includes a critical evaluation of the division between human rights law and humanitarian law. The author argues that human rights law can provide another option for protection when the humanitarian law is not available. This refers to the restricted applicability of humanitarian law in contemporary military conflicts i.e. internal conflicts. This leaves room for human rights law as setting the criteria for security forces and the military in these conflicts, especially in light of Chechnya case-law. Author also makes an excursion to the war in Iraq and how the European Court of Human Rights has examined the responsibility of European governments for actions taken by coalition forces and their allies.

Avainsanat:

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, ihmisoikeudet, humanitaarinen oikeus
European Court of Human Rights, human rights, humanitarian law

Niina Mäntylä

Mutkia metodissa? Monitieteisyyden haaste oikeustieteelle: neljä käytännön ongelmaa

Artikkelissa tarkastellaan monitieteisen tutkimuksen ongelmia erityisesti oikeustieteen tutkimuksen näkökulmasta. Monitieteisyyden käsitettä käytetään yläkäsitteenä, joka sisältää tieteidenvälisen ja poikkitieteellisen tutkimuksen ajatukset. Monitieteisen oikeudentutkimuksen kehittämisen vaikeuksina kirjoittaja pitää, traditiota, perustutkinnon sisältöä, kohderyhmän ja julkaisufoorumin ongelmaa sekä tieteen eriytymistä pienemmiksi oppialoiksi.

Turns in method? Challenge of the multidisciplinary jurisprudence: four practical problems

In the article the problems of the multidisciplinary study are examined especially from the point of view of jurisprudence. The concept of the multidisciplinary study is used as an upper concept which contains the thoughts of the interdisciplinary and cross-discipline fields of study. According to the author there are four difficulties of the development of multidisciplinary jurisprudential study, namely the tradition, the contents of the basic degree, the problem of the target group and of the publication forum and the differentiation of science into smaller branches of study.

Avainsanat:

oikeustiede, oikeustieteen metodi, monitieteisyys
jurisprudence, legal method, multidisciplinary study

Annina Huttunen

Onko älyllä väliä? Oikeudelliset reunaehdot älykkäiden järjestelmien kehittämisessä ja toiminnassa

Tekijä kartoittaa älykkäiden järjestelmien kehittämiseen ja toimintaan liittyviä juridisia reunaehtoja erityisesti kuluttajaympäristössä. Älykkäitä järjestelmiä tarkastellaan ongelmakeskeisesti tekijänoikeuden, oikeudellisen vastuun ja yksityisydensuojan näkökulmista. Tekijä analysoi kysymystä, millä kriteereillä älykkäisiin järjestelmiin liittyvät vastuukysymykset tulee ratkaista. Kirjoituksessa tarkastellaan esimerkiksi uutisia, musiikkia ja kirjallisia tuotoksia luovia älykkäitä agenteja sekä yksityisten ihmisten kotitalouksissa käytössä olevia palvelurobotteja. Valmisteilla olevan väitöskirjan tutkimusongelmana on erityisesti, kuka on vastuussa autonomisten järjestelmien aiheuttamista vahingoista ja kuka on älykkäiden järjestelmien generoimien teosten tekijä. Toimijoita ovat valmistajat, ohjelmoijat, käyttäjät, omistajat ja älykkäät järjestelmät.

Does the brain make a difference? Judicial edge conditions in developing and operation of intelligent systems

The author surveys the judicial frames which are related to the developing and operation of intelligent systems for consumer markets. The intelligent systems are examined in a problem-oriented manner from the points of view of a copyright, a judicial responsibility and privacy protection. The author analyses the question of choosing right which criteria for solving liability. The article studies the intelligent agents who create for example news, music and the written outputs, and service robots in use in the consumer households. The research problem of the coming doctoral thesis is especially who is responsible for the damages caused by the autonomous systems and who has the copyright of the works generated by the intelligent systems. The actors on this field are manufacturers, programmers, users, owners and intelligent systems.

Avainsanat:

kuluttajansuoja, tekijänoikeus, vastuu, yksilönsuoja, tietotekniikka
consumer protection, copyright, liability, protection of privacy, information technology

Ville Komulainen

Vertaileva oikeustiede ja epäpuhdas oikeusoppi

Artikkelissa tarkastellaan oikeusvertailun teoreettisia ja metodologisia kysymyksiä ja erityisesti ongelmallista valintaa oikeuspositivismin ja pluralismin välillä. Työ jakautuu neljään kokonaisuuteen. Ensimmäisessä ja toisessa tuodaan esiin vertailevan oikeustieteen piirissä käyty kritiikkikeskustelun keskeisimmät teemat sekä uuden vuosituhannen oikeusvertailijoiden uusia pyrkimyksistä. Näistä en-

simmäinen kuvaa oikeusvertailun murroskeskustelua yleisesti, toinen puolestaan kohdistuu positivismiin kohtaamaan haasteeseen. Kolmanneksi nostetaan muutamia positivistisia perusasetelmia, jotka korostavat juridisen identiteetin perinteisempiä rajoituksia. Neljännessä osiossa esitellään maltillisia näkökulmia esille kysymyksin.

Comparative law and “artificial theory of law”

The author examines theoretical and methodological questions of the comparative law and especially problematic choice between legal positivism and pluralism. The author brings out the most central themes of the criticism discussion within the sphere of comparative law and the new aspirations between the comparativists in this millennium. The first one of these describes the change of the comparative law in general, the other in turn is directed to the challenge met by the legal positivism. The Article also studies some basic positivistic points which emphasise the more traditional restrictions of the judicial identity that is important also to comparative law researchers.

Avainsanat:

oikeusvertailu, oikeustieteen metodi, oikeuspositivismi, pluralismi
comparative law, legal method, legal positivism, pluralism

Markus Kari

Muuttuva yhteiskunta, oikeus ja oikeustieteen metodi

Artikkeli on puheenvuoro oikeustieteen metodikeskustelussa. Kirjoittaja korostaa oikeutta yhteiskunnallisena ilmiönä, jolla on omat sille tyypilliset ja ainutlaatuiset piirteensä. Myös oikeuden tutkiminen sisältää sille uniikkeja piirteitä, mutta samalla yhtäläisyyksiä yhteiskunnan muiden osa-alueiden tutkimisen kanssa. Tekstissä tuodaan esille esimerkkejä siitä, millä tavoin nuo toisiinsa kiinteässä riippuvaisuudessa olevat suhteet ja käsitteet esiintyvät suomalaisessa oikeustieteessä. Artikkelissa esitellään yksi ratkaisumallin siitä, minkälaiseen analyysikehikkoon yhteiskunnallisen ja oikeudellisen muutoksen voi liittää. Kirjoittajan oma analyysikehikko käsittää lainopillisen tulkinnan ja systematisoinnin lisäksi muutoksen rekonstruktion historian tutkimuksen avulla, jolloin muutos asettuu oikeaan kontekstiin.

Changing society, the law, and jurisprudential method

Article is an address in the discussion of the method in jurisprudence. The author emphasises the law as a social phenomenon which have its own typical and unique features. The closer examination of the law contains unique features to it but at the same time it has similarities with the study of other sectors of the society. The text brings up an example of how those relations and concepts are dealt with in the Finnish jurisprudence. Author demonstrates one solution of how the

social and judicial change can be connected in one analytical frame. In addition to legal interpretation and systematisation, the writer's own analytical frame comprises reconstruction of change with the help of the study of the history. That is how the change settles in the right context.

Avainsanat:

oikeushistoria, oikeustieteen metodi, rahoitusmarkkinat, Suomen pankki
legal history, legal method, financial markets, Bank of Finland

Ohjelma ja logot



Vaasa
Law Schools
NÄTVERK... VERKOT

OIKEUS JA YHTEISKUNTA
- oikeustieteen monet kasvot

RÄTTEN OCH SAMHÄLLET
- rättsvetenskapens många ansikten

XIV

OIKEUSTIETEEN PÄIVÄT
RÄTTSVETENSKAPENS DAGAR
22.8.-23.8.2011 Vaasa, Vasa
www.uwasa.fi/otp2011

<p>Maanantai 22.08.2011 Vaasan yliopisto, Wolffintie 34</p> <p>11.15-12.15 Ilmoittautuminen ja Talentum Media Oy:n tarjoama kahvitus</p> <p>12.15 XIV Oikeustieteen päivien avaus <i>Prof. Eija Mäkinen, Vaasan yliopisto</i></p> <p>12.30-14.00 PLENUM I Oikeuden käyttäjien näkökulmia oikeuteen</p> <p>Oikeus laillisuusvalvonnassa. <i>Apulaisoikeusasiamies Majja Saklin</i> <i>Eduskunnan Oikeusasiamiehen kanslia</i></p> <p>Politiikka kuluttajien oikeuksien toteutumisen takaajana. <i>Tutkimuspäällikkö Petteri Repo</i> <i>Kuluttajatutkimuskeskus</i></p> <p>Företagets perspektiv i den rättsvetenskapliga forskningen. <i>Prof. Petri Mäntysaari</i> <i>Hanken Svenska handelshögskolan</i></p> <p>Näkökulmasta oikeustieteessä. <i>Prof. Johanna Niemi, Helsingin yliopisto</i></p> <p>14.00-15.00 Lounastauko</p> <p>15.00-16.30 PLENUM II Metodisia näkökulmia oikeuteen</p> <p>Some Remarx on Law Breaking Bad. <i>Prof. Tuomas Mylly, Turun yliopisto</i></p> <p>Diskursanalys som metod i juridisk forskning. <i>Docent Monica Burman, Umeå universitet</i></p> <p>The Method is Dead. Long Live the methods. <i>Prof. Jaakko Husa, Lapin yliopisto</i></p> <p>19.00-20.30 Vaasan kaupungin vastaanotto <i>sivistystoimen johtaja Christina Knookala</i> <i>Kuntsin modernin taiteen museo</i></p>	<p>Tiistai 23.08.2011 Hanken, Kauppapuistikko 2</p> <p>9.00-11.30 Työryhmät 1-5</p> <p>1. Oikeussuojakeinojen moninaisuus <i>Matti Tolvanen ja Veijo Tarukannel</i></p> <p>2. Oikeuden metodikysymykset <i>Johanna Niemi ja Jaakko Husa</i></p> <p>3. Erilaiset intressit oikeudessa <i>Vesa Annola ja Laura Kalliomaa-Fuha</i></p> <p>4. Globalisoituva oikeus <i>Tuulikki Mikkola ja Jukka Kultalahti</i></p> <p>5. Vastuullisen liiketoiminnan oikeus <i>Heikki Toiviainen ja Pekka Lämsä</i></p> <p>11.30-12.30 Roschier Asianajotoimisto Oy:n tarjoama lounas, Café Hermes</p> <p>12.30-14.00 PLENUM III Oikeuden normit</p> <p>Perusoikeuskirjan vaikutus EU-oikeuden normihierarkiaan. <i>Julkisasiamies Niilo Jääskinen</i> <i>Euroopan unionin tuomioistuin</i></p> <p>Normijärjestelmien suhteet: radikaali pluralismi vai interlegaliteetti? <i>Akatemiaprofessori Kaarlo Tuori</i> <i>Helsingin yliopisto</i></p> <p>Oikeuden muuttuvat normit. <i>Prof. Pia Letto-Vanamo</i> <i>Helsingin yliopisto</i></p> <p>14.00 XIV Oikeustieteen päivien päätöspanat <i>Prof. Petri Mäntysaari</i> <i>Hanken Svenska handelshögskolan</i></p>
---	--

Yhteistyössä / i samarbete



 **talentum** **ROSCHIER** VAASAN YLIOPISTOSÄÄTIÖ HARRY SCHAUMANS STIFTELSE