

**VAASAN YLIOPISTO**  
**JOHTAMISEN YKSIKKÖ**

Miira Mikonsaari

**SEKSUAALI- JA SUKUPUOLIVÄHEMMISTÖJEN VANHEMMUUS**

Heteronormatiivisuus, perhe ja lisääntymisvapaus

Julkisoikeuden  
pro gradu -tutkielma

**VAASA 2018**

## SISÄLLYS

	<b>sivu</b>
<b>LYHENTEET</b>	<b>4</b>
<b>TIIVISTELMÄ:</b>	<b>5</b>
<b>1. JOHDANTO</b>	<b>7</b>
1.1. Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöt yhteiskunnassa ja lainsäädännössä	7
1.2. Mitä on heteronormatiivisuus?	8
1.3. Arvopluralismi	9
1.4. Tutkielman kohde ja luonne	10
1.5. Käsitteiden määrittely	13
1.5.1. Vanhemmuus	14
<b>2. IHMIS- JA PERUSOIKEUSNÄKÖKULMA – SEKSUAALI- JA SUKUPUOLIVÄHEMMISTÖJEN VANHEMMUUS</b>	<b>15</b>
2.1. Mitä ovat perus ja ihmisoikeudet?	15
2.2. Seksuaalioikeudet – tärkeä osa ihmisoikeuksien kokonaisuutta	17
2.3. Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus – sisällöllinen ja muodollinen vaatimus	18
2.3.1. Yhdenvertaisuus	18
2.3.2. Tasa-arvo	20
2.3.3. Syrjintä	21
2.3.4. Tasa-arvon edistämismenot	25
2.4. Yksityis- ja perhe-elämän suoja	26
2.4.1. Perhe-elämän suoja	26
2.4.2. Yksityiselämän suoja	31
2.5. Laaja harkintamarginaali	34
<b>3. PERHEEN JA VANHEMMUUDEN MÄÄRITTELYÄ</b>	<b>37</b>
3.1. Vanhemmuuden ulottuvuudet – sosiaalisuus ja biologisuus	40
3.2. Isyys	41
3.2.1. Isyyssolettama, isyyden selvittäminen ja isyysskanne	42
3.2.2. Isyyden tunnustaminen	43

3.2.3. Joitakin isyyteen liittyviä oikeustapauksia	45
3.3. Äitiys	46
3.3.1. Äitiyden sosiaalinen ulottuvuus	49
3.3.2. Sijaissyntyys – voiko äitiydestä erota?	50
3.4. Transsukupuolisen henkilön vanhemmuus	52
3.4.1. Sukupuoli ja vanhemmuus	53
3.5. Adoptiovanhemmuus	56
3.5.1. Perheen ulkoinen adoptio	57
3.5.2. Perheen sisäinen adoptio	58
3.6. Avustettu vanhemmuus	59
3.6.1. Hedelmöityshoidon annon ja saamisen edellytykset	59
3.6.2. Hedelmöityshoitojen herkkä toimintaympäristö	59
3.6.3. Hedelmöityshoidot ja lisääntymisvapaus	61
3.6.4. Keinoalkuisen lapsen vanhemmuuden määräytyminen	62
<b>4. LISÄÄNTYMISVAPAUS</b>	<b>63</b>
4.1. Lisääntymisvapauden erityislaatuinen luonne	63
4.1.1. Lisääntymisvapauden sääntely	65
4.2. Pakkosterilisaatio	66
4.2.1. Lisääntymiskyvyttömyysvaatimus	68
4.2.2. Sukupuoli	72
4.3. Onko erilaiselle kohtelulle oikeutusta?	74
4.3.1. Lapsen etu	75
<b>5. JOHTOPÄÄTÖKSET</b>	<b>79</b>
5.1. Miksi heteronormatiivisuuden kritiikki on aiheellista?	79
5.2. Kirjoitettu laki yhteiskuntaelämän ohjauksen välineenä	80
5.2.1. Demokratiaperiaate ja vähemmistöoikeudet	82
5.3. Perhe -käsitteys murroksessa	84
<b>LÄHDELUETTELO</b>	<b>86</b>

**LYHENTEET**

EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU	Euroopan unioni
HE	Hallituksen esitys eduskunnalle
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
OM	Oikeusministeriö
PeVM	Perustuslakivaliokunnan mietintö
STM	Sosiaali- ja terveysministeriö
YK	Yhdistyneet Kansakunnat

---

**VAASAN YLIOPISTO****Johtamisen yksikkö**

<b>Tekijä:</b>	Miira Mikonsaari
<b>Pro gradu -tutkielma:</b>	Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen vanhemmuus: Heteronormatiivisuus, perhe ja lisääntymisvapaus
<b>Tutkinto:</b>	Hallintotieteiden maisteri
<b>Oppiaine:</b>	Julkisoikeus
<b>Työn ohjaaja:</b>	Niina Mäntylä
<b>Valmistumisvuosi:</b>	2018

**Sivumäärä: 95**

---

**TIIVISTELMÄ:**

Perhe ja oikeus on historian saatossa haluttu pitää erillisinä toisistaan. Perhe on oikeuden näkökulmasta näyttäytynyt yksilön yksityisimpänä elämänalana. Toisaalta perhe-elämää ja yksityiselämän suojaa on pyritty määrittelemään muun muassa oikeuskäytännön kautta. Tutkimuksessa tarkastellaan perhelainsäädännön sekä ihmis- ja perusoikeusnormiston kautta määrittyvää vanhemmuuden käsitettä seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen osalta. Keskeisiä teemoja ovat vanhemmuus, perhe, lisääntymisvapaus ja heteronormatiivisuus. Tutkimus keskittyy perheoikeudellisen aineiston tutkimiseen ja purkamiseen. Tämän lisäksi teema-alueella lähestytään ihmis- ja perusoikeusnäkökulmasta. Havainnot osoittavat, että heteronormatiivisuus on perheoikeudellisessa normistossa vallalla. Myös kansainvälinen ihmisihmis-oikeusnormisto näytetään heteronormatiivisena tässä kontekstissa. Heteronormatiivisuuden paikantamisella voi olla monia positiivisia vaikutuksia. Toisaalta heteronormatiivisuus voidaan joissakin tapauksissa katsoa myös oikeuteksi. Tästä huolimatta seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perheen muodostukseen, avioliittoon ja lisääntymiseen liitettävät oikeudet eivät ole kaikissa tilanteissa samalla tasolla kuin vastaavien heteroyksilöiden. Tutkielma lähtee liikkeelle ihmis- ja perusoikeusnäkökulmasta. Ensimmäisen luvun teemoja ovat yhdenvertaisuus, tasa-arvo sekä yksityis- ja perhe-elämän suoja. Tämän jälkeen määritellään vanhemmuuden käsitettä. Lopuksi keskitytään lisääntymisvapauteen, joka sisältää myös pakkosterilisaatiota koskevan alaluvun. Tutkimusmetodi on sekä oikeusdogmaattinen että oikeuspoliittinen. Johtopäätöksissä esitetään havaintoja teema-alueesta. Nämä havainnot tuodaan esiin heteronormatiivisuuden kritiikin, kirjoitetun lain ohjauksellisuuden, demokratiaperiaatteen sekä perhe -käsityksen murroksen kautta.

---

**AVAINSANAT:** heteronormatiivisuus, perhe, vanhemmuus, lisääntymisoikeudet, seksuaali- ja sukupuolivähemmistöt



## 1. JOHDANTO

### 1.1. Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöt yhteiskunnassa ja lainsäädännössä

Lainsäädäntö ja koko oikeusjärjestelmä on osa suurta yhteiskunnallisesti tunnustettua verkostoa, jonka kautta määritellään myös sosiaalisia normeja kuten seksuaalisuutta. Lainsäädäntöä voidaan pitää yhtenä merkittävimmistä sosiaalisten normien luojista. Sen kautta valtaa käyttävät luovat totuuksia muun muassa seksuaalisuudesta ja myös siitä mikä on seksuaalisesti hyväksyttävää.<sup>1</sup> Lainsäädäntö syntyy poliittisten käytäntöjen tuloksena. Lainsäädäntöä voidaan katsoa osaksi sovellettavan siksi, että sitä pidetään keinona yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden toteuttamiseksi.<sup>2</sup> Perheen yhteiskunnallisesti tärkeä rooli ja yhteiskuntajärjestyksen nojaaminen tietynlaiseen seksuaalimoraaliin ovat luoneet sukupuolille tietynlaiset roolit<sup>3</sup>. Seksuaalisuus kytkeytyy yhteiskunnan valtainstituutioihin. Näihin valtainstituutioihin kuuluu poliittisten lisäksi niin uskonnollisia, lääketieteellisiä kuin oikeudellisia ja taloudellisiakin instituutioita. Seksuaalisuus on kietoutunut näiden instituutioiden sisäisiin valtamekanismeihin, sekä niiden sisällä ja ympärillä vallitseviin valtasuhteisiin. Seksuaalisuutta voidaan pitää poliittissosiaalisten instituutioiden käyttäytymistapoihin ja sosiaalisiin suhteisiin tuottamien vaikutusten kokonaisuutena.<sup>4</sup>

Seksuaalisuuden voidaan katsoa kytkeytyvän tiukasti sosiaaliseen ympäristöönsä ja sen varsinainen käsitteellinen alkuperä voidaan juontaa porvariluokan nousuun. Joidenkin filosofien mukaan porvariston katsottiin kehittäneen monimutkaisen seksiä kokevan verkoston taatakseen yksilölle ja koko yhteiskuntaluokalleen mahdollisuuden vahvistaa asemansa. Porvariluokan tavoitteena oli taata yhteiskuntaluokkansa leviäminen.<sup>5</sup> Tätä yhteiskuntaluokallista kehityssuuntausta voidaan pitää alkuna sille, että ihmisiä ylipäättään alettiin pitää hetero- tai homoseksuaaleina. Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen asema on pitkään ollut yhteiskunnallisesti marginaalinen. Valtaapitävien instituutioiden asenne muutos ja lainsäädännölliset uudistukset ovat edesauttaneet hyväksyvemmän ilmapiirin

---

<sup>1</sup> Johson 2013: 9.

<sup>2</sup> Tuori 2003: 17.

<sup>3</sup> Sorainen 2006: 351.

<sup>4</sup> Tripodi 2014: 62–68.

<sup>5</sup> Tripodi 2014: 64–68.

syntymistä. Johnsonin mukaan lainsäädännön ja homoseksuaalisuuden välinen debatti on kokenut murroksen. Tämän murroksen voidaan katsoa johtuvan ihmisoikeusperusteisesta argumentoinnista. Ihmisoikeusdiskurssi on muotoutunut kaikista varmimmaksi välineeksi moraalisten ja poliittisten ongelmien liikkeellepanijana, näin on myös seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen oikeuksien kohdalla. Viimeisen kahden vuosikymmenen muutos on siirtänyt näiden vähemmistöjen roolin marginaalisesta kohti valtavirran hyväksyntää kansallisessa ja kansainvälisessä politiikassa.<sup>6</sup>

Seksuaaliseen suuntautumiseen kohdistuva syrjimättömyys oli vielä 2000-luvulle tultaessa hyvin määrittelemätön. Epäselvyyttä esiintyi muun muassa sen suhteen millaisina ihmisoikeuksina seksuaalisen identiteetin ja sen ilmaisu näyttäytyisivät.<sup>7</sup> Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen syrjinnän toteen osoittaminen voi olla haastavaa sillä syrjintä voi ilmetä ikään kuin itsestään osana yhteiskunnan normaali rakennetta. Syrjinnän voidaan nähdä näyttäytyvän yhteiskuntamekanismin sisällä siten, miten se jättää ulkopuolelleen ei-heteroseksuaaliset henkilöt.<sup>8</sup> Syrjintää seksuaalisen tai sukupuolisen suuntautumisen perusteella voidaan pitää erityisen voimakkaana arvokkuuden ja yhdenvertaisuuden rikkomisena. Tähän kategoriaan sijoittuvat syrjintätapaukset ovat niin tasa-arvo, yksityiselämä, perhe-elämä kuin mielipiteen muodostusvapaudenkin kannalta merkittäviä rikkomuksia. Näiden tapausten kohdalla voidaan katsoa olevan kolmentasoista tasa-arvon toteutumista. Ensinnäkin yhdenvertaisuus lain edessä, toiseksi, tasa-arvoinen kohtelu ja tunnustus samaa sukupuolta oleville pareille suhteessa heteropareihin ja kolmanneksi syrjintäsuoja seksuaalisen suuntautumisen tai sukupuolen perusteella.<sup>9</sup>

## 1.2. Mitä on heteronormatiivisuus?

Heteronormatiivisuus on kietoutunut yhteiskuntajärjestelmämme jokaiseen ulottuvuuteen. Heteronormatiivisuus voidaan määritellä tavaksi, jolla yhteiskunnan rakenteet ja kulttuuri muotoutuvat niin, etteivät ne tunnista homoseksuaalisia ihmisiä. Tämä asettaa

---

<sup>6</sup> Johnson 2013: 1–2.

<sup>7</sup> Jyränki 2009: 100.

<sup>8</sup> Johnson 2012: 62–63.

<sup>9</sup> Fredman 2011: 86.



vähemmistöryhmän epätasa-arvoiseen asemaan. Heteronormatiivisuudesta voidaan puhua myös rakenteellisena homofobiana. Heteronormatiivisuus tarkoittaa yhteiskunnan tilaa, jossa yhteiskunnalliset instituutiot, ymmärtämisen välineet ja käsitteet sekä käytännön elämän orientoituminen ovat ikään kuin heteroseksuaalien etuoikeus.<sup>10</sup> Niin sanottua näkymätöntä taikka vaivatonta ylivoimaa pitävät heteroseksuaaliset käytännöt, sosiaaliset normit ja olemisen tapa ovat kietoutuneet syvälle yhteiskunnan normistoon. Heteronormatiivisuuteen liittyvät tarkasti määritellyt sukupuoliroolit, joiden seurauksena transsukupuolisten<sup>11</sup> ja intersukupuolisten<sup>12</sup> on vaikea sopeutua tai tuntea olevansa osa yhteiskuntaa. Lainsäädäntöä voidaan pitää keskeisenä heteronormatiivisuuden ylläpitäjänä ja synnyttäjänä moderneissa yhteiskunnissa.<sup>13</sup>

### 1.3. Arvopluralismi

Pluralistisessa eli moniarvoisessa yhteiskunnassa eri suuntiin pyrkivät individualistiset tavoitteet muuttuvat moraalikäsitysten mukaisesti. Postmodernille yhteiskunnalle on ominaista lukematon määrä erilaisia käsityksiä, mielipiteitä ja arvoja. Kansainvälisellä tasolla tämä johtaa globaaliin oikeuspluralismiin, jossa yksittäisten arvokäsitysten välinen rajanveto voi olla hankalaa. Arvopluralismia voidaan pitää modernin ajan ilmiönä, joka on luonut modernille oikeudelle legitimitteettiperustaan liittyvän haasteen. Mistä oikeus saa legitimitteettinsä, kun sen ei voida enää katsoa nojaavan yhteiseen arvoperustaan?<sup>14</sup> Tätä arvopluralismia voidaan konkretisoida esimerkiksi ydinperheen<sup>15</sup> käsitteen

---

<sup>10</sup> Johnson 2013: 11.

<sup>11</sup> Transsukupuolisuudella tarkoitetaan tilannetta, jossa henkilö kokee kuuluvansa biologiseen sukupuoleensa nähden vastakkaiseen sukupuoleen. HE 56/2001 vp. s. 1. Mieheksi syntynyt henkilö voi siis kokea olevansa nainen tai naiseksi syntynyt henkilö voi kokea olevansa mies. Transsukupuolinen henkilö voi halutessaan toteuttaa sukupuolenvaihdoksen, josta säädetään tarkemmin laissa sukupuolen vahvistamisesta (563/2002).

<sup>12</sup> Intersukupuolisuudella tarkoitetaan tilaa, jossa henkilön sukupuoli ei ole yksinkertaisesti määritettävissä. Henkilön fyysiset ominaisuudet kuten sukuelimet eivät ole yksiselitteisesti miehen tai naisen. Intersukupuolisen henkilön asemasta ei ole laintasaisia säännöksiä. Laki ei tunnusta tällä hetkellä ns. kolmatta sukupuolta. Näin ollen intersukupuolisiksi syntyneet lapset merkitään väestörekisteriin joko tytöksi tai pojaksi. Rantala 2016: 9–10.

<sup>13</sup> Johnson 2011: 350.

<sup>14</sup> Tuori 2004: 1222.

<sup>15</sup> Ydinperheellä tarkoitetaan avioliitossa syntyneiden biologisten lasten ja heidän vanhempiansa muodostamaa perhemuotoa. Kolehmainen 2014: 65.

avulla. Perhemuotojen moninaistumisen myötä ei enää voida katsoa olevan yhdenmu-  
kaista moraalista, uskonnollista tai oikeudellista systeemiä. Perhemuotojen moninaistu-  
misen ja yksilön oikeuksien korostumisen myötä ydinperheideologiaan rinnastettavat he-  
teronormatiivisten arvojen voidaan katsoa heikentyneen.<sup>16</sup>

Tuorin kriittisessä oikeuspositivismissa oikeudella on kolme eri tasoa: pintataso, oikeus-  
kulttuuri ja oikeuden syvärakenne. Pintatasolle sijoittuvat lait, oikeuskäytäntö ja oikeus-  
tieteen tulokset. Oikeuskulttuurilla tarkoitetaan lakimiesten ammattikulttuuria ja oikeu-  
den syvärakenne koostuu perustavimmista periaatteista ja käsitteistä. Esimerkiksi ihmis-  
oikeuksia ja demokratiaa voidaan pitää tällaisina periaatteina. Oikeuden pintataso elää  
lähes jatkuvassa muutoksen tilassa, kun taas oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen  
kerrokset ovat staattisempia. Toisaalta syvärakenteen ja oikeuskulttuurin voidaan katsoa  
hillitsevän pintatason muutoksia.<sup>17</sup> Oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen ker-  
rostuneet yleiset oikeusperiaatteet ja luovat oikeusjärjestykseen oikeusvarmuuden edel-  
lyttämää koherenssia.<sup>18</sup> Syvärakennetta voidaan pitää oikeuden muistina, ja mikäli tämä  
muisti on heteronormatiivisesti painottunutta, hillitsee se pintatason muutoksia, jolloin  
tosiasiallinen tasa-arvo ei vähemmistöjen osalta pääse toteutumaan. Vaadittaisiin siis sy-  
värakenteen ja oikeuskulttuurin muutosta, jotta pintatason elementit kokisivat pysyviä  
muutoksia.

#### 1.4. Tutkielman kohde ja luonne

Tutkielma keskittyy määrittelemään seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen vanhem-  
muutta, ja siihen liittyviä oikeudellisia ongelmia. Tutkimuksen aihe valikoitui siten, että  
perheideologiaan ja vanhemmuuden sääntelyyn liittyy useita oikeudellisia ongelmia sek-  
suaali- ja sukupuolivähemmistöjen näkökulmasta. Yleisesti ottaen perhettä ja vanhem-  
muutta sääntelevää normistoa voidaan pitää heteronormatiivisena ja tämän tosiasian ana-  
lysointia ja mahdollista heteronormatiivisuuden purkamista voidaan siksi pitää erityisen

---

<sup>16</sup> Ojala 2001: 37–38.

<sup>17</sup> Katso mm. Tuori 2004: 1237 ja Lindroos-Hovinheimo 2014: 74–76.

<sup>18</sup> Tuori 2007: 151.

tärkeänä. Tutkimuksen oikeudellinen koti on julkisoikeudessa, jolle on tunnuksenomaista, että sillä säädellään yksityisen ja julkisen vallan suhdetta. Julkisen vallan käyttöä ohjaavat yleiset oikeusperiaatteet.<sup>19</sup> Nämä oikeusperiaatteet käyttäytyvät säädettyjen normien tavoin ja ohjaavat julkisen vallan toimintaa. Julkisen vallan toiminnalle on oltava peruste eduskunnan hyväksymässä laissa, mutta julkisessa toiminnassa on noudatettava myös muuta voimassaolevaa oikeutta.<sup>20</sup> Yleiset oikeusperiaatteet kuuluvat tähän muuhun ainekseen. Perus- ja ihmisoikeudet liittävät tutkimukseni julkisoikeuteen. Tutkimuksessa on myös yksityisoikeudellista tulokulmaa, sillä perheoikeudellista kokonaisuutta sääntelvä normisto on yksityisoikeutta. Yksityisoikeus sääntelee yksityisten henkilöiden välisiä suhteita.

Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöön kuuluvien henkilöiden yhteiskunnallisesti marginaalinen asema, ja valtaväestön asennoituminen näitä vähemmistöryhmiä kohtaan, luo tutkimukselle jännitteitä. Näitä jännitteitä pyritään käsittelemään neutraalisti. Seksuaalisuus ja sukupuoli ovat osa henkilön identiteettiä ja olemusta. Yhteiskunnallinen moraalikeskustelu vähemmistöryhmien ympärillä on usein ennakkoasenteista siksi stereotyyppien murtaminen voi olla haastavaa. Yksilö voi pitää moraalikäsitteitä täysin omanaan, mutta niihin vaikuttavat vahvasti ympäröivän yhteiskunnan arvokäsitykset. Perinteiset moraalikäsitteet esimerkiksi perheestä vaikuttavat modernien moraalikäsitteiden taustalla. Yhteiskunnan luoma paine yksilön mielipiteen muodostukseen edesauttaa enemmistön hyväksymän arvomaailman toteutumista. Tämän seurauksena tiettyä käyttäytymistä tai esimerkiksi tietynlaista perhemallia aletaan pitää itsestäänselvyytenä.<sup>21</sup> Jolloin siihen kohdistuvat muutokset voivat tuntua lähes mahdottomilta. Tästä johtuen esimerkiksi ydinperhemallin haastavat uudenlaiset perhemuodot ja niihin liittyvien moraalikäsitteiden toteutuminen on käytännössä haastavaa. Tämä johtuu siitä, että perheideologinen arvomaailma on syvällä yhteiskunnan enemmistön moraalikäsitteissä. Lainsäädännön yhtenä tehtävänä voidaan pitää yhteiskunnan moraalikäsitteiden sääntelyä. Toisaalta oikeuden voidaan katsoa sisältävän arvostavia, väljiä ja harkinnanvaraisia elementtejä. Oikeutta tuleekin ensisijaisesti pitää institutionaalisenä normatiivisena järjestyksenä.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Lindroos-Hovinheimo 2014: 20–21.

<sup>20</sup> Mäenpää 2008: 62.

<sup>21</sup> Ojala 2001: 38.

<sup>22</sup> Lindroos-Hovinheimo 2014: 18.

Tutkimusmetodi on oikeusdogmaattinen. Oikeusdogmatiikka tunnetaan myös nimellä lainoppi ja sillä tarkoitetaan tulkintatiedettä. Lainopin tehtävänä on oikeussäätöjen sisällön selvittäminen eli tulkinta, oikeusperiaatteiden punninta eli yksittäisten oikeusperiaatteiden ratkaisuarvon määrittäminen sekä oikeussäännösten systematisointi. Lainopin tiedonintressinä on se, mitä voimassa oleva oikeus on.<sup>23</sup> Oikeusdogmatiikan tehtävänä on olla käsitteellinen ja ohjaileva ja se perustuu päättelylle periaatteista ja säännöistä tiettyyn toimenpiteeseen tai käyttäytymiseen.<sup>24</sup> Tulkinta, käsitteellisyys ja systematisointi ovat tutkimuksen tavoitteina. Tutkimus on luonteeltaan myös oikeuspoliittinen. Oikeuspoliittinen tutkimus voidaan määritellä tutkimukseksi, jolla on pyrkimys tai kyky vaikuttaa oikeuspoliittiseen päätöksentekoon, lainvalmisteluun, suunnitteluun, linjausten muotoiluun ja käytäntöihin. Oikeuspoliittiselle tutkimukselle on ominaista yhteiskunnallisen relevanssin korostaminen. Oikeuspoliittisen tutkimuksen tarvetta on perusteltu muun muassa siten, että oikeudella on mahdollisuus puuttua ihmisten perusoikeuksiin sekä oikeuden ja oikeusjärjestyksen suhteella julkiseen valtaan ja päätöksentekoon.<sup>25</sup> Tutkimuksen oikeuspoliittisuus nousee esiin sen yhteiskunnallisen relevanttiuden kautta. Tutkimus on luonteeltaan oikeuspoliittinen myös siksi, että tutkimuksen kohteena ovat yksilöiden yksityisimmät elämänosalueet perhe, vanhemmuus ja lisääntyminen.

Tutkimus keskittyy seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen aseman tarkasteluun perheoikeudellisessa ulottuvuudessa. Perheoikeudellinen ulottuvuus suhteessa seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perus- ja ihmisoikeuksien toteutumiseen luo tutkimukseen jännitteitä. Vaikka tutkimus keskittyy vanhemmuuteen liittyvien käsitteiden määrittelyyn, pyrkii se analysoimaan laajemmin myös perhettä ja lisääntymistä käsittelevää oikeudellista aineista. Tutkimuksen näkökulma on vanhempien, vaikka siinä käsitellään lyhyesti myös lapsen etua. Tavoitteena on systematisoida olemassa olevaa lainsäädäntöä niin, että sen muutostarpeiden pohjalta voidaan esittää oikeuspoliittisia kannanottoja.

---

<sup>23</sup> Kolehmainen 2015: 2–7.

<sup>24</sup> Ervasti 2011: 77.

<sup>25</sup> Ervasti 2011: 86–88.

Tutkimus lähtee liikkeelle ihmis- ja perusoikeusnäkökulmasta. Ensimmäisen pääluvun tarkoituksena on ihmisoikeusdiskurssin kautta tuoda esiin niitä tekijöitä, jotka nousevat esiin, kun puhutaan seksuaali- ja sukupuolivähemmistöön kuuluvien henkilöiden perheoikeudellisesta asemasta. Ensimmäisessä luvussa käsitellään yhdenvertaisuuteen, tasa-arvoon, syrjintään sekä perhe- ja yksityiselämään liittyvää ihmis- ja perusoikeusaineista seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perheoikeudellisen aseman kautta. Toinen pääluku keskittyy selvittämään sitä mitä vanhemmuus on. Kolmannessa pääluvussa selvitetään lisääntymiseen liittyviä oikeuksia. Lisääntymisoikeuksien kautta pyritään tuomaan esiin niitä ongelmia, joita lisääntymisvapauden ympärillä esiintyy seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen näkökulmasta.

### 1.5. Käsitteiden määrittely

Tässä tutkielmassa seksuaalivähemmistöllä tarkoitetaan kaikkia niitä henkilöitä, joiden romanttinen tai emotionaalinen kiinnostus kohdistuu samaa sukupuolta oleviin ihmisiin. Myös ne henkilöt, joilla on kyky tuntea romanttista ja emotionaalista kiinnostusta ihmisiin sukupuolesta riippumatta, voidaan lukea seksuaalivähemmistöön kuuluvaksi.<sup>26</sup> Seksuaalivähemmistö, homoseksuaalisuus ja bi-seksuaalisuus asettavat painon sanalle seksuaalisuus. Tästä johtuen tutkielmassa käytetään samaa tarkoittavana myös käsitteitä *samaa sukupuolta olevat parit*, sekä *nais- ja miesparit*, sillä painotuksen tulisi olla seksuaalisuuden korostamisen sijaan vähemmistöasemassa. Tripodi avaa kirjassaan sukupuolen käsitettä. Hänen mukaansa emme synny naisiksi tai miehiksi vaan, nais- tai miespuolisiksi. Tätä *biologista sukupuolta* voidaan pitää tosiasiana, eikä siihen voi vaikuttaa ennakolta. Sen sijaan on olemassa naiseutta ja mieheyttä, jotka tulisi nähdä sosiaalisina konstruktioina. Tämä *sosiaalinen sukupuoli* on sitä mihin sukupuoleen henkilö kokee kuuluvansa. Näin ollen miespuoliseksi syntynyt voi tuntea olevansa nainen ja toisin päin.<sup>27</sup> Näitä henkilöitä, joiden biologinen sukupuoli eroaa sosiaalisesta sukupuolesta, kutsutaan transsukupuolisiksi. Transsukupuoliset ihmiset kokevat syntyneensä väärän sukupuolen

---

<sup>26</sup> Jämsä 2008: 31.

<sup>27</sup> Tripodi 2014: 42–43.

ruumiiseen ja osa näistä henkilöistä toteuttaa elämänsä aikana sukupuolenkorjausleikkauksen, jossa keho korjataan vastaamaan sisäistä kokemusta.<sup>28</sup>

### 1.5.1. Vanhemmuus

Vanhemmuus ja huoltajuus sekoitetaan usein keskenään arkipuheessa, vaikka juridisesti niiden voidaan katsoa tarkoittavan erisisältöisiä asioita. Juridinen vanhemmuus määrittyy kansallisen lainsäädännön mukaan avioliiton isyysolettaman, isyyden tunnustamisen tai vahvistamisen taikka adoption kautta. Siinä missä lapsen isyyden määrittelyyn on otettu lainsäädännöllisesti kantaa, pidetään lapsen äitinä vain joko lapsen synnyttäneitä naisia tai naisia joka adoptoi lapsen. Juridisen vanhemmuuden myötä vanhemmille määräytyy elatusvelvollisuus (laki lapsen elatuksesta 704/1975) ja lapselle oikeus perintöön (perintökaari 40/1965) ja tapaamiseen (laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta (361/1983). Useimmissa tapauksissa vanhemmat ovatkin sekä lapsen biologisia, että juridisia vanhempia.

Juridinen huoltaja voi sen sijaan olla kuka tahansa. Useimmissa tapauksissa juridiset vanhemmat ovat yhdessä myös lapsen juridisia huoltajia. Juridisella huoltajalla on oikeus olla mukana päättämässä lapseen liittyvistä asioista ja tulla kuulluksi erinäisissä lapseen liittyvissä asioissa. Juridisen huoltajan rooli ei välttämättä ulotu jokaiseen lapsen kasvatuksessa ja elämässä mukana olevaan aikuiseen. Näin voi tapahtua esimerkiksi sateenkaari-perheiden kohdalla. Sateenkaari-perheellä tarkoitetaan perhettä, jossa vähintään yksi vanhempi kuuluu seksuaali- tai sukupuolivähemmistöön.<sup>29</sup> Sateenkaari-perheissä ongelmaksi nousee se, ettei vanhemmuuden juridista roolia voida taata kaikille, jotka ovat mukana lapsen elämässä<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Jämsä 2008: 37.

<sup>29</sup> Oikeusministeriö 2014: 24.

<sup>30</sup> Jämsä 2008: 64.

## 2. IHMIS- JA PERUSOIKEUSNÄKÖKULMA – SEKSUAALI- JA SUKUPUOLIVÄHEMMISTÖJEN VANHEMMUUS

### 2.1. Mitä ovat perus ja ihmisoikeudet?

Ihmis- ja perusoikeusjärjestelmän kehittämistä voidaan pitää yhtenä länsimaalaisen oikeuskulttuurin suurimpana saavutuksena. Näitä perustavanlaatuisia oikeuksia pidetään oikeusvaltioidean normatiiviskriittisenä ytimenä.<sup>31</sup> Perusoikeudet ovat perustuslaissa turvattuja yksilöiden tai ryhmien oikeuksia. Perusoikeuksia kuvaa erityinen pysyvyyden ja oikeudellisuuden luonne. Ihmisoikeudet ovat sen sijaan alueellisessa tai yleismaallisessa kansainvälisoikeudellisessa sopimuksessa tunnustettuja oikeuksia. Erityisesti ihmisoikeuksilla on historiallisesti hyvin kiinteät yhteydet moraalifilosofisiin, aatehistoriallisiin sekä uskonnollisiin lähtökohtiin. Ihmisoikeuksia pidetään sellaisina perustavanlaatuisina oikeuksina, jotka ovat jakamattomia, luovuttamattomia ja yleisesti kaikille ihmisille, riippumatta alkuperästä, ihonväristä, iästä ja uskonnosta, sukupuolesta tai muusta henkilöön liittyvästä syystä.<sup>32</sup> Perus- ja ihmisoikeudet käsittelevät samoja kokonaisuuksia, ja niillä pyritään turvaamaan yksilön oikeuksien toteutumista.

Perus- ja ihmisoikeuksien tehokas suoja edellyttää tuomioistuinten vahvaa roolia. Pohjoismaissa tuomioistuinten vallankäyttöön on historian saatossa suhtauduttu pidättyväisesti. Suomessa on oltu huolissaan muun muassa siitä, että perus- ja ihmisoikeuskeskeisyys edesauttaa kriittisten äänenpainojen voimistumista, demokraattisen päätösvallan siirtymistä tuomioistuimille ja poliittisen päätöksenteon vaikeutumista. Oikeuksien yleispiirteiseen kirjoitusmuotoon on suhtauduttu kriittisesti. Niiden on katsottu olevan liian tulkinnanvaraisia ja näin ollen horjuttajan oikeuden ennakoitavuuden periaatetta.<sup>33</sup> Toisaalta perus- ja ihmisoikeuksien tarkoituksena on olla mahdollisimman yleisesti määriteltäviä, jotta niiden turvaamat oikeudet toteutuisivat myös niissä tilanteissa, joita ei ole ennalta osattu arvioida. Perusoikeuksien painoarvot saattavat vaihdella oikeuskulttuureittain. Tämän vuoksi ihmis- ja perusoikeustulkinnassa kontekstuaalisuutta voidaan pitää

---

<sup>31</sup> Riekkinen 2005: 171–172.

<sup>32</sup> Ojanen 2015: 8–9.

<sup>33</sup> Ojanen 2015: 14–15.

ymmärrettävänä. Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimusta (EIS) tulee tulkita dynaamis-evolutiivisesti<sup>34</sup> kulloinkin vallitsevien yhteiskunnallisten olojen mukaisesti.<sup>35</sup> Dynaamis-evolutiivisen tulkinnan voidaan katsoa mahdollistavan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuden luovaan aktivismiin. Valtion harkintamarginaaliopin voidaan sen sijaan katsoa luovan rajoitteita tämän luovan aktivismin toteutumiselle.<sup>36</sup> Vaikka ihmisoikeussopimuksen turvaamia oikeuksia voidaan pitää universaaleina, jakamattomina ja pysyvinä ei niiden tulkinnan tule olla muuttumatonta. Ihmis- ja perusoikeuksia tulee lähtökohdaisesti suojella, ja käsitellä muuttumattomina, mutta niiden totaalinen pysähtyneisyys ja ajasta riippumaton soveltaminen ei sen sijaan ole mahdollista.

Suomalaisessa oikeuskulttuurissa lainsoveltaminen ja -käyttö pohjautuu perusoikeusmyönteiselle laintulkinnalle. Perusoikeusmyönteinen laintulkinta tarkoittaa sitä, että tuomioistuimen tulee valita perusteltavissa olevasta lain tulkintavaihtoehdoista sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka eliminoi perustuslain kanssa ristiriidassa olevat vaihtoehdot.<sup>37</sup> Tällaista laintulkintaa voidaan lähtökohdaisesti pitää hyvänä, mutta sitä kohtaan voidaan esittää myös kritiikkiä. Perusoikeuskeskeisen äärimmilleen viedyn tulkintaopin mukaan lakien sisältö määräytyy perusoikeuksista ja niiden tausta-arvoista käsin. Tulkinta, joka perustuu liiaksi perusoikeuksille voi johtaa arveluttaviin ratkaisuihin. Jopa tietyn oikeudenalan vakiintuneet oikeuslähdeperiaatteet voivat syrjäytyä.<sup>38</sup> Perus- ja ihmisoikeusmyönteinen laintulkinta on tärkeä lähtökohhta. Siitäkin huolimatta, että perus- ja ihmisoikeudet ovat haastava ja moninainen kokonaisuus hallita. Oikeuksien limittyneisyys ja niiden tarkoituksenmukainen laaja käsitteellisyys tekevät kokonaisuudesta vaativan.

---

<sup>34</sup> Dynaamis-evolutiivisen tulkinnan mukaan Euroopan ihmisoikeussopimus tulee nähdä elävänä asiakirjana, joka edellyttää sopimuksen soveltamisen sovittamista yhteiskunnalliseen muutokseen. Uuden tulkinnan tulee kuitenkin perustua johonkin kiinnekohtaan, joka haetaan oikeusvertailun kautta. Kiinnekohdan etsinnässä auttavat sopimusvaltioiden lainsäädäntö, muiden kansainvälisten valvontaelinten ratkaisukäytäntö ja kansainvälisten organisaatioiden kyseistä aihepiiriä koskevat kannanotot. Hirvelä 2011: 407–408.

<sup>35</sup> Raitio 2014: 520–521.

<sup>36</sup> Rautiainen 2011: 1169. Harkintamarginaaliopin mukaan ihmisoikeustuomioistuin ei pyri itse aina arvioimaan jäsenvaltiossa sinänsä asianmukaisesti voimaansaattettujen rajoitusten objektiivista välttämättömyyttä, vaan jättää sopimusvaltiolle tältä osin tietyn harkintamarginaalin. Rautiainen 2011: 1153.

<sup>37</sup> PeVM 25/1994 vp s. 4.

<sup>38</sup> Raitio 2014: 525–526.



## 2.2. Seksuaalioikeudet – tärkeä osa ihmisoikeuksien kokonaisuutta

Ihmisoikeuksien ja seksuaalioikeuksien sulautuminen voidaan sijoittaa 1900-luvun alkuun, jolloin seksuaalisuuden voidaan katsoa politisoituneen. Seksuaalioikeuksien syntyyn vaikuttivat muun muassa seksuaaliterveyden käsitteellinen esiintuonti, lisääntymisvapauden julistaminen sekä myöhemmin seksuaali-identiteettiä ja syrjintää käsittelevät ihmisoikeuskokonaisuudet. Seksuaalioikeuksia käsitellään yhä pitkälti seksuaaliterveyden näkökulmasta. Tämä tulokulma voi olla vinoutunut. Sukupuoli-identiteettiä koskevien ihmisoikeus- ja syrjintärikkomusten esiintuloa voidaan pitää seksuaalioikeuksien vallankumouksen kannalta merkittävänä. Seksuaalisen identiteetin turvaamistoimenpiteitä tulisikin pitää yhtä tavoiteltavana kuin seksuaaliterveyden turvaamista.<sup>39</sup> Tätä kehityssuuntaa voidaan pitää erityisen tärkeänä juuri seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen kannalta. Sillä seksuaaliterveyden ensisijaisuutta suhteessa muihin seksuaalioikeuksiin voidaan pitää heteronormatiivisena lähtökohtana. Sen voidaan katsoa käsittelevän lähinnä lisääntymisen säätelyyn ja kasvatukselliseen puoleen liitettäviä oikeuksia. Seksuaaliterveyden korostuminen seksuaalioikeuksissa voi johtaa tilaan, jossa seksuaali-identiteetin turvaamista pidetään toissijaisena. Näin ollen seksuaali- ja sukupuolivähemmistöön kuuluvien henkilöiden seksuaalioikeudet ja sitä kautta myös ihmisoikeudet voivat jäädä täysimääräisesti toteumatta.

Seksuaalioikeudet kuvastavat juuri niitä perimmäisiä arvoja, joita ihmisoikeuksilla pyritään turvaamaan: ihmisarvoa, autonomiaa ja itsemääräämisoikeutta. Tästä huolimatta kansainväliset ihmisoikeussopimukset eivät juurikaan ole ottaneet kantaa näiden oikeuksien turvaamiseen. Perusoikeus –säätelyssä seksuaalisuutta on lähinnä käsitelty tasa-arvo-oikeuksien kautta. Juurikaan ei ole otettu kantaa siihen suojellaanko erilaisia seksuaalielämän muotoja vaan pikemminkin pyritty tilaan, jossa jokaisen seksuaalinen elämä olisi yhdenvertaisesti suojeltua. Tällainen tulkinta voi johtaa siihen, ettei oteta lainkaan kantaa sukupuoli-identiteettikysymyksiin, jotka tosiasiallisesti ovat seksuaalioikeuksien ytimessä.<sup>40</sup> Seksuaalisuudessa on kyse henkilön identiteetin kannalta merkittävästä asiasta.

---

<sup>39</sup> Giami 2015: 46–48, 50, 51–52.

<sup>40</sup> Graupner 2005: 110.

Tämän lisäksi seksuaalisuus kiinnittyy myös itsemääräämisoikeuteen, sananvapauteen ja mielipiteenmuodostus sekä perhe- ja yksityiselämää koskeviin oikeuksiin.<sup>41</sup>

### 2.3. Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus – sisällöllinen ja muodollinen vaatimus

#### 2.3.1. Yhdenvertaisuus

Yhdenvertaisuudella ja tasa-arvolla on keskeinen asema perusoikeusjärjestelmässä. Yhdenvertaisuus itsessään sisältyy perus- ja ihmisoikeuden käsitteeseen, sillä oikeuksien katsotaan olevan jokaiselle kuuluvia.<sup>42</sup> Yhdenvertaisuus voidaan jakaa muodolliseen ja sisällölliseen puoleen. Muodollinen yhdenvertaisuus tarkoittaa sitä, että samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavalla. Muodollinen yhdenvertaisuus voi johtaa myös tilanteisiin, joissa yksilöitä kohdeltaisiin yhtä huonosti, vaikkakin samalla tavalla. Ongelmana onkin muodollisen yhdenvertaisuuden korostuminen oikeudellisessa sääntelyssä. Tavoitteena tulisi pitää yhdenvertaisuuden sisällöllistä eli tosiasiallista toteutumista.<sup>43</sup> Suomessa on korostettu muodollista yhdenvertaisuutta ja lainsäädännön sukupuolineutraaliutta. Toisaalta ajan saatossa on huomattu, ettei sukupuolineutraaliksi säädetty lainsäädäntö ole ollut tavoitteiltaan ja vaikutuksiltaan neutraalia.<sup>44</sup> Tämä johtuu siitä, etteivät muodollisesti tasa-arvoiset oikeudet taikka sukupuolineutraali lainsäädäntö välttämättä luo tosiasiallista tasa-arvoa. Muodollisesti samanlaistavaa lainsäädäntöä ei voida pitää takeena sille, että todellinen tasa-arvo toteutuu.<sup>45</sup>

Lainsäädännössä on poikkeuksia, jolloin tiettyä ryhmää voidaan kohdella hetkellisesti ”paremmin” tosiasiallisen tasa-arvon saavuttamiseksi. Vaikka sukupuoli, sukupuoli-identiteetillä tai sukupuolen ilmaisulla ei tulisi olla mitään merkitystä siihen, miten henkilöä kohdellaan, katsotaan positiivinen erityiskohtelu tietyissä tilanteissa hyväksyttäväksi. Euroopan unionin perusoikeuskirjan (2012/C 326/02) artiklan 23 mukaan:

---

<sup>41</sup> Graupner 2010: 110.

<sup>42</sup> HE 309/1993 vp s. 16.

<sup>43</sup> Anttila 2013: 45–46.

<sup>44</sup> Rantala 2016: 16.

<sup>45</sup> Niemi 2015: 1025.

*Tasa-arvon periaate ei estä pitämästä voimassa tai toteuttamasta toimenpiteitä, jotka tarjoavat erityisetuja ahdistettuna olevalle sukupuolelle.*

Tasa-arvolain (609/1986) 9 § 4 kohdan mukaisesti sukupuoleen perustavana syrjintänä ei tule pitää:

*Väliaikaisia, suunnitelmaan perustuvia erityistoimia tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi, joilla pyritään tämän lain tarkoituksen toteuttamiseen.*

Tasa-arvonlain lainvalmisteluaineistossa korostetaan, että tämän kohdan tarkoituksena on mahdollistaa se, että erityisesti työelämässä sekä koulutuksessa voidaan suosia heikommassa asemassa olevaa sukupuolta rikkomatta syrjinnänkieltoa.<sup>46</sup> Tasa-arvolakia on myöhemmin uudistettu. Uudistuksen valmisteluaineistossa käsiteltiin myös positiivisen erityiskohtelun<sup>47</sup> toiminta-aluetta. Lainvalmisteluaineistossa korostettiin toimenpiteen suunnitelmallisuutta, joka mahdollistaa valintatilanteissa aliedustetun sukupuolen suosimisen. Nimenomaan positiivisen erityiskohtelun suunnitelmallinen luonne tekee mahdolliseksi sellaiset toimenpiteet, jotka irrallisina yksittäisinä tekoina voisivat olla syrjintää. Näitä erityistoimia ei tule soveltaa sen kauempaa kuin tosiasiallista eriarvoisuutta esiintyy.<sup>48</sup>

Arvopluralismin, historiallisen miesvaltaisuuden ja heteronormatiivisen kehityksen myötä olisi lähes mahdotonta, ettei edellä kuvattuja erityistoimenpiteitä toteutettaisi lainkaan. Erityiskohtelun tulee perustua selkeälle tapauskohtaiselle arvioinnille ja sen tulee olla suunnitelmallista. Lainsäädännön tulee sisältää selkeitä sääntöjä niistä tapauksista, jolloin normista poiketaan. Naisten ja miesten välinen tasa-arvokuilu, vakiintuneet sukupuoliroolit ja perhe-elämän yksityisyyden suojelu ovat osasyitä siihen miksi seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perheoikeudellisen turvan voidaan katsoa olevan niin heikkoa.

---

<sup>46</sup> HE 57/1985 vp s. 21

<sup>47</sup> Positiivinen erityiskohtelu tarkoittaa väliaikaisia, suunnitelmallisia erityistoimia tosiasiallisen tasa-arvon edistämiseksi. Positiivisen erityiskohtelun voidaan katsoa rikkovan muodollisen yhdenvertaisuuden periaatetta sallimalla erityisetuja aliedustetulle ryhmälle. Muodollisen tasa-arvon rikkominen on aiheellista, sillä positiivisen erityiskohtelun tarkoituksena on haitan estäminen tai korvaaminen. Anttila 2013: 65–66.

<sup>48</sup> HE 90/1994 vp s. 16.

### 2.3.2. Tasa-arvo

Sisällöllinen yhdenvertaisuus on yhtä kuin tosiasiallinen tasa-arvo. Se tarkoittaa erilaisuuden huomioon ottamista. Tosiasiallista tasa-arvoa edustavat muun muassa tavoitepoistaa statukseen perustuvaa haittaa, edistää erilaisten identiteettien tunnustamista, pyrkimys muuttaa syrjiviä rakenteita ja helpottaa ihmisten yhteiskunnallista osallistumista.<sup>49</sup> Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöön kuuluvien henkilöiden kannalta tosiasiallisen tasa-arvon toteutuminen on tavoiteltavaa. Vähemmistöryhmään kohdistuvan syrjinnän estäminen, seksuaalisen taikka sukupuolisen identiteetin tunnustaminen, heteronormatiivisen perhelainsäädännön purkaminen ja vähemmistöön kuuluvien henkilöiden osallistaminen heitä koskevaan päätöksentekoon olisivat omiaan edistämään tosiasiallisen tasa-arvon toteutumista.

Henkilön asettaminen eriarvoiseen asemaan sukupuolen ilmaisun, sukupuoli-identiteetin tai fyysisesti sukupuolta ilmaisevien ominaisuuksien perusteella on kiellettyä. Nämä lisäykset tulivat osaksi lainsäädäntöä tasa-arvolain uudistuksen myötä. Tätä uudistusta koskevassa hallituksen esityksessä sukupuoli-identiteetti ja sukupuolen ilmaisu katsotaan kuuluvaksi yksityiselämän suojan piiriin. Sukupuoli-identiteetillä tarkoitetaan henkilön kokemusta omasta sukupuolestaan. Useimpien henkilöiden sukupuoli-identiteetti vastaa heille syntymässä määriteltyä sukupuolta. Näin ei voida kuitenkaan katsoa tapahtuvan kaikkien kohdalla. Hallituksen esitys jatkaa määrittelyä siten, että sukupuolen ilmaisulla tarkoitetaan sukupuolen esiin tuomista vaatetuksella, käytöksellä ja muulla vastaavalla tavalla. Vaikka hallituksen esityksessä myönnetään, että sukupuolen ilmaisu on yksilöllistä, tekee asiakirja johtopäätöksen siitä, että sukupuolen ilmaisu vastaa lähes aina henkilölle syntymässä määriteltyä sukupuolta.<sup>50</sup> Sukupuolisen ilmaisun ja sukupuoli-identiteetin syrjinnänkiellot kertovat sukupuolikäsityksen muutoksesta. Mikäli sukupuolen muuttuminen biologisesta faktasta kohti sosiaalista konstruktiota tapahtuu enemmässä määrin, voidaan sillä katsoa olevan oikeudellisia vaikutuksia. Lainsäädäntö lähtee liik-

---

<sup>49</sup> Anttila 2013: 47–53.

<sup>50</sup> HE 19/2014 vp s. 109, 121.

keelle sukupuolen kahdesta kategoriasta. Mikäli sukupuolen sosiaalisen ulottuvuus otetaan osaksi sukupuolen määritelmätyötä nämä kaksi kategoriata eivät enää riitä. Muutos luo selkeitä haasteita syrjinnän vastaiselle oikeudelle.<sup>51</sup>

### 2.3.3. Syrjintä

Perustuslain 6 §:n mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Yhdenvertaisuuslain tarkoituksena on ehkäistä syrjintää ja edistää yhdenvertaisuutta. Lakia ei ole tarkoitettu sovellettavaksi yksityis- ja perhe-elämää piiriin kuuluvaan toimintaan. Syrjintä on kiellettyä iän, uskonnon, alkuperän, kielen, kansalaisuuden, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden, seksuaalisen suuntautumisen tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Yhdenvertaisuuslakia koskevassa hallituksen esityksessä syrjintäsäädökset laajennettiin koskemaan myös sukupuoli-identiteetin tai sukupuolen ilmaisuun perustuvaa syrjintää. Lakiin lisättiin velvoite, jonka mukaan näihin perustuvaa syrjintää tulee ennaltaehkäistä.<sup>52</sup> Syrjintä eroaa syrjäytymisestä siten, että syrjinnän toteennäyttäminen edellyttää, että jollain taholla voidaan katsoa olevan velvollisuus syrjinnän poistamiseen<sup>53</sup>. Tämä velvollisuus on yleisesti ottaen julkisella vallalla. Syrjintä voi olla välillistä tai välitöntä. Välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan tilannetta, jossa näennäisesti yhdenvertainen sääntö, peruste tai käytäntö asettaa henkilön muita epäedullisempaan asemaan hänen liittyvän syyn perusteella. Välillistä syrjintää eivät kuitenkaan edusta ne tilanteet, joissa sääntö, peruste tai käytäntö perustuu lakiin taikka sillä on muutoin hyväksyttävä tavoite tai tavoitteen saavuttamiseksi käytetyt keinot ovat asianmukaisia ja tarpeellisia. Syrjintä on välitöntä, mikäli jotakuta kohdellaan henkilöön liittyvän syyn perusteella epäsuotuisammin kuin jotakuta muuta kohdeltaisiin tai on kohdeltu samanlaisessa tilanteessa.<sup>54</sup>

Tosiasiallinen tasa-arvo vaatii toteutuakseen valtion positiivisia toimia uhatun oikeuden turvaamiseksi. Pelkkä valtion puuttumattomuus yksilön oikeuksiin ei aina riitä oikeuden

---

<sup>51</sup> Niemi 2015: 1029.

<sup>52</sup> HE 19/2014 vp s. 38–39.

<sup>53</sup> Anttila 2013: 59.

<sup>54</sup> HE 19/2014 vp s. 1, 55–56, 139–140.

turvaamiseksi. EIT onkin tehokkuusperiaatteen<sup>55</sup> avulla laajentanut sopimusvaltioiden positiivisia toimintavelvoitteita. Lähtökohtaisesti perus- ja ihmisoikeudet luovat negatiivisia toimintavelvoitteita. Negatiivisen toimintavelvoitteen mukaan oikeuksien toteutuminen tapahtuu, mikäli valtio ei puutu näiden oikeuksien toteutumiseen. Tehokkuusperiaatteesta johdetut positiiviset toimintavelvoitteet luovat sopimusvaltioille edellytyksen turvata ihmisoikeussopimuksen oikeuksia aktiivisin toimin. Jokainen perusoikeus sisältää kolmentyyppisiä velvollisuuksia: velvollisuuden välttää riistäminen, velvollisuuden suojella riistolta ja velvollisuuden auttaa riistettyjä.<sup>56</sup> Syrjinnänvastaisessa työssä positiivisia velvoitteita voidaan pitää ehdottoman tärkeinä. Syrjinnänkielto perustuu aktiivisille toimille, joiden toteuttamisesta vastaa julkinen valta. Mikäli syrjintää ilmenee, on julkinen valta lähtökohtaisesti epäonnistunut perusoikeuksien sisältämien kahden ensimmäisen velvollisuuden täyttämässä. Vaikka perusoikeusrikkomus velvoittaa auttamaan riistettyjä, tulisi toiminta lähtökohtaisesti suunnitella siten, ettei rikkomuksia tapahtuisi. Syrjinnänkiellon tosiasiallinen toteutuminen vaatii sen sisältämän yhteiskuntatodellisuuden purkamista ja analysointia. Ennakoiva ja suunnitelmallinen positiivinen erityiskohtelu on tärkeä työkalu syrjinnän vastaisessa työssä. Se voi estää sellaisten tilanteiden syntymistä jossa yksilön tai ryhmän perusoikeus tulisi loukatuksi.

Syrjinnän kiellossa huomio kiinnittyy henkilön ominaisuuksiin kuten ikään, sukupuoleen tai seksuaaliseen suuntautumiseen. Lisäksi huomio kiinnittyy siihen haittaan jota henkilöt ovat kärsineet ominaisuuksiensa vuoksi. Tavoitteena ei siis voida pitää samanlaisten tapauksien kohtelua samalla tavalla. Huomion tulisi kohdistua siihen onko henkilö kokenut jotakin haittaa jostakin ominaisuudestaan johtuen.<sup>57</sup> Vertailukelpoisen tapauksen etsiminen voi johtaa harhaan, sillä vertailukelpoista tapausta ei välttämättä ole. Siksi syrjinnän kieltoa tulisikin tulkita vain tapauksesta itsestään lähtevien perusteiden valossa.

Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal -tapauksessa oli kyse syrjinnästä. Avioerosta johtuneiden perheympäristön muutosten myötä kansallinen oikeus ei ollut myöntänyt lasten isälle huoltajuutta sillä perusteella, että tämä oli homoseksuaali. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien katsoi, että näin perusteltu kansallinen päätös loukkasi hänen yksityis- ja perhe-

---

<sup>55</sup> EU-oikeudesta tuttu tehokkuusperiaate edellyttää, että kansallisten oikeussuojakeinojen ja prosessinormien on tosiasiallisesti taattava yksilön oikeuksien ja oikeusturvan tehokas toteutuminen. EU-tuomioistuimen määritelmä tehokkuusperiaatteesta on seuraava: ”menettelysäännöt eivät saa olla sellaisia, että yhteisön oikeudessa annettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa”. Ojanen: 2016: 103.

<sup>56</sup> Pitkänen 2013: 55–59.

<sup>57</sup> Anttila 2013: 55.

elämän suojaansa. EIT ei myöskään sallinut erilaista kohtelua sen perusteella, että kansallinen tuomioistuin oli vedonnut siihen, että lasten isä asui samaa sukupuolta olevan kumppaninsa kanssa. Kansallisen oikeuden mukaan isän asumismuoto poikkesi perinteisestä perhemallista. Tuomioistuin korosti, ettei EIS 14 artiklan mukainen erilainen kohtelu ole sallittua, mikäli sillä ei voida katsoa olevan objektiivista ja hyväksyttävää syytä. Objektiivisuus ja hyväksyttävyyys tulee osoittaa toteen oikeutetulla tavoitteella. Tämän tavoitteen saavuttamiseksi asetetut keinot eivät saa olla ristiriidassa taikka kohtuuttomia päämäärään nähden. Toisin sanoen suhteellisuusperiaatetta<sup>58</sup> tulee noudattaa.<sup>59</sup>

Tapauksessa huoltajuus evättiin ilman objektiivista ja hyväksyttävää syytä. Perusteet olivat ristiriidassa tavoitellun tilan kanssa, joten suhteellisuusperiaate ei toteutunut.

Se miksi yhdenvertaisuuslain syrjintäsäädöksiä ei ole kohdistettu perhe- ja yksityiselämän piiriin voi johtua siitä, että moderniin oikeuteen kuuluu pyrkimys kunnioittaa yksityiselämän vapautta. Perhe- ja yksityiselämän rajoittamista tai siihen puuttumista sallitaan vain pakottavissa tilanteissa. Kansainvälisessä ja kansallisessa oikeudessa perhettä ja avioliittoa käsittelevillä ihmis- ja perusoikeuksilla on juuret uskonnollisissa normeissa. Niitä parisuhdemuotoja joita suojellaan lainsäädännöllisesti ei ole valittu sattumanvaraisesti vaan ne ovat tarkoin harkittuja poliittisia päätöksiä.<sup>60</sup> Viime kädessä näitä heteronormatiivisia instituutioita on suojattu tuomioistuinkäytännöllä, vaikka Euroopan ihmisoikeustuomioistuin onkin yksittäistapauksissa osoittanut, että yksityiselämän suojan piiriin kuuluvat muutkin kuin heteroavioparit.<sup>61</sup>

Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöön kuuluvien henkilöiden voidaan katsoa kohtaavan rakenteellista syrjintää. Sen voidaan katsoa nousevan lainsäädännön ja koko yhteiskunnan heteronormatiivisuudesta. Rakenteellinen syrjintä syntyy syvälle juurtuneista näkemyksistä, mielipiteistä, arvostuksista. Ne esiintyvät niin sosiaalisissa, kulttuurisissa kuin taloudellisissakin rakenteissa.<sup>62</sup> Rakenteellisen syrjinnän kitkeminen vaatii näiden rakenteiden muuttamista. Rakenteissa ilmenevän syrjinnän poistamisen kannalta on olennaista,

---

<sup>58</sup> Suhteellisuusperiaatteen mukaan unionin toiminnassa ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perustamisso-  
pimuksen tavoitteiden saavuttamiseksi. Suhteellisuusperiaatteen tavoitteena on löytää tasapaino kilpaile-  
vien ja vastakkaisten intressien välille. Syrjinnänvastaisessa argumentaatiossa suhteellisuusperiaate esiin-  
tyy siten, että voidaanko samanlaisten tilanteiden erilainen kohtelu oikeuttaa. Erilaiselle kohtelulle tulee  
olla objektiivinen ja kohtuullinen oikeusperuste ja sen tulee olla oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämää-  
rään nähden. Pitkänen 2013: 62–63.

<sup>59</sup> Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal 21.12.1999

<sup>60</sup> Lowe & Douglas 2007: 3.

<sup>61</sup> Pyllkkänen 2010: 6, 8.

<sup>62</sup> Anttila 2013: 52.

että erilaisuus sallitaan. Tavoitteena tulisi olla erilaisuudesta johtuvien haittojen poisto, ei erilaisuuden kieltäminen. Sosiaalisia syrjiviä rakenteita tulisi muuttaa siten, että erilaisuus otetaan paremmin huomioon. Ei ole tarkoituksenmukaista, että erilaiset sopeutuisivat valitsevaan normiin vaan normia tulisi voida muuttaa siten, että se huomioi erilaisuuden.<sup>63</sup> Syrjiviä rakenteita voidaan ilmentää esimerkiksi avioliittoinstituution kautta. Avioliittoa pidettiin aiemmin ehtona lapsen hankkimiselle ja kasvatukselle. Avioliiton luonnonoikeudellinen<sup>64</sup> määrittely johti siihen, että sen katsottiin kuuluvan valtiollisen oikeuden ulkopuolelle. Näin syntyi todellisuus, jossa perhe nähtiin luovuttamattomien ihmisoi-keuksien teoriassa valtiolta suojatuksi alueeksi. Perhettä ohjasi perheen pää mies.<sup>65</sup>

Seksuaaliseen suuntautumiseen tai sukupuoli-identiteettiin perustuvaa syrjintää ei edelleen pidetä yhtenevänä taikka yhtä pahana rikkomuksena kuin rotuun tai sukupuoleen perustuvaa syrjintää. Tämä on nähtävissä siitäkin huolimatta, että lainsäädännöllisten uudistusten voidaan katsoa kuvastavan sosiaalisen ilmapiirin muutosta kohti seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjä hyväksyvämpää tilaa. Vaikka ensimmäiset askeleet kohti tosiasiallista tasa-arvoa on otettu, rakenteellisen homofobian voidaan edelleen katsoa olevan vallalla.<sup>66</sup> Yhteiskunnan syvärakenteen uudelleen muovautuminen vaatii koko yhteiskunnan asennemuutosta. Myös instituutioiden toiminnan tulisi suuntautua siten, ettei niiden voida katsoa tukevan heteronormatiivisuuden toteutumista. Tasa-arvolain tavoitteena on estää sukupuoleen perustuva syrjintä ja edistää naisten ja miesten välistä tasa-arvoa sekä parantaa naisten asemaa erityisesti työelämässä. Lain tarkoituksena on myös estää sukupuoli-identiteettiin tai sukupuolen ilmaisuun perustuva syrjintä. Sukupuoli-identiteetin ja sukupuolen ilmaisuun perustuvan syrjinnän estämisestä ja ennaltaehkäisemisestä on turvattu sekä perustuslaissa että tasa-arvolaisissa. Muodollinen yhdenvertaisuus voidaan nähdä tasa-arvon ensiasteena. Tosiasiallinen tasa-arvo on sen sijaan perimmäinen tavoite.

---

<sup>63</sup> Anttila 2013: 59.

<sup>64</sup> Luonnonoikeusajattelussa oikeus nähdään riippuvaisena etiikasta. Oikeus asetetaan ulkoisen tai yläpuolella olevan kriteerin arvioitavaksi. Lindroos-Hovinheimo 2014: 31–32. Luonnonoikeudellisesti ajateltuna avioliitto nähdään instituution asemassa, jota suojaavat moraalinen ja oikeuden ulkopuoliset rakenteet. Siksi avioliittoelämän sisältämiä kokonaisuuksia on haluttu tarkoituksenmukaisesti välttää oikeudellisessa määrittelyssä.

<sup>65</sup> Nousiainen 1998: 1019.

<sup>66</sup> Fredman 2001: 91–92.



Pelkkä mielivallan kielto ja samanlaisten tapausten kohtelu samalla tavalla,<sup>67</sup> ei takaa tosiasiallisen tasa-arvon toteutumista vaan tyytyä muodolliseen yhdenvertaisuuteen.

#### 2.3.4. Tasa-arvon edistämismittari

Anttilan mukaan tasa-arvon edistämismittarilla on kaksi tavoitetta, ensinnäkin syrjinnän ehkäiseminen ennakolta ja muu tasa-arvon edistäminen. Jälkimmäinen tarkoittaa epätasa-arvoisten tilanteiden korjaamista ja ehkäisemistä, vaikeivat ne vielä täyttäsikään syrjinnän tunnusmerkistöä.<sup>68</sup> Tasa-arvolain 6 §:ssä määrätään sukupuoli-identiteettiin ja sukupuolen ilmaisuun perustuvan syrjinnän kiellon ennaltaehkäisystä, joka tulee toteuttaa tavoitteellisesti ja suunnitelmallisesti. Perustuslain 6 §:ssä määrätään sukupuolten tasa-arvon edistämismittareista. Euroopan ihmisoikeussopimuksesta johtuvat valtion positiiviset toimintavelvoitteet vaativat julkista valtaa turvaamaan tasa-arvon toteutumista ennakoivasti. Positiivisista velvoitteista johtuen valtion tulee kyseenalaistaa kunkin poliittisen tai oikeudellisen päätöksen seurauksia suhteessa tasa-arvoon. Tällaisen toimintatavan myötä institutionaalinen ja rakenteellinen syrjintä voidaan paikantaa paremmin ja epätasa-arvoisiin käytäntöihin voidaan puuttua ikään kuin oma-aloitteisesti. Näiden positiivisten velvoitteiden voidaan katsoa muuttaneen koko syrjinnänvastaisen lainsäädännön olemuksen. Tärkeintä ei enää ole etsiä oikeuden rikkojia vaan pyrkiä itseohjautuvasti tasa-arvoisuuteen. Näin luodaan lainsäädäntöä, joka on tasa-arvoista ja suunnitelmallista.<sup>69</sup>

Positiivisten velvoitteiden noudattaminen ei ole päivänselvä. Missä kohtaa julkisen vallan voidaan katsoa toteuttaneen riittävässä määrin ennakoivia tasa-arvo tekoja? Esimerkiksi avustetun lisääntymisen käsite on positiivisten velvoitteiden kannalta ongelmallinen. Toisaalta julkisen vallan tulisi edistää kansanterveyden toteutumista ja toisaalta jokaisella on oikeus päättää omasta lisääntymisestään. Miten pitkälle julkisen vallan voidaan katsoa olevan velvoitettu osallistumaan avustetun lisääntymisen yhdenvertaiseen toteutumiseen ja saatavuuteen? Todellinen yhdenvertaisuus vaatii uskallusta kyseenalaistaa

---

<sup>67</sup> HE 309/1993 vp s. 47.

<sup>68</sup> Anttila 2008: 38.

<sup>69</sup> Fredman 2011: 299–302.

perinteisiä sukupuolirooleja kuten isyyttä ja äitiyttä. Lisääntymisoikeutta voidaan pitää heteronormatiivisuuden tukijana tai sen purkajana. Seksuaalinen suuntautuminen osana henkilön muita ominaisuuksia kyseenalaistaa viime kädessä heteronormatiivisen tasa-arvo näkökulman, joka lisääntymisoikeuden ympärillä on.<sup>70</sup> Siksi yhdenvertaisuus ja tasa-arvo näkökulmasta muun muassa naispareille yhdessä annettavaa hedelmöityshoitoa voidaan pitää oikeutettuna. Toisaalta eriarvoisuus miespareihin korostuu, vaikka miespuolisen henkilön kykyä kantaa lapsi itse voidaan pitää lääketieteellisesti mahdottomana. Tähän mies- ja naisparien sekä heteroparien väliseen lisääntymisoikeuden toteutumiseen on otettu kantaa siinä määrin, ettei Suomessa sallita sijaissyntyysjärjestelyjä. Syrjintäsäännöksen näkökulmasta sijaissyntyysjärjestelyjen kieltäminen on oikeutettua, sillä sen mukaan ketään ei saa asettaa eri asemaan ilman hyväksyttävää syytä (PL 6 §). Hyväksyttävänä syynä on sijaissyntyysjärjestelyiden kiellon kohdalla pidetty muun muassa sitä, että raskauteen ja synnytykseen liittyy aina terveydellisiä riskejä.<sup>71</sup>

## 2.4. Yksityis- ja perhe-elämän suoja

### 2.4.1. Perhe-elämän suoja

Suomen perustuslain 10 §:n mukaan jokaisen yksityiselämä, kunnia ja kotirauha on turvattu. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 85–86/1998) 8 artiklan mukaisesti jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. Vastaavanlainen säädös on YK:n ihmisoikeuksien yleismaallisessa julistuksessa. Sen 12 artikla määrää, ettei kenenkään yksityiselämään, perheeseen, kotiin tai kirjeenvaihtoon tule puuttua mielivaltaisesti. Mitä perhe ja yksityiselämä käsitteinä sisältävät? Olennaista perhekäsitteen kannalta on huomata se, että se on lähtökohtaisesti nähty heteronormatiivisena avioliiton myötä syntyvänä juridisesti suojeltavana yhteiskunnan peruselementtinä. Alun perin perheellä tarkoitettiin lähtökohtaisesti laillisen avioliiton muodostamaa ihmissuhdetta sekä suhteessa syntyviä lapsia. Vaikkei Euroopan ihmisoikeussopimus sisällä perheen määritelmää, so-

---

<sup>70</sup> Aarnipuu 2006: 454.

<sup>71</sup> HE 3/2006 vp s. 17.

pimuksen lähtökohtana voidaan silti edelleen pitää perinteisten perhearvojen kunnioittamista<sup>72</sup>. Tämän kaltaisen tulkinnan voidaan katsoa nousevan esiin muun muassa tapauksessa *Hämäläinen v. Finland*<sup>73</sup>, mikäli kiinnitetään varsinaisen ratkaisun sijasta huomio ratkaisussa esille tuotuihin eriäviin mielipiteisiin.

*Hämäläinen v. Finland* -tapauksessa oli kyse avioliitossa olevasta henkilöstä, joka oli käynyt läpi sukupuolenvaihdon. Hänelle ei myönnetty sukupuolen vaihdoksen myötä uutta sukupuolta vastaavaa henkilötunnusta, mikäli hän jatkoi naimisissa oloa puolisonsa kanssa. Tapauksen aikaan kansallinen lainsäädäntö ei sallinut samaa sukupuolta olevien pariin avioliittoa. Ainut vaihtoehto olisi ollut erota tai muuttaa parisuhde rekisteröidyksi parisuhteeksi. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin tulkitsi tapauksen kuuluvaksi valtion laajan harkintamarginaalin piiriin ja näin ollen syrjintää tai perhe- ja yksityiselämän loukkausta ei nähty tapahtuneen. Ratkaisu lähti liikkeelle valtion positiivisista velvoitteista, kun taas eriävissä mielipiteissä huomio kiinnitettiin valtion negatiivisiin velvoitteisiin. Eriävien mielipiteiden mukaan enemmistön ratkaisusta voi huomata sen, ettei sopimusvaltio tietoisesti tahtonut käsitellä henkilön identiteettiä, henkilökorttiin ja kansalaisuuteen liittyvää ongelmaa.<sup>74</sup>

Sen sijaan kiinnitettiin huomiota vain siihen, oliko kyseinen teko mahdollista toteuttaa. Toisin sanoen pidättydyttiin kohtaamasta varsinaista ongelmaa. Mikäli tulkinta olisi ratkaisussa kiinnitetty suojattuun ihmisoikeuteen valtion positiivisten velvoitteiden sijaan olisi tapaus tippunut kapean harkintamarginaalin piiriin. Ratkaisu olisi voinut olla täysin toinen. Tapausta voidaan pitää perhe- ja yksityiselämän suojan kannalta merkittävänä tapauksena, sillä kahden henkilön välinen avioliittosuhde kuuluu tapauksessa käsiteltävänä olleen oikeuden piiriin.

Mikäli tapauksessa olleelle parille olisi annettu mahdollisuus jatkaa avioliittoaan, olisi sen voitu katsoa johtavan samanlaiseen tulkintaan muissa vastaavissa tilanteissa. Loppujen lopuksi se olisi voinut horjuttaa koko avioliittoinstituution heteronormatiivista perustaa. Avioliitto ei välttämättä esiinny syrjivänä perusteena sen vuoksi, ettei samaa sukupuolta olevilla pareilla ole oikeutta aivoitua. Sen sijaan vain eri sukupuolta oleville pareille mahdollistettu avioituminen edesauttaa sukupuoliroolien ylläpitoa sekä perinteisen heteroseksuaalisen elämäntyylin olemassaoloa.<sup>75</sup> Tämä traditionaalinen perhemalli ja avioliittoinstituution ylläpito aiheuttavat varsinaisen syrjivän elementin niille jotka eivät

---

<sup>72</sup> Ojala 2001: 64–65.

<sup>73</sup> *Hämäläinen v. Finland* 16.7.2014.

<sup>74</sup> *Hämäläinen v. Finland* 16.7.2014.

<sup>75</sup> Johnson 2011: 351.

kuulu näihin kategorioihin. Avioliittoinstituution säilyttämisessä onkin kyse pikemminkin traditionaalisen elämäntyylin pysyttämisestä, jota voidaan pitää yhteiskuntarakenteesta johtuvana monopolisoivana ilmiönä. Tämä on toinen eriävissä mielipiteissä huomiota kiinnittävä kohta. Voidaanko valtiolla katsoa olevan riittäviä perusteita suojella tietynlaista perhe-elämän muotoa? Eriävien mielipiteiden mukaan avioliittoinstituution asema ei horjuisi siitä, että pienelle joukolle myönnettäisiin erivapauksia avioliiton toteutumisen suhteen. Eriävien mielipiteiden mukaan ei ole osoitettavissa riittävää sosiaalista painetta sille, että henkilö ei voisi olla naimisissa sukupuolen vahvistamisen jälkeen. Sopimusvaltio ei myöskään ollut eriävien mielipiteiden mukaan osoittanut riittävästi todisteita siitä, että yhteiskuntamoraali olisi uhattuna. Näiden lisäksi kiinnitettiin huomiota siihen, että pari oli yhä avioliitossa, vaikka käytännössä he olivat samaa sukupuolta. Näin oli myös ilman että sukupuolen vaihdoksen läpikäynyt puoliso ei ollut saanut uutta sukupuoltaan vastannutta henkilötunnusta. Tämä oli täysin mahdollista kansallisen lainsäädännön mukaan, vaikka pari olikin käytännössä samaa sukupuolta. Näin ollen henkilötunnuksen myöntämisellä ja avioliittostatuksen säilyttämisellä ei voitu katsoa olevan vaikutuksia yhteiskuntamoraaliin. Näiden perustelujen myötä eriävät mielipiteet päätyivät siihen, ettei sopimusvaltiolla ollut riittäviä perusteita estää henkilötunnuksen myöntäminen vetoamalla yhteiskuntamoraaliin, sosiaaliseen paineeseen tai siihen mikä on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa. Eriävien mielipiteiden mukaan EIS:n 8 artiklaa oli siis rikottu.<sup>76</sup>

Eriävissä mielipiteissä on tuotu esiin sitä, millainen institutionaalinen tuki avioliiton takana on. Avioliitto on haluttu suojata kahta eri sukupuolta olevan henkilön suhteeksi vetoamalla yhteiskuntamoraaliin. Avioliittoa pidetään keskeisenä kansallisena instituutiona ja siksi se on haluttu rauhoittaa ylikansalliselta puuttumiselta<sup>77</sup>. Jännitteet moniarvoisen ja kulttuurisen yhteiskunnan ja perinteisen perhe-elämän sekä avioliittoinstituution välillä ovat havaittavissa. Näitä jännitteitä on pyritty purkamaan ihmis- ja perusoikeuslähtöisesti, mikä on luonut valtavan määrän tulkintoja siitä mitä perhe-elämään katsotaan kuuluvaksi. Perheen käsitteenmäärittely ei ole yhtenäistä. Eikä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien ole pyrkinyt tämän käsitteen tarkkaan määrittelyyn. EIT:n oikeuskäytännössä voi

---

<sup>76</sup> Hämäläinen v. Finland 16.7.2014.

<sup>77</sup> Jyränki 2009: 100.

havaita biologisuuden painottamista perhesuhteiden määrittelyssä. Esimerkiksi X, Y & Z v. United Kingdom –tapauksessa tuomioistuimien linjasi, ettei perhe- ja yksityiselämän suoja ole rikottu sillä perusteella että transsukupuolista puolisoa ei suostuttu merkitsemään hänen kumppaninsa keinohedelmöityksen avulla hankkiman lapsen isäksi. Ratkaisua perusteltiin sillä, ettei asiasta vallinnut yhteistä eurooppalaista konsensusta. Konsensuksen puute johtui tuomioistuimen mukaan siitä, että transsukupuolisuus herättää monia tieteellisiä, oikeudellisia, moraalisia ja sosiaalisia kysymyksiä. Eikä näihin kysymyksiin löydy yhtä oikeaa vastausta.

Tapauksessa oli kyse parista, jonka toinen osapuoli oli transsukupuolinen henkilö. Pari oli asunut yhdessä useita vuosia. Transsukupuolisen henkilön puoliso oli synnyttänyt lapsen keinohedelmöityksen avulla, ja transsukupuolinen X tahdottiin merkitä väestötietorekisteriin lapsen isäksi. Sopimusvaltion mukaan X:ää ei voitu pitää lapsen isänä.<sup>78</sup>

Jotta transsukupuolisen henkilön, ja tämän kanssa asuvan puolison synnyttämän keinoalkuisen lapsen perhettä, voitaisiin pitää Euroopan ihmisoikeussopimuksen tarkoittamana perheenä, tulisi transsukupuolisen henkilön ja lapsen välillä olla verisukulaisuus, adoptio taikka hänen tulisi olla lapsen äidin kanssa naimisissa. Tuomioistuimien ei antanut arvoa emotionaaliselle siteelle joka lapsen ja äidin kumppanin välillä oli. Sitoutumista ja tukea lapsen kasvatuksellisiin seikkoihin ei myöskään pidetty tärkeinä arvioitaessa sitä voitiinko transsukupuolista henkilöä pitää lapsen isänä. Biologista sidettä lapseen korostetaan perheen määrittelyn osalta minkä ei voida katsoa olevan linjassa heteroparien kanssa vastaavanlaisissa tilanteissa.<sup>79</sup> Irrelevanttia on se, ettei samaa sukupuolta oleva pari voinut olla naimisissa. Koska myös ilman avioliittoa syntyneitä perhe-elämää tulee Euroopan ihmisoikeussopimuksen nojalla suojella<sup>80</sup>. Ratkaisussa on huomattavissa samanlaista perheideologista suojelutarvetta kuin Hämäläinen v. Finland tapauksessa. Suomea koskevassa tapauksessa voidaan nähdä olleen kyse avioliittoinstituution suojelemisesta. Sen sijaan tässä tapauksessa perhesuhteen määrittelemisen painottuu biologisuudelle. Molempien ratkaisujen voidaan katsoa edustavan ihmisoikeussopimuksen heteronormatiivista tulkintaa.

---

<sup>78</sup> X, Y & Z v. United Kingdom 22.04.1997.

<sup>79</sup> Tahmindjis 2005: 17.

<sup>80</sup> Nieminen 2013: 192.

Sen sijaan tapauksessa *Schalk and Kopf v. Austria* Euroopan ihmisoikeustuomioistuin rajasi perhe-elämän piirin poikkeavalla tavalla.

Tapauksessa samaa sukupuolta oleva pari pyysi lupaa avioliittoon. Kansallinen viranomaisen hylkäsi hakemuksen, sillä maan lainsäädännön mukaan vain eri sukupuolta olevat parit saivat olla naimisissa. EIT linjasi, että vaikka samaa sukupuolta olevat parit eivät voineet olla avioliitossa, ei sen tulisi tarkoittaa sitä, ettei heidän parisuhteensa kuuluisi yksityis- ja perhe-elämän suojan piiriin. EIT totesi, että vaikka Euroopan ihmisoikeussopimuksen 12 artikla ei takaa sukupuolineutraalin avioliiton toteutumista, katsotaan että samaa sukupuolta olevilla pareilla on tästä huolimatta yksityiselämän lisäksi myös perhe-elämää. Tuomioistuimen mukaan oli havaittavissa asenneilmapiirin muutosta samaa sukupuolta olevia pareja kohtaan. Tämän myötä moni sopimusvaltio oli jo luonut mahdollisuuden siihen, että samaa sukupuolta olevat parit voisivat mennä naimisiin. Myös EU-oikeuden voitiin katsoa huomioineen tämän muutoksen. Tästä johtuen myös samaa sukupuolta olevien parien parisuhdetta tuli pitää perhe-elämän suojaan kuuluvana. Ja näin ollen myös tapauksen parisuhde oli EIS 8 artiklan suojan piirissä.<sup>81</sup>

Sosiaalisen ilmapiirin muutos ja sopimusvaltioiden lainsäädännölliset muutokset ajoivat tuomioistuimen dynaamis-evolutiiviseen tulkintaan. Tämän myötä myös avioliiton ulkopuoliset saman sukupuolen parisuhteet katsottiin kuuluvaksi perhe-elämän suojan piiriin. Toisaalta tapauksessa voidaan Johnsonin mukaan havaita heteronormatiivisen perhe-elämän suojelun tahtoa. Tuomioistuin myönsi, että avioliittoinstituution voidaan katsoa käyneen läpi merkittäviä sosiaalisia muutoksia Euroopan ihmisoikeussopimuksen voimaantulon jälkeen. Tästä huolimatta sosiaalinen todellisuus ei ole muuttunut niin paljon, että sen voitaisiin katsoa haastavan perinteisen avioliittoinstituution aseman.<sup>82</sup>

Perhe-elämän suojan kannalta ei ole olennaisinta osoittaa loukkaako heteronormatiivinen lainsäädäntö niitä pareja tai henkilöitä, jotka eivät sovi tähän normatiiviseen muottiin. Lainsäädännön heteronormatiivisuuden osoittamisen sijaan tulisi kiinnittää huomiota siihen onko erilainen kohtelu ratkaisevasti johtunut siitä, etteivät nämä parit tai yksittäiset henkilöt ole tämän heteronormatiivisen ideaalin sisällä. Syrjintäperuste ei siis nouse esiin siitä, että lainsäädäntö sinänsä olisi heteronormatiivista. Vaan siitä johtuuko oikeuksien loukkaus heteronormatiivisen elämäntyylin mukaisesta perheideologiasta. Sosiaalisen elämän järjestäytyminen tämän normin mukaisesti johtaa normin ulkopuolisten tapausten kohdalla epätasa-arvoon. Heteronormatiivisuuden esiintuonti voi johtaa positiivisiin seu-

---

<sup>81</sup> *Schalk and Kopf v. Austria* 22.11.2010.

<sup>82</sup> Johnson 2011: 361.

rauksiin. Heteronormatiivisuuden esiintuominen ja kyseenalaistaminen voi auttaa syrjinnänvastaisessa taistelussa. Johnsonin mukaan heteronormatiivisuuden purkua ei tule pitää peikkona vaan ongelman ratkaisun lähteenä. Heteronormatiivisten rakenteiden ja järjestyntymisen tutkiskelun kautta voimme selkeyttää syrjinnänvastaista lainsäädäntöä ja edesauttaa tosiasiallisen tasa-arvon toteutumista.<sup>83</sup>

#### 2.4.2. Yksityiselämän suoja

Yksityiselämän suojan lähtökohdaksi voidaan osoittaa se, että yksilöllä on oikeus elää elämäänsä ilman viranomaisten tai muiden ulkopuolisten tahojen mielivaltaista ja aiheuttontta puuttumista. Perustuslakiuudistusta käsittelevässä hallituksen esityksessä myönnetään, että yksityiselämän tarkka rajaaminen on haastavaa. Siihen katsotaan kuuluvaksi muun muassa yksilön oikeus vapaasti solmia ja ylläpitää suhteita muihin ihmisiin ja ympäristöön sekä oikeus määrätä itsestään ja ruumiistaan.<sup>84</sup> Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ei ole luonut tarkkaa määritelmää yksityiselämälle. EIT:n voidaan kuitenkin katsoa antaneen suojaa ainakin seuraaville osa-alueille: fyysinen ja henkinen koskemattomuus, vapaa tiedonsaanti ja -anto, yksilön rooli osana elävää ympäristöä sekä henkilön identiteetti ja itsemääräämisoikeus. Nimenomaan itsemääräämisoikeuden kautta seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen oikeudet on tuotu osaksi yksityiselämän suojaa. Tämä johtuu siitä, että yksilöillä on oikeus vapaasti solmia itsenäisiä ihmissuhteita. Yksityiselämän suojan tarkoituksena voidaan pitää sitä, että yksilö voi rauhassa toteuttaa itseään ja omaa persoonaansa. Tärkeä osa henkilön identiteettiä on hänen seksuaalisuutensa. Seksuaalisuus ja seksuaalielämä onkin ollut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen yksityiselämää käsiteltävissä tapauksissa esillä.<sup>85</sup> EIT:n voidaan katsoa antaneen rohkeimpia päätöksiään nimenomaan niissä tapauksissa, joissa on kyseessä henkilön seksuaalinen suuntautuminen ja yksityiselämän suoja. Näiden ratkaisujen voidaan katsoa johtuneen siitä, ettei yksityiselämän käsitettä ole määritelty selkeästi eikä valtion positiivisia velvoitteita ole helppoa osoittaa edellä mainitun kaltaisissa tapauksissa.<sup>86</sup> Yksityiselämän suojaa voidaan

---

<sup>83</sup> Johnson 2010: 53, 44.

<sup>84</sup> HE 309/1993 vp s. 52.

<sup>85</sup> Graupner 2005: 115.

<sup>86</sup> Johnson 2013: 94–96.

pitää kattavana yksilöllisenä oikeutena, joka suojaa henkilön fyysistä ja moraalista koskemattomuutta ja turvallisuutta.<sup>87</sup>

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapauksessa *Van Kück v. Germany* tuomioistuimien päätös ratkaisuihin, jossa kansallisen tuomioistuimen toiminnan katsottiin loukanneen valittajan yksityiselämän suojaa.

Tapauksessa oli kyse mieheksi syntyneestä henkilöstä, joka tahtoi vahvistaa sukupuolensa naiseksi. Valittaja vaati vakuutusyhtiötään maksamaan puolet sukupuolenkorjaukseen liittyvistä toimenpiteistä. Kansallinen tuomioistuin katsoi, ettei vakuutusyhtiö ollut velvollinen korvaamaan sukupuolen vahvistamiseen liittyvistä kirurgisista toimenpiteistä johtuvia kustannuksia. Tuomioistuin perusteli kantaa muun muassa sillä, ettei toimenpiteiden voito katsoa olleen tarpeellisia lääketieteellisistä syistä ja että valittajan voitiin katsoa olevan itse vastuussa ”tautinsa” aiheuttamisesta. EIT linjasi, ettei kyse tosiasiallisesti ollut korvausvaatimuksesta, vaan siitä, että kansallisen tuomioistuimen päätöksellä voitiin katsoa olevan suoria vaikutuksia valittajan itsemääräämisoikeuteen. Myöskään ratkaisun legitimitettiin ei pidetty pääongelmana, vaan niitä perusteita joita kansallinen tuomioistuin esitti ratkaisunsa tueksi. EIT katsoi myös, että todistustaakan osoittaminen valittajalle henkilön yksityiselämällä elämän alueella ilman omakohtaista lääketieteellistä osaamista voitiin katsoa suhteelliseksi.<sup>88</sup>

Kansallisen tuomioistuimen tapauksessa esittämiä perusteita voidaan pitää suhteellisuusperiaatteen vastaisina. Valittajana olleeseen henkilöön kohdistettuja todistustaakkaan liittyviä vaatimuksia tai kansallisen tuomioistuimen käyttämiä perusteluita ei voida pitää kohtuullisina. Kansallisen tuomioistuimen tulkintatapaa voidaan pitää myös lainsäädännön soveltamisen kannalta haasteellisena. Lainsäädännöllä voidaan katsoa olevan voimakas symbolinen ja juridinen tehtävä sen suhteen millaista tukea yksilön asema saa yhteiskunnassa. Toisaalta myös julkisen toimijan teot voivat edesauttaa henkilöön liittyvien ennakkoluulojen ja -asenteiden lisääntymistä. Juridisen turvan puute tapauksissa, joissa transsukupuolinen henkilö ei ole saanut vahvistusta sukupuolen vaihdokseensa, voivat johtaa hänen ja hänen läheistensä leimaantumiseen.<sup>89</sup> Julkisen vallan tehtäväksi voidaan katsoa ihmis- ja perusoikeuksien toteutumisen edistäminen.

Tapauksessa *B. v. France*<sup>90</sup> oli kyse mieheksi syntyneen henkilön sukupuolen vaihdoksesta. Hän oli elänyt lähes koko elämänsä naisenomaisesti ja hänelle oli tehty sukupuolenkorjausleikkaus. Leikkauksen jälkeen hän olisi halunnut muuttaa etunimensä uutta sukupuoltaan vastaavaksi. Myös muita hänen henkilöllisyyteen liittyviä asiakirjoja olisi tullut muuttaa uutta sukupuolta vastaavaksi. Koska kansallinen tuomioistuin ei tunnustanut sukupuolen

<sup>87</sup> Graupner 2005: 111.

<sup>88</sup> *Van Kück v. Germany* 12.06.2003.

<sup>89</sup> Reed 2005: 74.

<sup>90</sup> *B. v. France* 25.03.1992.



vaihdoksen läpikäynyttä henkilöä tämän uuden sukupuolen edustajaksi EIT katsoi, että yksityiselämän suojaa oli rikottu. Kansallisella tasolla päätöstä oli perusteteltu sillä, ettei henkilöä oltu diagnosoitu transsukupuoliseksi. Sen sijaan kansallisen tuomioistuimen tulkinnan mukaan henkilö oli yhden lääkärin antaman lausunnon ja hormonaalisen hoidon myötä korjauttanut sukupuolensa. Kansallisella tasolla oli säädöksiä siitä, miten henkilö julistetaan transsukupuoliseksi. Tähän prosessiin kuului muun muassa psykologin arvio.

Tapaus kuului sopimusvaltion laajan harkintavallan piiriin, koska aiheesta ei vallinnut yhteistä eurooppalaista konsensusta. Toisaalta EIT huomautti, että yksityiselämän suojan luonteesta johtuen oli vaikea määrittää niitä positiivisia velvoitteita, joita valtiolla on tämän oikeuden turvaamiseksi. Tuomioistuin kiinnitti huomiota myös siihen missä määrin yleinen etu voi ajaa yksilön edun edelle. Tuomioistuimen perusteluissa vedottiin laajaan harkintamarginaaliin siitäkin huolimatta, että asenneilmapiirissä oli havaittavissa muutosta ja että tiede oli kehittynyt transsukupuolisuuden selvittämisessä. Laaja harkintamarginaali nähtiin tarpeelliseksi siksi, että transsukupuolisuuden ympärillä oli yhä selvittämättömiä oikeudellisia ongelmia.<sup>91</sup> Kansallisen tuomioistuimen mukaan kyse oli siitä, ettei henkilöä oltu diagnosoitu lain määräämällä tavalla. Tuomioistuin huomautti, ettei vastaavia tilanteita koskevista positiivisista velvoitteista ollut yhteistä normistoa. Näin ollen sopimusvaltion toimet eivät olleet rikkoneet EIS:n suojaamia oikeuksia.

Johnsonin mukaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisulla voidaan katsoa olevan erityistä oikeudellista merkittävyyttä. Sen voidaan myös katsoa olevan auktoriteerin asemassa. Näin ollen sen voidaan katsoa omaavan voimakkaan ja laajan lähteen, jota voidaan käyttää haastamaan heteronormatiivisia sosiaalisia suhteita nyky-yhteiskunnassa.<sup>92</sup> Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen voisi seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin liittyvissä ratkaisuissaan keskittyä luomaan yhteisiä eurooppalaisia käytäntöjä pidättyväisen roolinsa sijaan. Sen kaltainen kansainvälinen toimija kykenisi antamaan ratkaisuja, joilla voidaan pysyvästi vaikuttaa vähemmistöjen asemaan sopimusvaltioissa. Sen sijaan sopimusvaltioiden moninaiset kulttuuriset piirteet, perinteet ja arvot ovat johtaneet EIT:n tilaan, jossa se on pidättäytynyt puuttumasta liialti seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen asemaan jäsenvaltioissa tapauksissa joissa selkeää ja räikeää syrjintää ei ole havaittavissa.

---

<sup>92</sup> Johnson 2013: 1.

Pidättyväisestä roolista poiketen Dudgeon-tapauksessa EIT linjasi, ettei homoseksuaalisuuden kriminalisoinnin hyväksyttävänä perusteena voida pitää sitä, että se on välttämättömyyttä ja tarpeellista demokraattisessa yhteiskunnassa. Tapauksessa tuomioistuin viittasi muissa sopimusvaltioissa tapahtuneeseen positiiviseen seksuaalivähemmistöjen oikeudellisen aseman parantumiseen ja katsoi, ettei homoseksuaalisuuden kriminalisointi voisi jatkua vain yleisen moraalielämän suojelemiseksi.

Tapauksessa oli kyse homoseksuaalisuuden kriminalisoinnista. Pohjois-Irlannin silloisen lainsäädännön mukaan kahden aikuisen välisiä homoseksuaalisia tekoja voitiin tiettyissä tapauksissa pitää rikoksen tunnusmerkistön omaavina tekoina. Tapauksessa EIT linjasi, ettei tiettyä tekoa voitu kriminalisoida vain sillä perusteella, että se oli tarpeellista yleisen moraalielämän suojelemiseksi. Tapauksista voidaan pitää seksuaalivähemmistöjen oikeuksien kannalta todella merkittävänä.<sup>93</sup>

Dudgeon-tapauksessa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen voidaan katsoa tukeutuneen dynaamis-evolutiivisen tulkintaperiaatteeseen. Sen mukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinta ei ole kiveen hakattua, vaan tulkinnan tulee elää ja kehittyä ajan ja tarpeiden niin vaatiessa.<sup>94</sup> 1980- ja 1990 lukujen taitteessa tapahtunut suhtautumismuutos, johti ratkaisuihin, joiden jälkeen EIT:n linja homoseksuaalisuuden kriminalisoinnin suhteen muuttui. Tapaukset, jotka olivat noiden lukujen taitteessa käsiteltävänä muuttivat ihmisoikeussopimuksen tulkintaa ja johtivat homoseksuaalisuuden yleiseen hyväksyntään.<sup>95</sup> Tästä positiivisesta kehityssuunnasta huolimatta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen pidättyväinen rooli ja harkintamarginaali, etenkin avioliittoon, perheen muodostukseen sekä vanhemmuuden määrittelyyn liittyen, on osaltaan edesauttanut kirjavan lainsäädännön ylläpitoa sopimusvaltioissa.

## 2.5. Laaja harkintamarginaali

Harkintamarginaali -doktriinin alkuperäinen tavoite oli rauhoitella Euroopan ihmisoikeussopimuksen sopimusvaltioiden pelkoja siitä, että heidän kansallinen turvallisuutensa

---

<sup>93</sup> Dudgeon v. The United Kingdom 24.02.1983.

<sup>94</sup> Hirvelä 2011: 407.

<sup>95</sup> Katso mm. tapaukset Norris v. Ireland 26.10.1988, Dudgeon v. The United Kingdom 24.02.1983, Modins v. Cyprus 22.04.1993.

olisi vaarassa. Doktriinin alkuperäisenä tavoitteena oli jättää sopimusvaltioille laaja harkintavalta sen suhteen, miten ne sääntelevät mahdollisia haitallisia tekoja kuten rasistisia puheita. Myöhemmin doktriini levisi koskemaan myös niitä osa-alueita, jotka eivät käsitelleet turvallisuutta. Konsensus näyttölee suurta roolia Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen harkintamarginaalin osalta. Mitä vaikeampaa tuomioistuimen on näyttää toteen eurooppalaisen konsensuksen olemassa oloa, sitä laajempi harkintamarginaali näitä tilanteita koskevissa tapauksissa on.<sup>96</sup> Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on jättänyt valtiolle laajan harkintamarginaalin tapauksissa, joissa on kyse avioliitosta, vanhemmuudesta tai perheen määrittelystä.<sup>97</sup> Laajalla harkintamarginaalilla tarkoitetaan tilaa, jossa Euroopan ihmisoikeustuomioistuin jättää jäsenvaltiolle paljon harkintavaltaa tapauksissa, joissa ei ole selkeää yhteistä eurooppalaista konsensusta. Doktriinin mukaan jäsenvaltiot itse ovat paremmassa asemassa tekemään ratkaisuja laajan harkintavallan piiriin kuuluvissa tapauksissa.

Laajan harkintavallan tilanteissa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisa voidaan katsoa olevan jonkin verran joustavuutta jäsenvaltiokohtaisesti. Mikäli EIT:n ratkaisu on toteutettu laajan harkintavallan piirissä, voivat jäsenvaltiot maakohtaisesti valita, tulkitsevatko ratkaisua sananmukaisesti tai laajemmassa taikka suppeammassa merkityksessä. Sen sijaan ne tapaukset, jotka luetaan kuuluvaksi kapean harkintavallan piiriin, tulevat noudatettaviksi sellaisinaan. Näiden ratkaisujen tulkinnasta ei tule olla kansallisella tasolla epäselvyyttä. Kapean harkintavallan piiriin katsotaan kuuluvaksi muun muassa niin sanotut absoluuttiset oikeudet, kuten oikeus elämään. Myös etninen ja rotuun perustuva syrjintä kuuluu kapean harkintavallan piiriin.<sup>98</sup> Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen mukaan harkintamarginaali ei luo sopimusvaltioille määrittämätöntä voimaa hyödyntää laajaa harkintamarginaalia<sup>99</sup>. Tällä varmistetaan se, etteivät sopimusvaltiot mielivaltaisesti vetoa harkintamarginaaliin tapauksessa kuin tapauksessa. Harkintamarginaalin määrittelyssä on otettava huomioon useita eri muuttujia. Näitä muuttujia ovat

---

<sup>96</sup> Benvenisti 1999: 845–846, 851.

<sup>97</sup> Tämä tulkinta voidaan nähdä mm. tapauksissa *Hämäläinen v. Suomi* 16.07.2014 sekä *Evans v. The United Kingdom* 10.04.2017.

<sup>98</sup> *Tümay* 2008: 2–6, 12 ja *Open Society* 2012: 1–2.

<sup>99</sup> *Handyside v. the United Kingdom* 07.12.1976. Tapauksessa EIT nimenomaisesti julisti, ettei harkintamarginaali luo sopimusvaltioille rajatonta valtaa käyttää harkintamarginaalia.

muun muassa käsiteltävän oikeuden luonne, se osa oikeutta, johon puututaan, puuttumisen hyväksyttävä peruste, ja puuttumisen aste. Näiden lisäksi tulee ottaa huomioon vertailutyö jäsenmaiden välillä ja eurooppalaisen tason sekä kansainvälisten trendien arviointi.<sup>100</sup>

Harkintamarginaali perustuu moraaliselle relativismille, jonka voidaan katsoa olevan ihmisoikeuksien universaaliuden vastakkainen näkökanta. Pahimmassa tapauksessa liian laaja harkintamarginaali voi murentaa kansainvälisen valvontaorganin luotettavuutta ja ennustettavuutta. Epäjohdonmukaiset tulkinnat samanlaisista tapauksista, vedoten laajaan harkintamarginaaliin voivat johtaa tilanteeseen, jossa tuomioistuin harjoittaa kaksinaismoralistista ja -oikeudellista päätöksentekoa. Tuomioistuimen luotettavuus ja oikeuden ennustettavuus kärsivät.<sup>101</sup> Vielä pidemmälle vietyä laaja harkintamarginaali voi johtaa tilaan, jossa sopimusvaltiot pitävät itseään tapauksesta riippumatta parhaana tuomarina. Eivätkä näin ollen piittaa ylemmän tason ohjeista. Liian laaja harkintamarginaali on ihmisoikeuksien perimmäisen luonteen kannalta vaarallinen tila, jota tulisi välttää. Vähemmistöoikeuksien toteutumisen kannalta laaja harkintamarginaali voi osoittautua haitalliseksi. Toisaalta harkintamarginaalin käyttöä voidaan perustella sillä, että se lisää kansallisen tason sisäistä demokratiaa. Kansallisen tason demokratia ei toimi tilanteissa, joissa vähemmistöoikeuksia poljetaan enemmistön monopolisoidessa valtion instituutioita.<sup>102</sup> Kuvatun kaltaisissa tapauksissa ei ole takeita siitä, että vähemmistöjen oikeudet toteutuisivat nimenomaan kansallisen päätöksenteon ja poliittisten päätösten seurauksena. Tarvitaan ylikansallista juridista auktoriteettia, jollainen EIT on. Tästä johtuen laajan harkintavallan käyttöä vähemmistöoikeuksia koskevissa tapauksissa tulisi välttää.

---

<sup>100</sup> Viljanen 2004: 524.

<sup>101</sup> Benvenisti 1999: 844.

<sup>102</sup> Benvenisti 1999: 848–849.

### 3. PERHEEN JA VANHEMMUUDEN MÄÄRITTELYÄ

Perhettä voidaan pitää ylihistoriallisena ilmiönä, sillä kaikkia tuntemiamme perhemalleja on ollut kaikkina ihmishistorian aikoina. Ydinperhe ei ole vain modernin ajan ilmiö, vaikka se onkin viimeisen parin sadan vuoden aikana kehittynyt perhesuhteita voimakkaimmin mallintavaksi muodoksi. Perhe on historiallisena ilmiönä muuttanut muotoaan ja sisältämiään arvostuksia yhteiskunnan rakenteen ja maailmankuvan muutosten seurauksena. Perheen muoto ja luonne määrittyvät siihen kuuluvien yksilöiden subjektiivisesta perspektiivistä käsin. Näihin subjektiivisiin näkemyksiin vaikuttavat laajemmat yhteiskunnalliset ajattelun muodot. Perheideologia on yhteiskuntarakenteesta riippuvainen ilmiö, joka kuvastaa sen hetken arvostuksia ja maailmankuvaa.<sup>103</sup>

Perheideologia heijastuu myös konkreettisiin perheisiin, mutta niitä ei pidä keskenään sekoittaa. Koska perhesuhteet ja perheisiin liittyvät moraalikäsitteet muuttuvat yhteiskunnallisten asennemuutosten seurauksena on perhettä koskevassa moraalisisessä ja oikeudellisessa keskustelussa vaikeaa löytää yhtä oikeaa tai väärää ratkaisua. Oikeuden tehtävänä voidaan pitää yleisten moraalikäsitteiden sopeuttamista osaksi normistoa ja kirjoitettua lainsäädäntöä. Tätä tehtävää voi pitää lähes mahdottomana, sillä ihmissuhteisiin kietoutunut oikeudellinen keskustelu on kaukana yhdestä absoluuttisesta totuudesta.<sup>104</sup> Perheideologinen muutos ei tapahdu hetkessä. Perheideologia on syvällä yhteiskunnan rakenteissa, ja näiden syvätasojen uudelleen muovautuminen vaatii aikaa. Perheen subjektiivista olemusta voidaan pitää itsestään selvyytensä, mutta sen juridiseen määrittelyyn ei juurikaan ole otettu kantaa.<sup>105</sup> Perhe käsitteiden irrottaminen avioliittoinstituutiosta ja perheenjäsenten yksilöityminen ovat osaltaan hälventäneet kuvaa perheen sisäisistä sukupuolirooleista ja tätä on jopa voitu pitää lainsäätäjän tavoitteena<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Ojala 2001: 5.

<sup>104</sup> Ojala 2001: 6.

<sup>105</sup> Collier 1995: 50.

<sup>106</sup> Nousiainen & Pylkkänen 2001: 120.

Yhdistyneiden kansakuntien (YK) ihmisoikeuksien yleismaallisen julistuksen<sup>107</sup> 16 artiklan kolmannen kohdan mukaan perhettä tulee pitää yhteiskunnan luonnollisena ja perustavana ydinosana, ja sillä on oikeus yhteiskunnan ja valtion suojaan. Myös Euroopan sosiaalisen peruskirjan (SopS 80/2002)<sup>108</sup> 16 artikla pitää perhettä yhteiskunnan perusyksikkönä ja turvaa perheen oikeutta sosiaaliseen, oikeudelliseen ja taloudelliseen suojeluun. YK:n ihmisoikeusjulistuksen 16 artikla mukaan täysi-ikäisillä miehillä ja naisilla on oikeus solmia avioliitto ja perustaa perhe. Artiklassa perhe ja avioliitto kytketään toisiinsa siten, että perhe voi syntyä vasta avioliiton solmimisen myötä<sup>109</sup>. Vastaavanlainen oikeus löytyy myös Euroopan unionin perusoikeusasiakirjan (2000/C364/01)<sup>110</sup> 9 artiklasta. Perusoikeusasiakirjassa oikeus perustaa perhe ja solmia avioliitto, jätetään kansallisen lainsäädännön sääntelemäksi. Avioliitto ja perheen muodostaminen nähdään näissä sopimuksissa toisiinsa kietoutuneina. Avioliitossa olevilla pareilla on vahvin oikeudellinen suoja, sillä lainsäädäntö tunnustaa välittömästi avioliitossa synnyttävän naisen aviomiehen lapsen isäksi<sup>111</sup>.

Voidaan myöntää, että ydinperheestä puhuminen yhtenä ainoana perhemallina on harhaanjohtavaa ja epätarkkaa. Perhettä ei voida määritellä tyhjentävästi, sillä ei ole olemassa yhtä yhteistä perhetodellisuutta. Sen sijaan perheiden kulttuuriset, sosiaaliset ja taloudelliset erot ovat suuria.<sup>112</sup> Myöskään vanhemmuutta ei voida määritellä tyhjentävästi, sillä myös vanhemmuuden näyttäytymiseen ja olemukseen vaikuttavat monet tekijät. Lainsäädännöllisesti vanhemmuuden määritelmä perustuu biologisuudelle, josta voidaan johtaa isyyden ja äitiyden kategoriat. Tosiasiassa vanhemmuutta on myös näiden sukupuoleen sitoutuneiden roolien ulkopuolella ja biologisesta siteestä huolimatta. Vaikka lainsäädännön taustalla ei myönnetä olevan yhtä perhekesitettä, länsimaisessa kulttuurissa vallitsee edelleen hyvin selkeä käsitys siitä mitä perhe on.<sup>113</sup> Se, että lainsäätäjät pyrkii ottamaan huomioon erilaisia lastenhankintatapoja, ei todennäköisesti luo sek-

---

<sup>107</sup> Hyväksytty YK:n yleiskokouksen päätöslauselmalla 217 A (III) 10.12.1948.

<sup>108</sup> Euroopan sosiaalinen peruskirja 27.5.1991 (SopS 43–44/1991) ja HE 266/1991 vp.

<sup>109</sup> Nieminen 2013: 120.

<sup>110</sup> Tasavallan presidentin asetus Euroopan unionin perusoikeusasiakirjasta, joka astui Suomen osalta voimaan 1.8.2002.

<sup>111</sup> Pater est oletama. Katso esimerkiksi Kangas 2012: 42.

<sup>112</sup> Nieminen 2004: 600.

<sup>113</sup> Nousiainen & Pylkkänen 2001: 133.

suaali- ja sukupuolivähemmistöille juridisesti vahvempaa asemaa vanhempina. Ristiriidat ja ongelmat ovat syvällä oikeuskulttuurissamme sekä oikeuden syvärakenteessa. Niiden uudelleen muovautuminen vie aikaa ja vaatii yleisen asenneilmapiirin muutosta. Perheideologinen murros on jo johtanut ydinperhemallista poikkeavien perhemallien juridiseen hyväksymiseen. Aiemmin lapsen juridisina vanhempina pystyi olemaan vain kaksi eri sukupuolta olevaa henkilöä. Erilaisten keinohedelmöityshoitovaihtoehtojen<sup>114</sup> ja nyky-yhteiskunnassa tapahtuneen yleisen asenneilmapiirin myötä myös kaksi samaa sukupuolta olevaa henkilöä voivat olla lapsen oikeudellisia vanhempia. Avioliittolain (234/1929) uudistus loi samaa sukupuolta oleville pareille mahdollisuuden yhteiseen adoptioon. Hedelmöityshoitolain (1237/2016) 2§:n 2 kohdan mukaisesti myös naispareilla on mahdollisuus hakeutua hedelmöityshoitoon ja näin ollen saada yhteinen lapsi.

Äitiyttä ja isyyttä voidaan pitää perustavanlaatuisina oikeudellista ja sosiaalista todellisuutta hahmottavina käsitteinä. Näiden käsitteiden avulla jäsenetään perheessä esiintyviä ihmissuhteita, ja niiden kautta lapsi kiinnittyy ympäröivään yhteiskuntaan. Tämän lisäksi, äitiyttä ja isyyttä voidaan pitää sosiaalisina konstruktioina. Vanhempien edun sijasta voidaan isyyden ja äitiyden määrittelyä lähestyä myös lapsen näkökulmasta. Tiukkaa juridisen vanhemmuuden säätelyä voidaankin pitää tärkeänä nimenomaan lapsen edun kannalta. Oikeudellisen vanhemmuuden perusteella määräytyvät muun muassa lapsen oikeus saada elatusta, olla vanhempansa huollossa, asua vanhempansa luona, oikeus periä vanhempansa sekä lapsen sukunimi. Lapsen edun korostumisen myötä perheolojen vakaudella ja sillä, että lapsi tulee saamaan hyvän hoidon ja kasvatuksen, on vanhempien ja vanhemmuuden määrittelyn kannalta merkittävä peruste.<sup>115</sup> Ihmis- ja perusoikeuskysymykset vanhemmuuden määrittämisessä nousevat esiin erityisesti seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen kohdalla. Todellinen yhdenvertaisuus juridisen vanhemmuuden määrittelyssä vaatisi biologisen vanhemmuuden kyseenalaistamista. Näin ollen myöskään sukupuolta koskevia kulttuurisia rooleja ei tulisi pitää itsestäänselvyyksinä<sup>116</sup>. Perhelainsäädännön historiassa on jo esimerkkejä siitä miten biologinen polveutuminen ja

---

<sup>114</sup> Hedelmöityshoitojen käyttö on jatkuvasti lisääntynyt ja erityisesti hoitojen seurauksena syntyneiden lasten määrä on kasvanut. Hedelmöityshoitoja voidaan toteuttaa parin tai henkilön omilla sukusoluilla tai luovutetuilla sukusoluilla. Salminen, Burrell & Lehtonen 2007: 307, 318.

<sup>115</sup> Lehtonen 2006: 82–83.

<sup>116</sup> Aarnipuu 2006: 454.

vanhemmuus on erotettu toisistaan. Vanhemmuuden käsitteen uudelleen määrittämisessä ei siis voida katsoa olevan kyse suurista yhteiskunnallisista muutoksista, vaan lainsäädännön sopeuttamisesta jo tapahtuneeseen yhteiskunnalliseen kehitykseen.<sup>117</sup>

### 3.1. Vanhemmuuden ulottuvuudet – sosiaalisuus ja biologisuus

Kotimainen lainsäädäntö määrittelee vanhemmuutta muun muassa isyys-, hedelmöitys- ja adoptiolain kautta. Sen sijaan esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksessa (SopS 85–86/1999)<sup>118</sup> vanhemmuus, ja sen tuomat oikeudet voidaan johtaa sopimuksen 8 artiklasta. Vanhemmuus voidaan käsitteellisesti jakaa sosiaaliseen vanhemmuuteen ja biologiseen vanhemmuuteen. Sosiaalinen vanhemmuus tarkoittaa lapsen ja aikuisen välistä tunnesidettä, joka ei ole riippuvainen aikuisen ja lapsen biologisesta siteestä. Biologisen siteen puutetta ei tulisi pitää esteenä juridisen vanhemmuuden määrittämisessä. Sillä sosiaalisen vanhemman juridisen tunnustuksen puute ei perustu aikuisen oikeuksien toteutumiselle vaan sille että lapsi saisi parhaan mahdollisen hoidon.<sup>119</sup> Vanhemmuuden juridinen tunnustaminen tulisi lähtökohtaisesti toteuttaa lapsen näkökulmasta. Biologisuuden korostuminen vanhemmuuden määrittämisessä ei anna täyttä kuvaa vanhemmuuden moniulotteisuudesta. Vanhemmuuden voidaan katsoa sisältävän monia elementtejä, joita ei voi johtaa biologisuudesta.<sup>120</sup> Sosiaalista vanhemmuutta ei voida vahvistaa tai kumota oikeuden päätöksellä. Tästä huolimatta sosiaalinen vanhemmuus on oikeudellisesti merkityksellinen suhde, jolle annetaan tuomioistuin ratkaisuisissa painoarvoa.<sup>121</sup>

Tapauksessa KKO:2001:110 lapset olivat asuneet äitinsä ja tämän puolison kanssa Helsingissä, heidän biologisen isänsä asuessa Sveitsissä. Lasten äidin kuoltua isä ja äidin puoliso hakivat molemmat itselleen lasten huoltajuutta. Lapset olivat ilmaisseet tahtonsa asua äitinsä puolison kanssa. Tapauksessa KKO antoi enemmän painoarvoa sosiaalisen vanhemman roolissa toimivalle äidin puolisolle, kuin biologiselle siteelle joka lapsilla oli isänsä kanssa. Lasten oma tahto ja kehitys huomioon ottaen KKO myönsi huoltajuuden äidin puolisolle.

---

<sup>117</sup> HE 198/2008 vp s.9–10.

<sup>118</sup> Euroopan ihmisoikeussopimus 20.5.1999/63 (SopS 85–86/1998).

<sup>119</sup> Ball 2012: 211.

<sup>120</sup> Austin 2007: 17.

<sup>121</sup> Kangas 2012: 39.



Sosiaalisella vanhemmuudella ei ole juridisesti pätevää määritelmää lainsäädännössä. Tästä huolimatta sitä käytetään ratkaisuperusteena, kuten yllä esitetystä tapauksesta voi huomata. Lapsen kehitykselle ja lapselle itselleen voi biologisia siteitä tärkeämpää olla se kenen kanssa lapsi on elänyt ja kenen kanssa sosiaaliseen vanhemmuuteen perustuva suhde on muodostunut.<sup>122</sup> Huoltajuutta koskevat päätökset tulee tehdä ensisijaisesti lapsen edun mukaisesti, siksi sosiaalinen side voi joissakin tapauksissa olla biologista sidettä vahvempi. Biologinen vanhemmuus ymmärretään oikeudellisena kategoriana. Yleensä biologinen vanhempi on myös lapsen sosiaalinen vanhempi. Ne eivät siis automaattisesti poissulje toisiaan. Toisaalta vanhemmuuden kannalta merkittävämpänä voitaisiin pitää vanhemmuuden luonnetta ihmissuhteena sekä vanhemmuuden moraalista ja sosiaalista ulottuvuutta. Biologisen todellisuuden merkittävyyden voidaan katsoa syrjäytyvän näiden elementtien tieltä.<sup>123</sup>

### 3.2. Isyys

Isyyttä on historiassa pidetty yhteiskunnan kantavana instituutiona. Hallitsijan ja patriarkaalisesta valtajärjestelmästä katsottiin perustuvan isyydestä johdettaviin oikeusvaikutuksiin. Nykyisessä lainsäädännössämme tunnustettu avioliiton isyysoletus on jatkanut tätä isyyden yhteiskunnallisen instituution asemaa. Isyysuhteen symbolisen merkityksen vahvuutta voidaan pitää yhtenä syynä siihen miksi keinohedelmöitykseen ja naisten reproduktiovapauteen suhtaudutaan niin kielteisesti.<sup>124</sup> Tämä johtuu siitä, että hedelmöityshoidot sekä naisten lisääntymisvapauden korostuminen haastavat isyyden valta-aseman. Lapsen ja tämän vanhempien kannalta voidaan pitää tärkeänä sitä, että juridinen vanhemmuus voidaan todentaa mahdollisimman vaivattomasti ja nopeasti, joko ennen lapsen syntymää tai sen jälkeen. Nykyinen niin kansainvälinen kuin kansallinenkin lainsäädäntö lähtee liikkeelle lapsen edun turvaamisesta ja tämän tarpeiden takaamisesta. Aiemmin korostettiin enemmän miehen intressejä<sup>125</sup>. Yhdenvertaisuusperiaate ja syrjinnänkielto

---

<sup>122</sup> Kangas 2012: 39–40.

<sup>123</sup> Austin 2007: 17.

<sup>124</sup> Ojala 2001: 11.

<sup>125</sup> Oikeusministeriö, työryhmämietintö 2007: 14–17.

turvaavat lapsen etua, ja oikeutta vanhempiinsa, mutta voidaanko niistä johtaa vanhempien oikeutta lapsiinsa? Vanhemman oikeus lapsensa tapaamiseen ei voida pitää ehdottomana, vaan sen toteutumisessa on löydettävä tasapaino lapsen edun kanssa. Toisaalta Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on korostanut valtion positiivisia velvoitteita huolehtia siitä, että isälle myönnetty oikeus tavata lastaan toteutuu.<sup>126</sup>

### 3.2.1. Isyysolettama, isyyden selvittäminen ja isyyskanne

Isyyden määrittely lähtee isyysolettamasta, joka perustuu avioliitolle. Isyyslain (11/2015) mukaan aviomies on lapsen isä, mikäli lapsi on syntynyt avioliiton aikana. Lapsen isänä pidetään myös aviomiestä, joka kuolee ennen lapsen syntymää, mutta jonka voidaan katsoa siittäneen lapsi. Mikäli nainen menee uusiin naimisiin ennen lapsen syntymää, pidetään uutta aviomiestä lapsen isänä. Isyysolettaman mukaista isyyttä ei ole mahdollista etukäteen riitauttaa. Tästä johtuen niissäkin tapauksissa joissa äiti ei ole tavannut aviomiestään vuosiin merkitään aviomies lapsen isäksi. Tämän kaltaiset virheelliset tilanteet voidaan jälkikäteen kumota isyyslain mukaisessa menettelyssä. Mikäli isyyttä ei voida perustaa isyysolettamalle, tulee se vahvistaa maistraatin tai tuomioistuimen päätöksellä, jolloin puhutaan isyyden selvittämisestä. Näissä tapauksissa isänä pidetään sitä, joka on lapsen siittänyt tai jonka sukusoluja on keinohedelmöityksessä käytetty äidin hedelmöittämiseen.<sup>127</sup> Avioliiton ulkopuolinen mies voidaan tunnustaa lapsen isäksi isyyslain 19 §:n mukaan, mikäli äiti ja aviomies yhdessä hyväksyvät tunnustamisen. Myös lapselta tulee saada suostumus, mikäli lapsi on täyttänyt 15 vuotta. Aviomiehen isyys kumoutuu silloin kun toinen mies on tunnustanut isyytensä ja maistraatti on vahvistanut isyyden.

Lain 41 §:ssä tarkoitetun isyyden kumoamista koskevan kanteen saa nostaa lapsi, äiti tai mies, jonka isyys on avioliiton olettamalla todettu tai maistraatin päätöksellä vahvistettu. Mikäli isyyttä ei todeta avioliiton perusteella eikä vahvisteta tunnustamisella, isyys voidaan vahvistaa tuomioistuimen päätöksellä. Näissä tapauksissa isyyskannetta voi ajaa

---

<sup>126</sup> Hokkanen v. Finland 23.9.1994. Tapauksessa lapsen äidin kuoltua lapsi siirrettiin asumaan tämän iso-vanhempien luokse, jotka myöhemmin hakivat lapsen huoltajuutta. Tämän ei kuitenkaan katsottu estävän sitä, että lapsen isä voisi lapsen niin halutessa tavata tätä.

<sup>127</sup> Lehtonen 2006: 85.

lapsi tai mies, jonka isyyttä maistraatti ei ole tunnustanut.<sup>128</sup> Maistraatin tekemää isyysosoittamalle perustuvasta hallinnollisesta ratkaisusta voi valittaa hallinto-oikeuteen hallintokäyttölain (586/1999) mukaisesti. Isänä pidetään automaattisesti aviomiestä. Se voi kuitenkin johtaa poikkeavissa tapauksissa virhearviointeihin. Esimerkiksi tapauksissa joissa nainen raskaana ollessaan menee uusiin naimisiin ja synnyttää lapsen uudessa avioliitossa, katsotaan uuden aviomiehen olevan lapsen isä. Oletus siitä, että lapsen on siittänyt uusi aviomies, ei huomio tarpeeksi niitä tapauksia, joissa lapsi on voinut saada alkunsa naisen aiemmasta suhteesta. Isyysosoittama tunnustetaan lähes samanmuotoisena ainakin kaikissa Pohjoismaissa.

### 3.2.2. Isyyden tunnustaminen

Aiemmin avioliiton ulkopuolella syntyneet lapset olivat äidin lapsia, eikä juridista isyyttä näiden lasten kohdalla tunnettu. Korkeintaan vahvistettiin elatusvelvollinen mies. Isän oikeudellista asemaa voidaan pitää verrannollisena siihen, miten avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen isyyden tunnustaminen on järjestetty.<sup>129</sup> Mitä vaivattomampaa se on, sitä todennäköisemmin jokainen syntyvä lapsi saa isän ja jokainen syntyvän lapsen isä voi juridisesti olla läsnä lapsen elämässä. Isyyslain mukaan avioliiton ulkopuolella syntyneen lapsen isyyden tunnustaminen voidaan tehdä ennen lapsen syntymää taikka lapsen syntymän jälkeen. Isyyden tunnustamisen tueksi vaaditaan oikeusgeneettinen tutkimus, jolla isyys todistetaan. Avioliiton ulkopuolisissa tilanteissa painotetaan biologisuuden lisäksi myös miehen tahtoa haluta isäksi. Isyyden tunnustamista voidaan pitää juridisen vanhemmuuden kannalta rationaalisempaa vaihtoehtona kuin isyysosoittamaa. Tämä siksi, että isyyden tunnustava henkilö on oikeusgeneettisen tutkimuksen myötä varma biologinen isä. Toisaalta isyyden tunnustaminen osoittaa, että mies myös tahtoo olla mukana lasta koskevassa päätöksenteossa ja tämän kasvatuksessa.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaan myös avioliiton ulkopuolella syntyneitä perhe-elämää tulee suojella 8 artiklan nojalla. Tämänkaltaisen tulkinta voidaan osoittaa esimerkiksi Kroon and others -tapauksessa.

---

<sup>128</sup> Oikeusministeriö 2013: 41.

<sup>129</sup> Nieminen 2013: 187–188.

Tapauksessa pariskunta oli elänyt parisuhteessa siitäkin huolimatta, että suhteen nainen oli vielä naimisissa toisen henkilön kanssa. Nainen ja hänen aviopuolisonsa olivat asumuserossa. Valittajat olivat saaneet lapsen yhdessä. Sopimusvaltion lainsäädännön mukaan isäksi tuli merkitä aviopuoliso, vaikka biologinen isä oli toinen valittajista. EIT linjasi, että myös avioliiton ulkopuolella syntyvää perhe-elämää tulee suojella. Tuomioistuimen mukaan lapsen syntymähetkestä lähtien valittajien perhettä tuli pitää EIS 8 artiklan tarkoittamassa mielessä perhe-elämän suojaan kuuluvana. Näin ollen EIS 8 artiklaa voitiin soveltaa tapauksessa ja äänin 7/9 EIT totesi, että artiklaa oli rikottu.<sup>130</sup>

Koska myös avioliiton ulkopuolella syntyneitä perhe-elämää tulee suojella, kanneoikeuden antamista naimattomalle miehelle voidaan pitää perusteltuna.<sup>131</sup> Perhe- ja yksityiselämän suojan tämänkaltainen tulkinta edistää avioliittoinstituution aseman heikentymistä ja sitä, että myös avioliiton ulkopuolella syntyneet lapset ja heidän perheensä voivat nauttia artiklan tuomaa suojaa. Koska avioliittoa ei enää pidetä lapsen juridisen aseman määrittelyn kannalta määrittävimpänä tekijänä, vaaditaan todella vankkoja perusteita, sille että avioliiton ulkopuolella syntyneiden lapsien erilainen kohtelu voidaan oikeuttaa. Tästä johtuen sopimusvaltion tulee näyttää erittäin painavia perusteita sille, että lapsen syntyperään kohdistuva erilainen kohtelu, voidaan osoittaa kohtuulliseksi suhteessa tavoiteltuihin päämääriin. EIT:n tämänkaltainen tulkinta voidaan osoittaa seuraavilla tapauksilla.

Fabris –tapauksessa oli kyse lapsesta, joka oli syntynyt naimattomalle miehelle ja naimisissa olevalle naiselle. Naisella oli entuudestaan kaksi avioliitossa syntyneitä lasta. Naisen ja tämän aviomiehen kuoltua heidän omaisuutensa jaettiin avioliitossa syntyneiden lasten kesken. Avioliiton ulkopuolinen lapsi ei saanut perintöä. EIT julisti, ettei tapauksessa oltu voitu osoittaa päteviä syitä avioliiton ulkopuolisen lapsen erilaista kohtelua suhteessa tämän sisko- ja velipuoleen. Ja tästä johtuen avioliiton ulkopuolisen lapsen erilaista kohtelua ei voitu oikeuttaa.<sup>132</sup> Camp and Bourimi –tapauksessa naimattoman pariskunnan raskaana olevan naisen puoliso kuoli, ennen kuin tämä ehti tunnustaa lapsen omakseen. Kuolleen miehen vanhemmat eivät uskoneet naisen odottamaa lasta heidän poikansa siittämäksi, eivätkä uskoneet, että pari oli suunnitellut menevänsä naimisiin. Raskaana oleva nainen häädettiin asunnosta, jonka hänen kuollut puolisonsa oli omistanut. Kun odotettu lapsi syntyi, sai hän äitinsä sukunimen, sillä isyyden tunnustamista ei ollut tapahtunut. Tästä johtuen lapsella ei ollut oikeutta periä isänsä omistamaa kiinteistöä. EIT katsoi, että tapauksen lapsi oli asetettu eri asemaan kuin avioliitossa syntyvät lapset. Tällaiselle kohtelulle tuli olla painavat perusteet. EIT totesi, että tunnustamatonta lasta oli kohdeltu syrjivästi, eikä kohtelulle oltu osoitettu riittäviä perusteita<sup>133</sup>

<sup>130</sup> Kroon and others v. The Netherlands 27.10.1994.

<sup>131</sup> Nieminen 2013: 192.

<sup>132</sup> Fabris v. France 7.3.2013

<sup>133</sup> Camp and Bourimi v. The Netherlands 3.10.2000.

### 3.2.3. Joitakin isyyteen liittyviä oikeustapauksia

Gottberg avaa isyyslain tavoitteita KKO:2000:85 tapausta käsittelevässä oikeustapauskomentissaan. Hänen mukaansa isyyslain perustavoitteena on vahvistaa ja pysyttää *to-dellisia, biologisia isyyksiä*. Gottberg kuitenkin jatkaa, että perustavoite huomioiden ja yhteiskunnallisen muutoksen myötä, myös lapsen sosiaalista perhesuhdetta tulee suojata, biologisen isyyden puuttumisesta huolimatta.<sup>134</sup> Sosiaalinen vanhemmuus, voi olla monessakin tapauksessa merkittävämpää lapsen kasvun ja kehityksen kannalta. On myös tapauksia joissa biologisuudella ei ole vanhemmuuden kanssa mitään tekemistä. Näitä tapauksia ovat esimerkiksi adoption ja keinohedelmöitys. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen nykyisen ratkaisukäytännön myötä voidaan pitää selvänä, että isyyden vahvistaminen kuuluu Euroopan ihmisoikeussopimuksessa tarkoitetun yksityiselämän suojan piiriin. Muun muassa tapauksessa *Ahrens v. Germany*<sup>135</sup> ihmisoikeustuomioistuin nimenomaisesti mainitsi, että isyyden vahvistamista koskeva kanneoikeus kuuluu ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan suojan piiriin.

Tapauksessa oli kyse isyyden riitauttamisesta tilanteesta, jossa isyyden oli tunnustanut mies joka ei valittajan mukaan ollut lapsen biologinen isä. Valittajan mukaan hän oli ollut lapsen siittämisen aikana lapsen äidin kanssa sukupuoliyhteydessä. Näin ollen hän oli lapsen biologinen isä. Kansallinen lainsäädäntö ei antanut mahdollisuutta riitauttaa isyyden tunnustamista, sillä isäksi tunnustettu mies ja lapsen äiti asuivat yhdessä ja jakoivat saman talouden. Vaikka tapaus kuului yksityiselämän suojan piiriin, katsoi EIT että harkintamarginaali oli tällä alalla laaja eikä aiheesta vallinnut yhteistä eurooppalaista konsensusta. Siksi EIT katsoi, ettei 8 artiklaa oltu rikottu. Tapauksessa perhesosiaalisille suhteille annettiin enemmän painoarvoa kuin sille, että olisi tosiasiasa selvitetty kuka lapsen biologinen isä on. Ihmisoikeustuomioistuin painottikin lapsen edun toteutumista ja jo olemassa olevien perhesuhteiden pysyttämistä. Tapauksessa *Mizzi v. Malta*<sup>136</sup> valittajana ollut henkilö olisi halunnut kumota isyytensä, sillä hän oli varma siitä, ettei hän ollut lapsen biologinen isä. Lapsi syntyi valittajan ja tämän silloisen puolison avioliiton aikana. Lapsen syntymän aikaan valittaja ja tämän silloinen puoliso eivät kuitenkaan asuneet samassa osoitteessa. Kysymys oli siitä, rajoitettiinko isyyden kumoamisen perusteita ja kanneaikaa koskevilla määräyksillä suhteettomasti isyytensä avioliiton aikana syntyneeseen lapseen kiistäneen miehen pääsyä tuomioistuimeen ja loukattiinko niillä hänen yksityiselämänsä suojaa. Kysymys oli myös siitä, oliko häntä syrjitty muihin osallisiin nähden. EIT:n tulkinnan mukaan valittajaa ei voitu pitää analogisessa asemassa muiden kanneoikeuden omaavien henkilöiden kanssa. Eri-lainen kohtelu oli syrjivää, jos sille ei ollut objektiivisia hyväksyttäviä perusteita eli jos sillä ei ollut hyväksyttäviä tavoitteita eivätkä käytetyt keinot olleet oikeassa suhteessa tavoitteisiinsa. Valittaja ei, toisin kuin muut osalliset, ollut voinut riitauttaa

<sup>134</sup> Gottberg 2000: 1.

<sup>135</sup> *Ahrens v. Germany* 22.03.2012.

<sup>136</sup> *Mizzi v. Malta* 12.01.2006.

isyttään. Näin ollen hänen erilainen kohtelunsa oli suhteetonta tavoitteisiinsa nähden. EIS 14 artiklaa oli rikottu yhdessä EIS 6 artiklan 1 kohdan ja 8 artiklan kanssa.

Isyyskanteen nostoa voidaan rajoittaa vain yleiseen oikeusvarmuusintressiin taikka vastapuolen intresseihin vedoten. Isyyskanteen noston rajoitusedellytyksiä voi pitää avoimina ja epämääräisinä. Rajoitusedellytysten avoimuus voi johtaa tilanteisiin, jotka vaativat ratkaisijalta vankkaa asiantuntevuutta ja molempien osapuolten aktiivista tosiseikkojen esiintuontia. Tulkinnanvaraisuutta ei voida pitää parhaana mahdollisena vaihtoehtona oikeusvarmuuden ja yhdenvertaisuuden toteutumisen kannalta. Tulisi pyrkiä aukottamaan lainsäädäntöön, jolloin tulkinnasta ei olisi epäselvyyttä.<sup>137</sup>

### 3.3. Äitiys

Äitiyden juridista määrittelyä voidaan pitää isyyden määrittelyä monimutkaisempana järjestelmänä, sillä siitä ei juurikaan ole kirjoitettua lainsäädäntöä. Lähtökohtana voidaan pitää sitä, että lapsen synnyttänyt nainen on lapsen äiti. Niin kansallisella kuin eurooppalaisellakin tasolla biologista vanhemmuutta pidetään oikeudellista vanhemmuutta vahvempana tekijänä, näin on myös äitiyden kohdalla. Tästä johtuen monessa eurooppalaisessa maassa sijaissynnyttäminen on täysin kiellettyä.<sup>138</sup> Sijaissynnyttämisessä korostuvat jännitteet äitiyden biologisuuden ja juridisen olemuksen välille. Yleensä lapsen synnyttänyt naista pidetään lapsen äitinä, mutta sijaissynnyttämisessä tämä oletamus ei toteudu. Suomessa lapsen synnyttäneen naisen suhde syntyneeseen lapseen merkitään väestökirjanpitoon heti syntymän jälkeen. Toisaalta äitiyden oikeusvaikutusten katsotaan alkavan välittömästi lapsen syntymästä, joten kirjausta väestötietojärjestelmään ei voida pitää oikeudellisen äitiyden olemassaolon ehtona. Merkintää väestötietojärjestelmään tulee pitää laillisena olettamana tietyn asiantilan paikkansapitävyydestä, eikä merkinnän tai sen puutteiden katsota vaikuttavan aineellisen oikeuden olemassaoloon.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> Oikeusministeriö 2013: 29–30.

<sup>138</sup> Frati, Busardó, Vergallo Pacchiarotti & Fineschi 2015: 5.

<sup>139</sup> Salminen 2006: 84.

Äitinä voidaan kuitenkin pitää myös muuta kuin lapsen synnyttänyttä henkilöä. Esimerkiksi Ruotsissa lapsen äitinä pidetään myös naista joka elää rekisteröidyssä parisuhteessa tai muulla vastaavalla tavalla lapsen synnyttäneen naisen kanssa. Mikäli naispari elää rekisteröidyssä parisuhteessa määrättyy äidin puolison äitiys suoraan lain nojalla. Jos pari elää muutoin kuin rekisteröidyssä parisuhteessa voidaan kumppanin äitiys vahvistaa, mikäli lapsi on saanut alkunsa parin yhteissymmäryksessä toteutetulla hedelmöityshoidolla (lag om insemination 1984:1140). Mainituissa tilanteissa lapsella ei ole oikeudellista isää.<sup>140</sup> Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 9 § 4 kohdan mukaan voidaan lapselle tarvittaessa määrätä toinen huoltaja. Tämä toinen henkilö voi esimerkiksi olla lapsen äidin kanssa parisuhteessa oleva samaa sukupuolta oleva puoliso.

Tapauksessa KKO:2010:16 parisuhdettaan rekisteröimätön naispari oli anonyymien sukusolujen avulla hankkinut lapsen ja kasvattanut tämän yhdessä. Pari haki huoltajuuden laillistamista myös synnyttäneen naisen puolisolle. KKO katsoi puolison olevan lapsen kannalta sellaisessa asemassa, että hänelle tuli myöntää juridinen asema lapsen toisena huoltajana. Ratkaisussa KKO perusteli päätöstään muun muassa lapsen edun toteutumisen, puolisojen suhteen pysyvyydellä ja heidän yhteisellä päätöksellään hankkia lapsi. Lapsi oli kasvanut pariskunnan yhteisessä kodissa molempien myötävaikutuksella. Näin ollen KKO:n voidaan katsoa antaneen painoarvoa sosiaalisen vanhemmuuden käsitteelle.

Vaikka samaa sukupuolta oleva puoliso voidaan määrätä toiseksi juridiseksi vanhemmaksi, ei se kuitenkaan oikeudellisessa mielessä tarkoita samaa kuin juridinen äitiys. Periaatteessa näissä tilanteissa on kyseessä vain juridisena huoltajana toimiminen. Tämän voidaan katsoa johtuva siitä, että äitiyden katsotaan yhä vahvasti liittyvän siihen henkilöön, joka lapsen on synnyttänyt. Äitiysolettamaa sovelletaan muissakin maissa, useimmin ilman kirjoitetun lain säännöstä. Naista pidetään äitinä myös keinohedelmöityksen seurauksena syntyneiden lasten kohdalla. Nimenomainen säännös löytyy kirjoitetusta laista muun muassa Ruotsin vanhempainkaaresta (föraldrabalk 1949:381) ja Norjan lapsilaissa (lov om barn og foreldre). Salmisen mukaan äitiysolettaman kirjaaminen kansalliseen lakiin tulee todennäköisesti eteen vasta silloin, kun lapsen elinkelpoiseksi kehittyminen mahdollistetaan muutoin kuin niin että lapsi kehittyy naisen sisällä. Oikeusjärjestelmän systemaattisuuden<sup>141</sup> kannalta olisi tärkeää, että myös tämä oikeussääntö olisi jo tällä hetkellä kirjoitettuna lakina. Salminen argumentoi kirjoitetun lain tarvetta myös

---

<sup>140</sup> HE 3/2006 vp s. 12.

<sup>141</sup> Oikeusjärjestyksen systemaattisuus on usein liitetty oikeusvarmuuteen ja lainkäytön ennakoitavuuteen. Oikeusvarmuudella tarkoitetaan muodollista oikeudenmukaisuutta ja yhdenvertaisuutta. Tuori 2004: 1023

siksi, että oikeudelliseen äitiyteen ja sen eri muotoihin tulisi yksinkertaisesti ottaa kantaa lainsäädännöllisesti.<sup>142</sup>

Naisten kykyä synnyttää on historiallisesti pidetty niin naisiin kohdistuvan syrjinnän kuin yhteiskunnallisen arvostuksen lähteenä.<sup>143</sup> Keinohedelmöityksen kehittyminen ja sijais-synnyttäminen ovat kyseenalaistaneet tätä naisten roolia ja äitiyden käsitettä.<sup>144</sup> Äiti ei enää välttämättä ole se joka lapsen synnyttää. Vielä monimutkaisemmaksi määrittelyn tekevät ne tilanteet, joissa hedelmöityshoidoissa on käytetty vieraita munasoluja. Näissä tapauksissa geneettisyys ja biologisuus ovat keskenään ristiriidassa. Kansallisen lainsäädännön mukaan lapsen äitinä pidetään aina naista, joka on lapsen synnyttänyt. Tämä oletama on ollut voimassa ilman kirjoitetunkin lain tukea, myös tapauksissa joissa synnyttävän naisen raskaus on saanut alkunsa luovutetusta munasolusta.<sup>145</sup> Vaikka synnyttävän naisen äitiyttä voidaan pitää loogisena jatkumona sille, että nainen on lapsen äiti, voiko äitiyden määritelmää perustaa pelkälle biologisuudelle? Esimerkiksi jos nainen synnyttää lapsen, joka on saanut alkunsa käyttämällä vieraita munasoluja, voidaan naista pitää biologisesti lapsen äitinä, muttei geneettisesti. Onko näissä tapauksissa biologialla ja geneettisyydellä eroa äitiyden määrittelyn suhteen?

Euroopan ihmisoikeussopimuksen voidaan katsoa tulkitsevan äitiyden käsitettä laajasti, sillä sen mukaan äitiyttä turvataan niin sosiaalisessa, oikeudellisessa kuin fyysisessäkin merkityksessä. Myös oikeutena tulla geneettiseksi vanhemmaksi.<sup>146</sup> Oikeus tulla geneettiseksi vanhemmaksi ei kuitenkaan syrjäytä yksilön oikeutta päättää vanhemmaksi tulemisesta. Molempia oikeuksia sekä geneettistä, että vanhemmaksi ryhtymisen päätöstä turvaa EIS:n 8 artikla. Näiden kahden oikeuden ristiriitaa Euroopan ihmisoikeustuomioistuon joutui punnitsemaan tapauksessa *Evans v. United Kingdom*.

Tapauksessa oli kyse pariskunnasta, joka oli parisuhteensa aikana varastoinut hedelmöitysklinikalla alkion, johon oli käytetty molempien henkilöiden sukusoluja. Tämä toimenpide oli suoritettu siksi, että parisuhteessa elävällä naispuolisella henkilöllä oli todettu esiasteinen syöpä munasarjoissa, ja munasarjat jouduttiin poistamaan kokonaan, syövän leviämisen ja voimistumisen riskin vuoksi. Pari kuitenkin erosi, ennen kuin heidän yhteisistä sukusoluista tehtyä alkioita päästiin hyödyntämään. Parisuhteen mies ei antanut naiselle lupaa

<sup>142</sup> Salminen 2006: 83–84.

<sup>143</sup> Nousiainen & Pylkkänen 2001: 49.

<sup>144</sup> Nieminen 2013: 197.

<sup>145</sup> Lehtonen 2006: 83–84.

<sup>146</sup> Nieminen 2013:198.



käyttää alkioita yksin, sillä se olisi johtanut miehen isyyteen. Nainen vei asian oikeuteen ja väitti, että hänen oikeutta saada geneettinen lapsi oli loukattu. EIT kuitenkin linjasi, ettei naisen oikeutta geneettiseen vanhemmuuteen voitu pitää vahvempana kuin miehen oikeutta määrätä omista sukusoluistaan.<sup>147</sup> Näin ollen EIT piti oikeutta päättää vanhemmaksi tulemisesta vahvempana kuin oikeutta tulla geneettiseksi vanhemmaksi.

### 3.3.1. Äitiyden sosiaalinen ulottuvuus

Käsitteenä *äiti*, tuntuu päivänselvältä ja on selkeän sukupuolisidonnainen. Toisaalta myös sosiaalisesti itsensä mieheksi määrittelevä nainen, eli transsukupuolinen henkilö voi käytännössä tulla raskaaksi. Voiko hän silloin olla äiti? Äitiys käsitteen juridinen olemus voi muotoutua ongelmaksi myös silloin kun naispari hakeutuu hedelmöityshoitoon yhdessä. Naispari joka hakeutuu yhdessä hedelmöityshoitoon voi taata molemmille juridisen vanhemmuuden vasta lapsen syntymän jälkeen. Tämä tapahtuu perheen sisäisen adoption kautta. Jotta äitiys käsitteen uudelleen muovaaminen tapahtuisi, tarvitsisi se tuekseen kirjoitettua lainsäädäntöä. Tästä on jo joitakin merkkejä, sillä syksyllä 2017 lakivaliokunnan hyväksymä äitiyslakialoite odottaa lakivaliokunnan puoltavan mietinnön valmistumista, jonka jälkeen se kohtaa varsinaisen lopullisen äänestyksen eduskunnassa. Sellaisenaan äitiyslakialoite helpottaisi muun muassa naisparien juridisen vanhemmuuden määrittelyä ja tunnustusta niissä tapauksissa joissa naispari hakeutuisi hedelmöityshoitoon yhdessä<sup>148</sup>.

Äitiyslakialoitteen perusteluiden mukaan perheeseen syntyvän lapsen edun mukaista olisi, että hänen juridinen asemansa vahvistetaan mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Yhdessä hedelmöityshoitoon hakeutuvan naisparin ei-synnyttävän puolison asemaa voitaisiin vahvistaa, mikäli äitiyslakialoite etenisi sellaisenaan eduskunnassa ja päättyisi lopulta laiksi. Lapsen sosiaalisen siteen vahvistaminen juridiseksi vanhemmuudeksi olisi sisäistä adoptioprosessia nopeampaa. Lakialoitteen mukaan isyyden vahvistamisen mahdollisuus kumoaisi ei-synnyttävän naisen äitiyden vahvistamisen. Näin ollen pysytettäisiin se oikeudellinen tila, jossa lapsella ei voi olla kuin kaksi oikeudellista vanhempaa.<sup>149</sup> Hedelmöityshoitolakia koskevassa hallituksen esityksessä huomautetaan, etteivät lapsen

---

<sup>147</sup> Evans v. United Kingdom 10.04.2007.

<sup>148</sup> OM 187/52/2015: 22–23.

<sup>149</sup> OM 187/52/2015: 23–24.

molemmat vanhemmat välttämättä osallistu lapsesta huolehtimiseen ja lapsen kasvattamiseen. Toisaalta hallituksen esityksessä mainitaan myös se, että monet lapset elävät eriävistä syistä johtuen vain toisen vanhempansa luona. On siis olemassa yhden vanhemman perheitä, ja perheitä joissa vain toinen juridinen vanhempi on tosiasiallisesti mukana lapsen elämässä. Hallituksen esitys kuitenkin puoltaa heteroparin vanhemmuutta, sillä sen mukaan lapsen oikeus kaksipuolisiin sukulaisuhteisiin on voimavara, jolla voi olla lapselle suuri merkitys.<sup>150</sup>

Perheen muodostumista ja sen sisäisten roolien jakautumista voidaan biologisten argumenttien sijaan selittää myös sosiologisilla argumenteilla. Näissä tapauksissa perhe nähdään sosiaalisesti rakennettuna yksikkönä. Näin ajateltuna voidaan toisistaan erottaa synnyttäminen ja äitiys, sillä ne eivät reaali maailmassa välttämättä ole toistensa ehdoton jatkumo. Äitiyden käsite on moni-ilmeinen ja vaikea, ja sen moninaista tulkintaa voidaan osoittaa englanninkielisillä termeillä *maternity* (raskaus) ja *motherhood* (kasvattaminen).<sup>151</sup> Nämä kaksi eivät välttämättä ole yhteydessä toisiinsa. Naisparien yhdessä hankkimalla lapsella voi käytännössä olla kaksi äitiä, jolloin toinen on ikään kuin vain kasvattajan roolissa. Se miten kukin sopimusvaltio tulkitsee äitiyttä, kertoo siitä, onko äitiys siinä maassa ensisijaisesti sosiaalista vai biologista. Esimerkiksi Ranskassa biologista vanhemmuutta ei pidetä kaikkein olennaisimpana vanhemmuuden perusteena. Myöskään lapsen oikeutta selvittää alkuperänsä ei pidetä ehdottomana. Painoarvoa annetaan sen sijaan kollektiivisille ja sosiaalisille argumenteille, jotka tukevat perhe-elämää yleensä.<sup>152</sup>

### 3.3.2. Sijaissynnytys – voiko äitiydestä erota?

Sijaissynnytyksellä tarkoitetaan tilannetta, jossa nainen suostuu vapaaehtoisesti ja vastikkeettomasti synnyttämään lapsen, joka on tarkoituksena antaa toiselle henkilölle tai parille ottolapseksi. Useimmiten sijaissynnytysjärjestelyissä raskaus on aloitettu keinoal-  
kuisesti lasta tahtovan parin sulusolujen avulla.<sup>153</sup> Suomessa on toteutettu joitakin sijais-  
synnytyksiä erityistapauksissa, joissa äidiksi haluavalta on puuttunut kohtu tai kohdun

---

<sup>150</sup> HE 3/2006 vp s. 15.

<sup>151</sup> Nieminen 2013: 207, 210–211.

<sup>152</sup> Nieminen 2013: 198, 207–208.

<sup>153</sup> Salminen 2007: 17.

rakenteelliset poikkeamat ovat estäneet raskauden.<sup>154</sup> Hedelmöityshoitolain uudistuksen myötä sijaissynnyttäminen kiellettiin kokonaan. Lain 8 §:n mukaan hedelmöityshoitoa ei saa suorittaa, mikäli on syytä olettaa, että lapsi annetaan ottolapseksi. Sijaissynnyttämisen salliminen voisi johtaa tilanteisiin, joissa tavoiteltaisiin taloudellista hyötyä. Hallituksen esityksen mukaan sukusolut ja alkiot eivät saa olla kaupallisen toiminnan kohteena<sup>155</sup>.

Vaikka sijaissynnyttämistä voidaan pitää juridisesti haastavana kokonaisuutena, voidaan sille löytää myös puolesta -argumentteja. Sijaissynnyttäminen tarjoaa sellaisille naisille, taikka pareille mahdollisuuden saada biologinen lapsi, jotka eivät syystä tai toisesta siihen muuten kykenisi. Sijaissynnytyksen avulla myös miesparit voisivat saada yhteisen lapsen, mikäli toisen sukusoluja käytetään alkion hedelmöityksessä.<sup>156</sup> Toisaalta kieltä voidaan pitää oikeutettuna, sillä sijaissynnyttämistä voidaan pitää fyysisesti ja henkisesti hyvin raskaana. Suomen lainsäädännössä ei myöskään ole tarpeeksi turvattu tai otettu kantaa sijaissynnyttämisen osapuolten oikeuksiin ja velvollisuuksiin. Sijaissynnyttämisen kannalta äitiyden oikeudellinen määritelmä on erityisen hankala. Normaalioloissa äitinä voidaan pitää lapsen synnyttäneitä naisia, kun taas sijaissynnytyjärjestelyssä tilanne on toinen. Lapsen synnyttänyt nainen on vain lapsen kantaja (maternity) kun taas lapsen kasvattaminen ja varsinaisen äiti-lapsi suhteen (motherhood) toteuttaminen jää lapsen adoptoivalle naiselle.<sup>157</sup>

Siitä miten sijaissynnytyjärjestelyt on hoidettu muualla voisi saada neuvoa juridisen vanhemmuuden määrittelyyn. Synnytykseen perustuvaa äitiyttä ei voida kumota tai purkaa muutoin kuin antamalla lapsi ottolapseksi. Näin ollen sijaissynnyttämisjärjestelyiden mahdollisuus ei vaikuttaisi äitiyden taikka vanhemmuuden juridiseen määrittelyyn sen suuremmin kuin muukaan adoptiotilanne. Sijaissynnytykseen on otettu kantaa muun muassa Norjassa ja Islannissa, joissa sijaissynnyttäjän käyttö kielletään nimenomaisesti. Sen sijaan Venäjällä, jossa sijaissynnytykset sallitaan, juridinen äitiys on hoidettu siten, että

---

<sup>154</sup> Lehtonen 2006: 48.

<sup>155</sup> HE 3/2006 vp s. 43.

<sup>156</sup> Salminen 2007: 18.

<sup>157</sup> Nieminen 2013: 211–212.

äidiksi merkitään väestötietoihin nainen, jolle synnyttävä nainen luovuttaa lapsen sijais-synnytyssopimuksen nojalla<sup>158</sup>. Näin ollen teoreettisessa mielessä äitiydestä voi ”erota” ja juridisen äitiyden voi saavuttaa ilman synnyttämistä adoptoimalla lapsen.

### 3.4. Transsukupuolisen henkilön vanhemmuus

Transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain (563/2002) mukaan henkilö voidaan vahvistaa<sup>159</sup> kuuluvaksi vastakkaiseen sukupuoleen, jos henkilö osoittaa lääketieteellisen selvityksen siitä, että hän pysyvästi kokee kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen ja että hän elää tämän mukaisessa sukupuoliroolissa sekä siitä, että hänet on sterilisoitu tai että hän muusta syystä on lisääntymiskyvytön. Lisääntymiskyvyttömyys vaati-musta on kyseenalaistettu, sillä sille ei voida katsoa löytyvän lääketieteellisiä perusteita. Muun muassa sosiaali- ja terveysministeriön antamassa lain muutostarpeita koskevassa lausunnossa todetaan, ettei lisääntymiskyvyttömyys ole sukupuolen korjausprosessin lääketieteellinen edellytys.<sup>160</sup> KHO:2009:15 -tapauksessa oli kyse henkilön oikeudesta muuttaa henkilötunnuksensa sukupuoltaan vastaavaksi puolison suostumuksesta riippumatta.

Tapauksessa sukupuoltaan korjannut henkilö tahtoi muuttaa henkilötunnuksensa vastamaan hänen varsinaista sukupuoli-identiteettiään naisena. Tämä ei kuitenkaan onnistunut sillä lainsäädännön mukaan avioliitossa oleva sukupuoltaan korjannut henkilö tarvitsee tähän puolisonsa suostumuksen. Puoliso ei tätä suostumusta antanut. Mikäli puoliso olisi antanut suostumuksensa, heidän avioliittonsa olisi muuttunut rekisteröidyksi parisuhteeksi. Tuomioistuin korosti ratkaisussaan, ettei kyse ole transsukupuolisuuden hyväksymisestä tai oikeudesta lailla säänneltyyn parisuhteeseen, vaan oikeudellisista edellytyksistä joiden mukaan valittaja voidaan vahvistaa naiseksi.

Korkein hallinto-oikeus lausui tapauksessa seuraavaa:

*”Kun arvioidaan oikeudenmukaisen tasapainon saavuttamista yhtäältä transsukupuolisten henkilöiden yksityiselämän suojan ja toisaalta vallitsevien perheoikeudellisten käsitysten ja arvojen välillä, nykyinen lainsäädännöllinen ratkaisu ei ylitä Suomen valtiolle Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaan kuuluvaa harkintamarginaalia.”<sup>161</sup>*

<sup>158</sup> HE 3/2006 vp s.11–12.

<sup>159</sup> Sukupuolen vahvistamisen myötä transsukupuolinen henkilö saa uuden henkilöturvätunnuksen, joka on hänen alkuperäisen sukupuolensa vastakkaista sukupuolta ilmaiseva. Sukupuolenkorjauksella tarkoitetaan lääketieteellistä hoitoa ja kirurgisia toimenpiteitä. Sukupuoli voidaan vahvistaa myös ilman sukupuolenkorjaus toimenpiteitä, sillä pelkkä diagnoosi transsukupuolisuudesta riittää. Rantala 2016: 10–11.

<sup>160</sup> STM/5023/2012: 2.

<sup>161</sup> KHO 2009: 15.

Niemisen mukaan ihmisoikeudet on otettu vakavasti erityisesti rikos- ja prosessioikeudessa, kun taas perheoikeudessa niiden toteutumisen ei voida katsoa olevan niin kattavaa. Perheellä on institutionaalisen aseman suoja länsimaisessa yhteiskunnassa. Tämä on ajanut perhelainsäädännön tilaan, jossa julkinen valta pidättäytyy liikaa puuttumasta yksityishenkilöiden yksityis- ja perhe-elämään. Nieminen kysyy, voisiko tämä johtua siitä, että perheoikeuden alalla toimivien henkilöiden käsitykset perheistä olisivat kapea-alaisia ja näin ollen myös Suomessa haluttaisiin vaalia käsitystä perinteisestä heteroparin perheestä? Erityisesti avioliittoinstituutio ja lisääntymisvapaus on vaikea sisällyttää nykyi- kaiseen ihmisoikeusajatteluun. Tämän vuoksi niiden oikeudellinen sääntely on niin haastavaa ja laahaa suhteessa muihin ihmis- ja perusoikeusuudistuksiin nähden.<sup>162</sup>

#### 3.4.1. Sukupuoli ja vanhemmuus

Laissa transseksuaalin sukupuolen vahvistamista koskevassa hallituksen esityksessä todetaan, että henkilön sukupuolella on tärkeä merkitys lainsäädännössä.<sup>163</sup> Silti sukupuolen määritelmää ei ole kirjoitetussa laissa. Vain laissa väestötietojärjestelmästä ja Väestötörekisterikeskuksen varmennepalveluista (661/2009) 11 § mainitaan, että jokaisella tulee olla määriteltynä henkilötunnus, josta ilmenee muun muassa henkilön sukupuoli. Tämä nimenomainen säännös ei kuitenkaan määrää siitä, että sukupuolen tulisi olla *mies tai nainen*. Eikä se sen enempää käsitteellisesti määrittele sukupuolta. Käytännössä henkilön sukupuoli määritellään syntymisen jälkeen fyysisiin ominaisuuksiin eli sukuelimiin perustuen.<sup>164</sup> Kuten johdannossa esitettiin ei sukupuolta voida pitää vain fyysisten ja biologisten ominaisuuksien tuloksena. Sukupuoli on sosiaalinen konstruktio, joka muotoutuu henkilön elämän aikana ulkoisten ja sisäisten vaikutusten kautta.<sup>165</sup> Käsitystä sukupuolesta ja sen kaksijakoisuudesta voidaan pitää vanhankantaisena, sillä se ei huomio sukupuolen eri ilmenemismuotoja. Sen ei voida myöskään katsoa ottavan tarpeeksi huomioon henkilön omaa sukupuoli-identiteettiä. Myös Nousiainen on sosiaalisen sukupuolen oi-

---

<sup>162</sup> Nieminen 2013: 278.

<sup>163</sup> HE 56/2001 vp s. 1–2.

<sup>164</sup> Rantala 2016: 9.

<sup>165</sup> Tripodi 2014: 42–43.

keudellisen tunnustamisen kannalla. Hänen mukaansa sosiaalisen sukupuolen merkityksen korostaminen avaa mahdollisuuden purkaa niitä instituutioita ja käytäntöjä, jotka modernissa oikeudessa ovat määritelleet sukupuolieroa.<sup>166</sup>

Hallituksen esityksen mukaan isyyttä tai äitiyttä ei voi kumota sen vuoksi että henkilön sukupuoli myöhemmin vaihtuu. Myöskään adoptioon perustuva vanhemmuuden oikeudellinen määrittely tai oikeudellinen suhde lapseen ei muutu sukupuolenvaihdoksen myötä.<sup>167</sup> Sukupuolenvaihdoksen myötä voi siis olla edessä tilanne, jossa mies on lapsen äiti tai nainen on lapsen isä, mikäli lapsi on syntynyt tai adoptoitu ennen sukupuolenvaihdosta. Jos vakiintuneiden sukupuoliroolien sekoittuminen, on yllä mainitussa tilanteessa juridisesti mahdollista, miksi sukupuolenvaihdoksen myötä ei olisi mahdollista muuttaa rooleja henkilön uutta sukupuolta vastaavaksi? Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen X, Y and Z v. United Kingdom -tapauksessa tuomioistuin totesi, ettei sopimusvaltiolla ole velvollisuutta antaa oikeudellista merkitystä henkilön tekemälle sukupuolienkorjausleikkaukselle.

Tapauksessa oli kyse parista, joka oli keinohedelmöityksen avulla hankkimassa lasta. EIT:n mukaan sukupuolensa korjannutta miestä, ei voitu vahvistaa lapsen isäksi, sillä hän oli juridisesti edelleen nainen. Ratkaisussa tuomioistuin katsoi, ettei sopimuksen 8 artiklan suojaamaa yksityis- ja perhe-elämää oltu rikottu, koska ei ollut yhteistä eurooppalaista konsensusta siitä, miten transsukupuolisten henkilöiden vanhemmuutta tulisi lainsäädännöllisesti käsitellä. EIT katsoi tapauksen kuuluvan laajan harkintavallan piiriin. Näin ollen sopimusvaltio kykeni itse määrittelemään tapausta koskevaa lainsäädäntöä ja menetelmiä. Tuomioistuin ei myöskään pitänyt tätä ihmisoikeussopimuksen tulkintaa syrjivänä, joten 14 artiklan rikkomusta ei tarvinnut edes tutkia<sup>168</sup>.

Jos lainsäädännöllisesti on mahdollista vahvistaa sukupuolenvaihdos, eikö juridisesti voida vahvistaa myös tähän sukupuolirooliin sisältyviä oikeudellisia määrittelyitä, kuten isyyttä? Toisin sanoen miksi on juridisesti mahdollista vahvistaa henkilön sukupuolen vaihdos, muttei sallia tälle henkilölle kaikkia siihen sukupuoleen liitettäviä juridisia ominaisuuksia? Translain lainvalmisteluaineistossa yhtenä tavoitteena mainitaan se, että henkilö jonka sukupuoli on vahvistettu pitää tulla kohdelluksi uuden sukupuolensa mukai-

---

<sup>166</sup> Nousiainen 1998: 1026.

<sup>167</sup> HE 56/2001 vp s. 3.

<sup>168</sup> X, Y and Z v. United Kingdom 22.4.1997.

sella tavalla sovellettaessa muuta lainsäädäntöä. Lainvalmisteluaineiston mukaan oikeudellisen sukupuolen muutoksella katsotaan olevan vaikutuksia usealla elämänalalla.<sup>169</sup> Sukupuolenvahvistamisen epälooginen sääntely sukupuoliroolien kohdalla johtaa kyseenalaistamaan oikeusnormien pätevyyttä. Muodollinen pätevyys tarkoittaa sitä, että oikeusnormi on pätevä, kun se on muodollisesti osa voimassaolevaa oikeutta. Normin oikeudellisen pätevyyden edellytyksenä on sen muodollinen jäsenyys normijärjestelmässä. Muodollisen pätevyyden mukaan normin tulee muun muassa olla johdettavissa oikeusjärjestelmän muista normeista. Mikäli normien välille syntyy ristiriitaa, ristiriita tulee joko ratkoa konfliktisääntöjen nojalla tai normia tulee tulkita siten, ettei ristiriita synny.<sup>170</sup> Mikäli oikeusjärjestelmä sallii sukupuolenvaihdoksen vahvistamisen, pitäisi sen muodollisesta pätevyydestä johtuvien sääntöjen mukaan myös antaa oikeuden kaikkiin siihen sukupuoleen sitoutuneisiin rooleihin. Mikäli näin ei tapahdu, ei normeja voida pitää sellaisina, että ne voitaisiin johtaa oikeusjärjestelmän muista normeista. Nykyinen oikeudellinen normiaines on tässä kohtaa sekava.

Oikeusnormien sisällöllistä pätevyyttä voidaan arvioida sekä normien legitiimisyyden että niiden tavoiterationaalisuuden kannalta. Legitimitteillä viitataan normin moraaliseen ja eettiseen justifioitavuuteen, kun taas tavoiterationaalisuus merkitsee samaa kuin tarkoituksenmukaisuus. Oikeus ei voi täysin katkaista suhteitaan moraalisiin ja etikkaan. Tämä johtuu siitä, ettei oikeutta voida pitää vain ohjausvälineenä. Oikeus on myös instituutio joka saavuttaa legitimitteettinsä ylläpitämällä yhteyksiään moraalisiin ja etiikkaan.<sup>171</sup> Lainsäätöprosessissa poliitikkojen toimintaa ohjaavat yleiset oikeusperiaatteet. Näiden oikeusperiaatteiden voidaan katsoa luovan yhteyksiä moraalisiin. Ne myös perustelevat yksilöllisiä oikeuksia. Yleiset oikeusperiaatteet ohjaavat poliitikkojen toimintaa siten, että lainsäädäntöön vaikuttavat muutkin intressit kuin poliittiset tavoitteet.<sup>172</sup> Oikeusnormin sisällöllisen pätevyyden tulisi siis ohjata normin säätäjää ja soveltajaa siten, että myös eettiset ja moraaliset hyvät tulevat huomioiduiksi. Pelkkä muodollinen pätevyys, jossa normien pätevyys riippuu oikeusjärjestelmän muista normeista voisi siis antaa liian pelkistetyn kuvan oikeusjärjestelmästä itsestään.

---

<sup>169</sup> HE 56/2001 vp s. 11.

<sup>170</sup> Wennberg 2001: 27–30.

<sup>171</sup> Tuori 2007: 23, 68.

<sup>172</sup> Tuori 2007: 127.

### 3.5. Adoptiovanhemmuus

Adoptiovanhemmuus ei voi tosiasioista riippuen perustua biologisuudelle, sen sijaan sosiaalinen todellisuus luo puitteet juridiselle vanhemmuudelle. Adoption myötä vanhemmat saavat lapsen, jolla on juridisesti täysin sama asema kuin biologisilla lapsilla. Samalla lapsen juridinen suhde tämän biologisiin vanhempiin katkeaa.<sup>173</sup> Adoptiovanhemmuutta voidaan juridisessa mielessä pitää yhtä pätevänä ja samat oikeudet ja velvollisuudet sisällyttävänä kuin biologisuudestakin seuraavaa vanhemmuutta. Adoptiolain (22/2012) 1 §: mukaan adoption tarkoituksena on edistää lapsen etua vahvistamalla tämän suhde adoptiota hakevaan henkilöön. Lapsen edun arvioinnissa on syytä kiinnittää huomiota siihen, että lapselle turvataan pysyvä perhe, tasapainoinen kehitys ja hyvinvointi (2 §). Adoptiolainsäädäntö kuuluu Euroopan ihmisoikeussopimuksen sopimusvaltioiden laajan harkintavallan piiriin. Tämä johtuu siitä, ettei adoptiolainsäädännöstä ole yhteistä eurooppalaista konsensusta. Toisaalta Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on vetänyt joitakin rajoja adoptiolainsäädännön suhteen. Esimerkiksi adoptiota yksinään hakevan ihmisen sukupuolista suuntautumista ei saa pitää adoptiohakemuksen hylkäämisen perusteena, mikäli henkilö muutoin täyttää laissa adoptiota koskevat vaatimukset.<sup>174</sup>

Tapauksessa *E. B v. France* ratkaisussa osoitettiin, että EIS 14 ja 8 artiklaa oli loukattu sillä perusteella, että adoptiota hakevan naisen hakemus oli hylätty väärin perustein. Adoptiota hakeva nainen asui samaa sukupuolta olevan kumppaninsa kanssa, mutta haki adoptiota yksin. Sopimusvaltio oli perustellut ratkaisuaan muun muassa isähahmon puuttumisella.<sup>175</sup>

Sopimusvaltion argumentoinnin voitiin viime kädessä katsoa perustuvan henkilön seksuaaliselle suuntautumiselle. Isähahmon puuttumista ei voitu pitää järkevänä argumenttina, sillä pystyiväthän heteronaisetkin hakemaan adoptiota yksin. Tästä johtuen EIT katsoi, että naisen adoptiohakemusta koskeva päätös oli evätty syrjivällä perusteella ja hänen yksityis- ja perhe-elämäänsä oli loukattu.

---

<sup>173</sup> Nieminen 2013: 280.

<sup>174</sup> Nieminen 2013: 288–289.

<sup>175</sup> *E. B v. France* 22.1.2008



### 3.5.1. Perheen ulkoinen adoptio

Muut kuin aviopuolisot voivat adoptoida yksin.<sup>176</sup> Adoptiolain 8 §:n mukaisesti vain aviopuolisot voivat adoptoida yhdessä. Ennen vuoden 2017 avioliittolain uudistusta samaa sukupuolta olevilla pareilla ei ollut mahdollisuutta hakea adoptiota yhdessä. Rekisteröidyssä parisuhteessa elävien mahdollisuus saada juridisesti yhteinen lapsi oli perheen sisäinen adoptio, jossa toinen puolisoista adoptoi toisen puolison biologisen lapsen. Adoptiolainsäädännön uudistusta koskevassa hallituksen esityksessä yhteisadoption edellytyksiin haluttiin tulevaisuudessakin sisällyttää ehto parin avioliitosta. Avioliittoa yhteisadoption perusteena argumentointiin muun muassa siten, että aviopuolisoita koskevat säännökset luovat ainakin välillisesti perusturvallisuutta ja pysyvyyttä. Nämä elementit nousevat esiin muun muassa sellaisissa tilanteissa, joissa toinen adoptiovanhemmista kuolee tai jos adoptiovanhemmat päättävät erota. Hallituksen esityksen mukaan yhteisadoptiota hakeville pareille voitiin asettaa avioliittovaatimus myös siksi, että avioliitolla voidaan katsoa olevan muuhun yhteiseloon nähden pysyvämpi ja erityislaatusempi oikeudellinen luonne.<sup>177</sup> Suomessa adoptiota haetaan tuomioistuimelta (adoptiolaki 51§). Kun hakemus vahvistetaan, tulee adoptiota hakeneesta parista tai yksittäisestä ihmisestä lapsen oikeudellinen vanhempi tai vanhemmat (adoptiolaki 18–20§). Adoptiovanhemmuutta ei voi oikeudellisesti purkaa tai peruuttaa muutoin kuin antamalla lapsi uudelleen adoptoitavaksi. Virheelliseen tai lapsen edun vastaiseen adoptiopäätökseen voi äärimmäisissä tapauksissa puuttua ylimääräisen muutoksenhaun keinoin.<sup>178</sup>

Adoption tarkoituksena on edistää lapsen parasta ja ensisijaisesti kaikissa adoptiota koskevissa päätöksissä tulee ottaa huomioon lapsen etu. Lapsen edusta on muodostunut itsenäinen adoption punnintakriteeri, joka on nostanut adoptiohakemusten hyväksymiskynnyksiä. Adoptioprosessissa on pyrittävä selvittämään saako lapsi ottokodissaan hyvän hoidon ja kasvatuksen<sup>179</sup>. Lapsen etu nousee esille adoption eri prosessivaiheissa. Lapsen etu pyritään takaamaan muun muassa adoptioneuvonnan alkuvaiheessa. Tuomioistuinkäy-

---

<sup>176</sup> HE 47/2011 vp s. 39.

<sup>177</sup> HE 47/2011 vp, s. 23.

<sup>178</sup> Salminen 2006: 90–91.

<sup>179</sup> Kangas 2012: 78, 94.

tännössä lapsen edun toteutumista valvoo tuomioistuin, oli kyseessä sitten adoptiopäätöksestä tehty valitus taikka päätös lapsen oikeudesta pitää yhteyttä biologisiin vanhempiinsa.<sup>180</sup>

### 3.5.2. Perheen sisäinen adoptio

Perheen sisäinen adoptio koskee tilanteita, joissa rekisteröidyn parisuhteen tai avioliiton osapuoli adoptoi parisuhteen toisen osapuolen lapsen. Perheen sisäisen adoption edellytykset, adoptiossa noudatettava menettely ja adoption oikeusvaikutukset määräytyvät lapsiksiottamisesta annetun lain säännösten mukaisesti. Sisäisestä adoptiosta säädetään laissa rekisteröidystä parisuhteesta (950/2001) 9 § ja adoptiolain 8 §. Aiemmin rekisteröidyssä parisuhteessa elävät henkilöt eivät voineet adoptoida puolisonsa lasta. Silloisissa olosuhteissa rekisteröidyn parisuhteen puoliset pystyivät halutessaan hakemaan käräjäoikeudelta päätöstä, jonka myötä lapsen biologisen vanhemman lisäksi tämän puolisolle myönnettiin lapsen huoltajuus. Oheishuoltajuuden myöntäminen perustui tuolloin sosiaalisen vanhemmuudelle.<sup>181</sup> Sisäisen adoption myötä lapsen juridinen suhde katkaistaan ainoastaan toiseen vanhempaan. Siksi sisäistä adoptiota harkitsevien on pantava erityistä painoa etävanhemman oikeuksille, sillä ne lakkaavat täysin adoption tultua voimaan.<sup>182</sup> Adoptiopäätöksen vahvistamiseen vaaditaan molempien juridisten vanhempien suostumus, poikkeustilanteita lukuun ottamatta (adoptiolaki 11§). Tätä säännöstä voidaan pitää jonkinlaisena etävanhemman oikeuksien turvaajana. Perheen sisäisen adoption mahdollistaminen myös rekisteröidyssä parisuhteessa oleville pareille nähtiin tärkeänä, sillä vastaavanlainen lainsäädännöllinen kehitys oli jo käytössä muun muassa Ruotsissa ja Norjassa. Kyseistä uudistusta koskevassa hallituksen esityksessä annettiin painoarvoa myös niille tapauksille, joissa sosiaalinen vanhempi kykeni tosiasiallisesti huolehtimaan paremmin lapsen elatuksesta ja lapsen edun toteutumisesta esimerkiksi parisuhteen päättymisen myötä.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> HE 4/2011 vp, s. 24–26.

<sup>181</sup> HE 198/2008 vp s. 3.

<sup>182</sup> Kangas 2012: 85–86.

<sup>183</sup> HE 198/2008 vp s. 5.

### 3.6. Avustettu vanhemmuus

#### 3.6.1. Hedelmöityshoidon annon ja saamisen edellytykset

Lainvalmisteluaineiston mukaan hedelmöityshoitoa sääntelevän lainsäädännön tulisi erityisesti ottaa huomioon syntyvän lapsen etu. Tämän lisäksi ei tulisi puuttua hoitoa hakevan parin tai yksilön itsemääräämisoikeuteen tai yksityiselämän piiriin sen enempää kuin se hoidon toteuttamisen kannalta on välttämätöntä. Hedelmöityshoitolain yleisenä tarkoituksena on hoitaa pareja tai yksittäisiä henkilöitä, jotka kärsivät tahattomasta lapsettomuudesta. Myös vakavan sairauden riski on hyväksyttävä syy hedelmöityshoidon antamiselle. Jo lainvalmisteluaineistosta ilmenee, että hedelmöityshoitoja tulee antaa myös naiselle, joka ei elä parisuhteessa miehen kanssa. Näin ollen myös naisparit voivat yhdessä hakeutua hoitoon. Päätöksen hoidon antamisesta tekee lääkäri. Tämän on oltava ehdottoman varma siitä, että syntyvälle lapselle voidaan taata hänen etunsa mukainen kasvuympäristö. Vaikkei hedelmöityshoitolakia koskevassa hallituksen esityksessä aseteta ikäraja hoidon saamiselle, ei sitä kuitenkaan yleensä anneta yli 39-vuotiaille naisille. Hoidossa voidaan käyttää sekä parin tai yksilön omia sukusoluja tai vieraita.<sup>184</sup>

#### 3.6.2. Hedelmöityshoitojen herkkä toimintaympäristö

Hedelmöityshoitojen hyväksyntä perustuu lähes yleismaalliselle vahvalle preferenssille biologisen ja geneettisen vanhemmuuden hyväksi, jonka rinnalla adoptio ja muut sosiaalisen vanhemmuuden muodot jäävät toissijaisiksi vaihtoehtoiksi.<sup>185</sup> Toisaalta hedelmöityshoitojen kehittymisen myötä perinteiset käsitykset isyydestä ja äitiydestä ovat vaatineet tarkennuksia. Hedelmöityshoitoon liittyvät elementit ovat juridisesti ja eettisesti haastavia kokonaisuuksia. Hedelmöityshoitojen myötä teoriassa kuka tahansa voi henkilökohtaisista lapsen hankintaan liittyvistä esteistä huolimatta saada omaa geeniperimäänsä omaavan lapsen. Joissakin tapauksissa keinohedelmöityksessä käytetään myös vieraita sukusoluja. Hedelmöityshoidot herättävät laajaa keskustelua. Keskustelu kohdistuu usein yksinäisten naisten ja samaa sukupuolta olevien parien asemaan. Perimmäisenä

---

<sup>184</sup> HE 3/2006 vp s. 16.

<sup>185</sup> Burrell 2006: 76.

hedelmöityshoitojen saatavuuden kyseenalaistamisessa ovat ihmis- ja perusoikeus kysymykset, joihin ei välttämättä löydy yhtä ja kattavaa vastausta. Hedelmöityshoitoja koskevaa lainsäädäntöä tulisi säätää siten, että toiminnalle luodaan eettisesti, oikeudellisesti ja lääketieteellisesti hyväksyttävät puitteet. Hedelmöityshoitoja määrittelevästä lainsäädännöstä tekee erityisen hankalan huomioonotettavien intressien moninaisuus. Lakia tulisi tarkastella vähintään lapsen, vanhempien, sukusolujen, alkioiden, luovuttajien, sijaissynnyttäjien ja yhteiskunnan kannalta<sup>186</sup>. Hedelmöityshoitojen operatiivinen ympäristö on yhteiskunnan jatkuvuuden kannalta tärkeä lisääntyminen. Viime kädessä yksilöllä on henkilökohtainen vapaus päättää lisääntymisestään. Tämän kokonaisuuden sääntelyn tarvetta voidaan pitää erityisen tärkeänä sen vuoksi, että siinä kohtaavat niin julkiset kuin yksityiset edut ja velvollisuudet.

Hedelmöityshoitolain mukaisesti perhetyypit voidaan jaotella kolmeen kategoriaan avioliittoperheeseen, naisen ja miehen muodostamaan avoliittoperheeseen ja muihin perheisiin<sup>187</sup>. Hedelmöityshoitolain uudistamista koskevassa hallituksen esityksessä hedelmöityshoitojen sallimista muillekin kuin aviopareille perusteltiin tasa-arvonäkökulmasta. Hedelmöityshoitotyöryhmän mietinnössä lausuntonsa antaneista kolmannes halusi pysyttää parisuhdevaatimuksen ja kolmannes taas tahtoi laajentaa hedelmöityshoidot myös naisparien oikeudeksi. Jälkimmäistä kantaa perusteltiin muun muassa sillä, että syntyihän isättömiä lapsia muutoinkin.<sup>188</sup> Ennen hedelmöityshoitolainsäädännön uudistamista keinoalkuisen lapsen oikeusaseman kannalta säädökset kohdistuivat keskeisimmin naisen ja miehen avo- ja avoliittoperheisiin. Nykyisin hedelmöityshoitoa voivat hakea myös naisparit yhdessä. Hedelmöityshoitolaissa voidaan siis havaita heteronormatiivisuuden hälvenemistä.

---

<sup>186</sup> Rutanen 2002: 496.

<sup>187</sup> Salminen, Burrell & Lehtonen 2007: 307

<sup>188</sup> HE 76/2002 vp s. 15.

### 3.6.3. Hedelmöityshoidot ja lisääntymisvapaus

Reproduktio-oikeus eli lisääntymisvapaus voidaan johtaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 (oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta) ja 12 (oikeusavioliittoon) artikloista. Molempia voidaan luonnehtia selkeiksi vapausoikeuksiksi, mutta niiden toteutumisen voidaan katsoa vaativan valtiolta positiivisia velvoitteita. Positiivisilla velvoitteilla tarkoitetaan valtion aktiivisia toimia sopimuksessa suojatun oikeuden hyväksi. Positiiviset velvoitteet perustuvat siihen, että oikeuksien ollessa todellisia ja tehokkaita valtioiden täytyy aktiivisin toimenpitein turvata niiden toteutuminen.<sup>189</sup> Positiivisten toimintavelvoitteiden kautta voidaan pohtia hedelmöityshoitojen saatavuutta suhteessa seksuaaliseen suuntautumiseen taikka sukupuoli-identiteettiin. Pelkän oikeuden olemassaolon ei voida katsoa turvaavan sen täysimääräistä toteutumista. Miten pitkälle valtion voidaan katsoa huolehtivan esimerkiksi siitä, että jokaisella on mahdollisuus lisääntyä? Tuleeko valtion aktiivisesti edistää keinoalkuisen lisääntymisen tai jopa sijaissyntytyksen mahdollisuuksia, jotta jokaisen oikeus lisääntymiseen toteutuu?<sup>190</sup>

Suomen perustuslain 19 § 3 kohdan mukaan julkisen vallan tulee edistää väestön terveyttä ja 22 §:n nojalla julkisen vallan on turvattava perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Näiden kahden julkisen vallan velvoitteen mukaisesti myös hedelmöityshoitoja tulee periaatteessa pyrkiä tarjoamaan jokaiselle parille tai sitä yksin hakevalle naiselle. Hedelmöityshoitolaisten estäessä sijaissyntytysjärjestelyt, tosiasiasa mahdollisuus hedelmöityshoitoon tulee taata vain pareille, joista vähintään toinen pystyy kantamaan raskauden eli toinen parisuhteen osapuolista on nainen. Tämä käytännössä eristää miesparit ja yksinäiset miehet hedelmöityshoidon saamisen ulkopuolelle. Näin ollen heidän oikeutensa lisääntyä on jossain määrin eriarvoisessa asemassa heteropareihin, naispareihin ja yksinäisiin naisiin nähden. Sijaissyntytämisen vaikutukset äitiysolettamaan, erityisesti miesparien kohdalla on joidenkin järjestelyä vastustavien mielestä haastava.<sup>191</sup> Vastustajat kysyvätkin, että mikäli järjestely sallittaisiin luopuisiko nainen äitiydestä ilman että tilalle

<sup>189</sup> Pitkänen 2013: 55–58.

<sup>190</sup> Nieminen 2013: 201.

<sup>191</sup> Aarnipuu käsittelee artikkelissaan avustetun lisääntymisen tasa-arvonäkökulmia. Hän tuo esiin toistuvasti sen, miten miesparien sijaissyntytämisen mahdollistamista käytetään tosiasiasa pelotteena avustetun lisääntymisen käsitteellisessä laajenemisessa. Vaikkei tätä mahdollisuutta ole tosiasiasa ajettu sisään vaiheessa, edes Setan toimesta. Aarnipuu 2006: 453.

adoption kautta tulisi toista äitiä? Lopputulema ei ole niin sekava kuin annetaan ymmärtää. Sillä voihan nykyisinkin adoptiota hakea mies yksin, tai avioliitossa oleva miespari yhdessä. Näin ollen ilman juridista äitiä olemassa olevia perheitä on jo olemassa.

#### 3.6.4. Keinoalkuisen lapsen vanhemmuuden määräytyminen

Isyyslain 3a § mukaisesti hedelmöityshoidon tuloksena syntyneen lapsen isäksi on vahvistettava mies, joka on yhteisymmärryksessä äidin kanssa antanut suostumuksensa hedelmöityshoitoon. Mikäli nainen on hakeutunut hedelmöityshoitoihin yksin, tulee isäksi vahvistaa se, jonka siittiötä hoidossa on käytetty, mutta vain jos mies on antanut siihen suostumuksensa (hedelmöityshoitolaki 16 §:n 2 momentti). Keinoalkuisen lapsen äiti on se nainen, joka lapsen synnyttää. Äitiyslakialoitteen toteutuessa tällaisessa tilanteessa synnyttävän naisen samaa sukupuolta oleva puoliso vahvistettaisiin lapsen toiseksi juridiseksi vanhemmaksi. Periaatteellisesti voidaan siis puhua kahden äidin perheestä.

## 4. LISÄÄNTYMISVAPAUS

### 4.1. Lisääntymisvapauden erityislaatuinen luonne

Lisääntymisvapaus sisältää muun muassa oikeuden saada tietoa perhesuunnittelusta, oikeuden saada käsiinsä raskaudenehkäisyvälineitä sekä syrjintäsuojan. Lisääntymisvapauden piiriin kuuluvat oikeudet tunnustetaan lähes kaikkialla. Lisääntymisvapauden kannalta kaikkein tärkeimpänä oikeutena voidaan pitää oikeutta koulutukseen ja tietoon.<sup>192</sup> Lisääntymisvapaudella on vahva oikeuspoliittinen luonne. Tästä johtuen se on herättänyt enemmän keskustelua niissä maissa, joissa aborttioikeutta on rajoitettu tai maissa joissa uskonnollisilla näkemyksillä on suuri merkitys poliittisessa päätöksenteossa.<sup>193</sup> Suomessa aborttilainsäädäntöön ovat vaikuttaneet muun muassa naisen valinnanvapauden ja lapsen toivottuna syntymisen periaatteet. Muissa maissa naisen lisääntymisvapautta on vaihtelevasti kavennettu alkion ja sikiölle annetun suojan vuoksi.<sup>194</sup> Erityisesti hyvin henkilökohtaisiksi ja yksityisiksi koettuja elämänalueita koskevaa lainsäädäntöä säädettäessä ja sovellettaessa tulee pohtia sitä mikä on sen suhde yhteiskunnassa vallitseviin eettisiin ihanteisiin ja erilaisiin moraalikäytäntöihin. Juuri lisääntymisen suhteen ihmiset tekevät omassa elämässään erityisen henkilökohtaisia päätöksiä. Lain ja siihen perustuvan sosiaalisen järjestelmän yhdeksi tehtäväksi voidaan katsoa sosiaalisen turvallisuuden tukeminen, johdonmukaisuus ja heikommassa asemassa olevan osapuolen tukeminen. Tärkeää on ottaa huomioon myös se millaisissa olosuhteissa lisääntyminen, perheen muodostuminen, vanhemmuuden ilmeneminen ja lapsen kasvu toteutuvat.<sup>195</sup>

Lisääntymisvapauden rajoitukset liittyvätkin suurilta osin raskaana olevan naisen itsemääräämisoikeuteen ja toisaalta sikiön ihmisarvon suojelun väliseen jännitteeseen. Lisääntymisvapaus on kuitenkin paljon muutakin kuin lisääntymistä. Tämän vuoksi pelkkää normaalioloissa alkavaa raskautta ei voida pitää lisääntymisvapauden ainoana toteutumismuotona. Keinohedelmöityksen myötä myös lisääntyminen on kokenut käsitteellisen

---

<sup>192</sup> Stark 2005: 137.

<sup>193</sup> Salminen, Burrell & Lehtonen 2007: 334.

<sup>194</sup> HE 156/2008 vp s. 9–10.

<sup>195</sup> Sosiaali- ja terveysministeriö 2001: 30.

muutoksen ja johtanut medikalisaatioon. Medikalisaatiolla tarkoitetaan tilaa, jossa lääkäreiden ja lääketieteellisten instituutioiden vaikutusvalta leviää elämäntilanteille, jotka on aiemmin nähty yhteiskunnallisen, eettisen tai oikeudellisen päätöksenteon vaikutuksen alaisina.<sup>196</sup>

Avustettu lisääntyminen luo lisääntymisvapautteen jännitteitä, sillä käsiteltävänä on yksityisautonomian piiriin kuuluva asia<sup>197</sup>. Itsemääräämisoikeus on osa henkilökohtaisen vapauden suojaa, jolla on läheinen yhteys yksityiselämän suojaan. Nämä oikeudet luovat perusoikeuskokonaisuuden joka käsittää muun muassa henkilökohtaisen koskemattomuuden, tahdonvapauden sekä oikeuden määrätä itsestään ja ruumiistaan.<sup>198</sup> Lisääntymisvapauden luonne erityisenä vapausoikeutena on ongelmallinen ja moniulotteinen.<sup>199</sup> Avustetun lisääntymisen yleistymisen voidaan katsoa kyseenalaistavan perinteisen perheen syntylähteen – sukulaisuuteen perustuvan perhesiteen. Modernin ajan alkuvaiheessa vallalla ollut perheideologinen näkökulma on muutosten edessä, sillä avustetun lisääntymisen myötä perhesuhteita määrittäväksi tekijäksi on noussut myös sopimusperusteisuus.<sup>200</sup> Sopimussuhteeseen perustuva perheside on asettanut uusia haasteita lisääntymisvapauden määrittelyyn. Sopimusperusteiseen vanhemmuuteen on otettu kantaa muun muassa Euroopan unionin tuomioistuimessa. Unionin tuomioistuimessa käsiteltävänä olleissa tapauksissa tuomioistuin päätyi siihen lopputulokseen, ettei sijaissynnytysjärjestelyiden avulla syntyneen lapsen juridisesti tunnustetulle äidille ole velvollisuutta myöntää äitiyslomaa.<sup>201</sup>

Lisääntymisvapaus on nähty sukupuolisidonnaisena. Tämä johtuu siitä, että biologisesti vain naisen on mahdollista synnyttää. Hartin<sup>202</sup> mukaan sukupuolen juridinen määrittely, sukupuoli-identiteetti ja kumppanin valinta tuottavat erilaisia oikeuksia, vaatimuksia ja toiveita. Näihin kategorioihin liittyvät valinnat rajaavat sukupuolen kahteen kategoriaan ja henkilöiden fyysisiin lisääntymisominaisuuksiin. Tästä johtuen naiset ja miehet ovat

---

<sup>196</sup> Burrell 2001b: 1104.

<sup>197</sup> HE 309/1993 vp s. 52.

<sup>198</sup> HE 156/2008 vp s. 9.

<sup>199</sup> Burrell 2001a: 1004.

<sup>200</sup> Burrell 2001b: 1104–1105.

<sup>201</sup> Katso esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuimen tapaukset C-167/12 C. D. v S.T & C-363/12 Z. v. A Government Department ja the Board of Management of a Community School.

<sup>202</sup> Hart 2016a: 570.



lisääntymisvapauden näkökulmasta epäsymmetrisessä asemassa. Hartin mukaan tämä johtaa siihen, että on haastavaa käsitellä vanhempi-lapsisuhdetta sukupuolisyymmetrisellä tavalla. Lisääntymisvapauden ei voida kuitenkaan katsoa rajatusti edustavan vain naisen oikeutta synnyttää lapsia, vaan sen vapausoikeudellinen luonne on moniulotteisempi. Lisääntymisvapaus on käsitteellisesti laaja ja teoreettisessa merkityksessä sen antamaa suojaa voidaan pitää jokaiselle yksilölle kuuluvana oikeutena. Vanhempien ja lasten välisiä suhteita on vaikeampi muuttaa sukupuolineutraaleiksi kuin aikuisten henkilöiden välisiä intiimisuhteita.<sup>203</sup>

Reproduktiiviset oikeudet voidaan sijoittaa perustuslaissa turvatun yksityiselämän suojan ytimeen.<sup>204</sup> Lisääntymisvapaus ei ole pelkkää oikeutta synnyttää tai olla synnyttämättä lapsia. Sen sijaan lisääntymisvapaus kietoutuu ainakin seuraavien asioiden ympärille: yksilöllä on oikeus vapaasti ja ulkopuolisten puuttumatta päättää hankkiiko lapsia, milloin, kuinka monta ja kenen kanssa. Koska yksilön oikeus tehdä omaa lisääntymistään koskevia päätöksiä on johdettavissa perustuslain yksityiselämän suojasta, ei Suomessa ole vakavasti kyseenalaistettu raskaudenehkäisyä, abortin tai hedelmöityshoitojen asemaa. Näiden katsotaan kuuluvan lisääntymisvapauden piiriin, ja siksi niihin puuttuminen loukkaisi perustuslain turvaamaa suojaa.<sup>205</sup> Tämä siitakin huolimatta, että lisääntymisvapauden piirissä vaikuttavat myös sikiön oikeudet. Näiden kaikkien voidaan katsoa kuuluvan perustuslaissa suojattuun henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja vapauteen. Sukulaissuhteen perustuvaa lisääntymistä voidaan yhä pitää yleisimpänä lisääntymisvapauden ilmenemisen muotona, vaikka avustettu lisääntyminen onkin moninaistanut sen ilmenemismuotoja. Toisaalta myös avustetun lisääntymisen taustalla vaikuttavat voimakkaat geneettistä vanhemmuutta ja lisääntymisvapautta koskevat odotukset ja intressit.<sup>206</sup>

#### 4.1.1. Lisääntymisvapauden sääntely

Vaikkei Suomen perustuslaki nimenomaisesti mainitse lisääntymisvapautta tai reproduktiivisia oikeuksia, voidaan sen katoa luovan näille oikeuksille suojaa henkilökohtaisen

---

<sup>203</sup> Hart 2016a: 570.

<sup>204</sup> HE 309/1993 vp s. 52.

<sup>205</sup> Burrell 2011: 1004.

<sup>206</sup> Burrell 2006: 77, 79.

vapauden, koskemattomuuden ja yksityiselämän suojan kautta. Henkilökohtainen vapaus tulee ymmärtää laajassa merkityksessä, ja se antaa suojaa fyysisen vapauden lisäksi myös tahdonvapaudelle ja itsemääräämisoikeudelle. Yksityiselämän suoja luo oikeuden elää elämäänsä ilman viranomaisten tai muiden ulkopuolisten mielivaltaista tai aiheetonta puuttumista. Yksityiselämän suoja luo jokaiselle oikeuden solmia, ja ylläpitää suhteita muihin ihmisiin ja ympäristöön sekä oikeuden määrätä itsestään ja omasta ruumiistaan.<sup>207</sup> Nämä kolme perustuslain säännöstä luovat yksilöille reproduktiivisen oikeuden, eli oikeuden tehdä omaa lisääntymistään koskevia valintoja. Burrellin mukaan suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa ei ole juurikaan keskusteltu lisääntymisvapauden luonteesta tai sisällöstä. Hänen mukaansa yllä mainitut perusoikeudet ovat klassisia vapausoikeuksia sillä ne takaavat yksilöille sen, ettei ulkopuolinen taho puutu näiden oikeuksien toteutumiseen. Burrell kuitenkin jatkaa, että perustuslain 19 §:n johdettavissa oleva perusoikeuksien turvaamisvelvoite, velvoittaa julkisen vallan turvaamaan jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut ja sen että julkisen vallan on edistettävä väestön terveyttä.<sup>208</sup> Näin ollen julkisella vallalla voidaan katsoa olevan velvoitteita turvata lisääntymisvapauden toteutusta yksilön omien henkilökohtaisten päätösten tukena.

#### 4.2. Pakkosterilisaatio

Pakkosterilisaatio määritellään kansainvälisessä rikosoikeudellisessa normistossa tilanteeksi, jossa tekijä rajoittaa yhden tai useamman henkilön biologista lisääntymiskykyä siten, ettei se ole ollut oikeutettua lääketieteellisessä tai henkilön sairaanhoitoon liittyvistä syistä. Pakkosterilisaationa pidetään myös tilannetta, jota ei ole toteutettu toimenpiteen kohteena olevan henkilön tai henkilöiden suostumuksesta. Suostumusta ei saa hankkia vilpillisillä tai petollisilla keinoilla.<sup>209</sup> Pakkosterilisaatioon voidaan katsoa kuuluvaksi myös sukupuolielinten silpominen tai poistaminen. Myös törkeät raiskaukset, joiden seurauksena raiskatun henkilön sukuelimet vaurioituvat lopullisesti sekä kansanmurhat, joi-

---

<sup>207</sup> HE 309/1993 vp s. 46, 52.

<sup>208</sup> Burrell 2011: 1004–1005.

<sup>209</sup> Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussäännön rikosten määritelmien tulkintaohjeet 7 artiklan 1 kappaleen kohta g.

den tarkoituksena on eliminoida kokonainen ryhmä ihmisiä, katsotaan kuuluvaksi pakko-sterilisaation kiellon piiriin. Sen sijaan väliaikaisia raskauden ehkäisymenetelmiä ei pidetä pakkosterilisaation määritelmän mukaisina. Sterilisaatiotoimenpidettä ei tule sellaisenaan pitää rikosoikeudellisesti tuomittavana tekona. Pakkosterilisaatiosta voidaan puhua vain tilanteissa joissa sterilisaatiolle ei ole osoitettavissa lääketieteellisiä perusteita ja se on toteutettu henkilön tahdosta riippumatta.<sup>210</sup>

Pakkosterilisaation käsitteleminen tässä tutkimuksessa on aiheellista siksi, että se on oleellinen osa sukupuolivähemmistöön kuuluvien henkilöiden lisääntymisvapauden piiriä. Laki sukupuolen vahvistamisesta säätää sukupuolen vahvistamisedellytyksistä. Niiden mukaan henkilö vahvistetaan kuuluvaksi vastakkaiseen sukupuoleen, muun muassa, mikäli hänet on sterilisoitu tai hän on muusta syystä lisääntymiskyvytön (laki sukupuolen vahvistamisesta 1§). Sterilisointi edellytystä on kritisoitu.<sup>211</sup> Sukupuolen vahvistamisesta edeltävät hormonihoidot johtavat todennäköiseen sterilisaatioon. Toisaalta hormonihoidon vaikutukset ovat yleensä palautuvia. Translaissa ei nimenomaisesti säädetä siitä, että lisääntymiskyvyttömyyden tulisi olla pysyvää. Sen sijaan kirurgisin toimenpitein suoritettu sukupuolen korjaus johtaa pysyvään lisääntymiskyvyttömyyteen. Lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen ongelmallisuus ei ole riippuvainen toteutustavasta vaan siitä, että se loukkaa transsukupuolisen henkilön yksityis- ja perhe-elämän suojaa sekä syrjimättömyysperusteita.<sup>212</sup> Reedin mukaan transsukupuolinen henkilö jolle on suoritettu kirurgisia toimenpiteitä, hyväksytään todennäköisemmin uutta sukupuoltaan vastaavaksi kuin henkilö, joka identifioi itsensä kuuluvaksi vastakkaiseen sukupuoleen, muttei ole näitä kirurgisia toimenpiteitä toteuttanut. Näin tapahtuu niin sosiaalisen kuin juridisenkin tunnustamisen kohdalla. Reedin mukaan tätä yhtälöä voi pitää kummallisena, sillä miksi sukupuolen juridisen tunnustamisen tulisi vaatia kivuliaita, kalliita ja peruuttamattomia toimenpiteitä ollakseen juridisesti pätevä?<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> De Brouwer 2005: 147.

<sup>211</sup> Translain uudistamista vaativan kannanoton takana on 33 ihmisoikeus-, nuoriso- ja opiskelijajärjestöä. Kannanotosta voi lukea osoitteesta <https://www.amnesty.fi/vaadimme-hallitukselta-toimia-translain-uudistamiseksi/>.

<sup>212</sup> STM 23/2015: 15–16.

<sup>213</sup> Reed 2008: 84.

Pakkosterilisaatio on lähtökohtaisesti tullut esiin tilanteissa, joissa lisääntymisvapautteen on puututtu sellaisten henkilöiden kohdalla, jotka eivät halua lasta, haluavat keskeyttää raskauden taikka henkilöiden kohdalla joita on pidetty kyvyttöminä huolehtimaan lapsistaan.<sup>214</sup> Ihmisoikeusjulistusten tulkintaa on pyritty selkeyttämään seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen osalta muun muassa Yogyakartan periaatteiden avulla. Nämä periaatteet kehitettiin vuonna 2007 kansainvälisten ihmisoikeusjuristien yhteistyön tuloksena YK:n ihmisoikeusjulistusta täydentäviksi periaatteiksi. Seksuaalista itsemääräämisoikeutta ja sukupuoli-identiteettiä käsittelevät periaatteet käsittelevät laajaa ihmisoikeudellista kokonaisuutta. Ne kietoutuvat seksuaalisen suuntautumisen ja sukupuoli-identiteetin ympärille. Yogyakartan periaatteiden myötä seksuaalioikeudet ja erityisesti seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen oikeudet tunnustettiin pysyväksi osaksi kansainvälistä ihmisoikeuskenttää. Yogyakartan periaatteiden mukaan myös tahdosta riippumatonta sterilisaatiota tulee pitää kidutuksen kiellon, julman ja epäinhimillisen kohtelun piiriin kuuluvana. Kettään ei saa myöskään pakottaa lääketieteellisten toimenpiteiden kohteeksi edellytyksenä sukupuoli-identiteettinsä juridiselle tunnustamiselle. Yogyakartan periaatteiden mukaisesti jokaisella on oikeus perustaa perhe seksuaalisesta suuntautumisesta tai sukupuoli-identiteetistä riippumatta. Periaatteet tunnustavat, että perheet ovat muodoltaan erilaisia, eikä mitään perhettä tule asettaa syrjinnän kohteeksi kenenkään sen jäsenen kuulumisesta seksuaali- tai sukupuolivähemmistöön.<sup>215</sup>

#### 4.2.1. Lisääntymiskyvyttömyysvaatimus

Euroopan neuvoston on antanut suosituksen seksuaaliseen suuntautumiseen ja sukupuoli-identiteettiin perustuvan syrjinnän vastaisesta toiminnasta. Suosituksen mukaan jäsenvaltioiden tulisi välttää sellaisten vaatimusten ylläpitoa, jotka ovat epäsoyuhdassa tavoiteltuun päämäärään nähden. Pakkosterilisaation kohdalla tämä tarkoittaa muun muassa sitä, etteivät kaikki transsukupuoliset henkilöt välttämättä kykene toteuttamaan kaikkia lainsäädännössä vaadittavia edellytyksiä saadakseen sukupuolensa juridisen vahvistuksen. Esimerkiksi terveydelliset syyt voivat estää hormonaalisten tai kirurgisten toimenpiteiden tekemisen. Toisin sanoen jäsenvaltioiden lainsäädännön ei tulisi sisältää sellaisia

---

<sup>214</sup> Salminen, Burrell & Lehtonen 2007: 340.

<sup>215</sup> The Yogyakarta principles 3 and 24.

elementtejä, joiden olemassa oloa ei voi perustella niiden tavoitteista nähden. Suosituksen voidaan katsoa ottavan kantaa siihen, ettei pakkosterilisaatio vaatimusta voida pitää suhteellisuusperiaatteen mukaisena toimintana. Näin ollen niissä jäsenvaltioissa jotka pitävät yllä lisääntymiskyvyttömyysvaatimusta sukupuolen vahvistamisen edellytyksenä tulisi uudelleen järjestää normisto siten, ettei tämä edellytys ole välttämätöntä.<sup>216</sup> Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen voidaan katsoa tukevan samanlaista tulkintaa lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksesta. *Y.Y v. Turkey* –tapauksessa EIT linjasi, että sterilisointi vaatimus juridisen sukupuolen vahvistamisen edellytyksenä loukkaa henkilön EIS 8 artiklan mukaista oikeutta yksityiselämään.

Tapauksessa naiseksi syntynyt henkilö olisi halunnut vahvistaa sukupuolensa mieheksi. Kansallinen tuomioistuin ei myöntänyt valittajalle lupaa sukupuolenkorjausleikkaukseen. Kansallinen tuomioistuin vetosi siihen, ettei henkilö ollut lisääntymiskyvytön. Kansallisen lainsäädännön mukaan lisääntymiskyvyttömyysvaatimus oli ensisijaisena kriteerinä sille, saiko henkilö luvan sukupuolenkorjausleikkaukseen. Kun taas vastaavissa tilanteissa useissa muissa jäsenvaltioissa lisääntymiskyvyttömyys todetaan usein nimenomaan kirurgisten toimenpiteiden jälkeen.<sup>217</sup>

Kansallisessa lainsäädännössä sterilisointi vaatimus nähtiin ensisijaisena välttämättömyytenä sille, että henkilö ylipäättään sai luvan sukupuolenkorjaus leikkaukseen. Sukupuolenkorjausleikkauksen myötä henkilölle voitiin vahvistaa uusi sukupuoli. Sterilisointi kriteeriä voitiin pitää yksityiselämän suojaa loukkaavana, sillä se asetti transsukupuolisen henkilön tilaan, josta oli vaikea päästä ulos. Sterilisointivaatimusta ei voitu pitää edellytyksenä sille, että hakija sai julkiselta taholta luvan sukupuolenkorjausleikkaukseen. Yksityiselämän loukkaus osoittautuu siinä, että henkilön olisi jo pitänyt toteuttaa joitakin sukupuolen vaihdokseen liittyviä hormonaalisia toimenpiteitä päästäkseen leikkaukseen. Tosiasiassa vasta leikkaus tekee henkilöstä lopullisesti steriilin. Koska kirurgisten toimenpiteiden edellytyksenä oli steriilivaatimus, valittajana olleen henkilön voitiin katsoa olevan umpikujassa.

---

<sup>216</sup> Euroopan neuvoston ministerikomitean suositus seksuaaliseen suuntautumiseen ja sukupuoli-identiteettiin perustuvan syrjinnän vastaisista toimista. (CM/Rec2010)5). Kyseessä on kannanotto, ei virallinen oikeuslähde. Tämän tyyllisillä kannanotoilla on lähinnä merkitystä lainsäädännön kehittämistarpeita arvioidessa.

<sup>217</sup> *Y.Y v. Turkey* 10.03.2015.

Sosiaali- ja terveysministeriön asetus sukupuolen muuttamiseen tähtäävän tutkimuksen ja hoidon järjestämisestä sekä lääketieteellisestä selvityksestä (1053/2002) täsmentää sukupuolen vahvistamista käsittelevän lain lääketieteellisiä selvityksiä. Lain mukaan sukupuolen vahvistamiselle ovat edellytyksenä seuraavat:

- 1) henkilö kokee pysyvästi kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen;
- 2) hän elää tämän sukupuolen mukaisessa sukupuoliroolissa; ja
- 3) hänet on steriloitu tai hän on muusta syystä lisääntymiskyvytön

Sosiaali- ja terveysministeriön asetus täsmentää näitä lainkohtia seuraavasti:

*Lääketieteellisen selvityksen antaa 3 §:ssä tarkoitettun työryhmän psykiatrian erikoislääkäri. Lisäksi toisen 3 §:ssä tarkoitettun työryhmän psykiatrian erikoislääkärin tulee tapaamalla potilas henkilökohtaisesti selvittää, että sukupuolen vahvistamisen lääketieteelliset edellytykset täyttyvät. Kummankin psykiatrian erikoislääkärin selvityksestä tulee käydä yksiselitteisesti ilmi, täyttyvätkö kaikki edellä mainitut sukupuolen vahvistamisen lääketieteelliset edellytykset.*

Laki ei nimenomaisesti velvoita henkilöä käymään läpi hormonaalisia tai kirurgisia toimenpiteitä. Näin tulee kuitenkin tosiasiasaassa toimia, jotta sukupuoli voidaan vahvistaa. Toisin sanoen kaikki sukupuolen vahvistamista säätelevän lain edellytykset tulee täyttää ennen sukupuolen vahvistamista myös sterilointi. Lisääntymiskyvyttömyyttä on hallituksen esityksessä perusteltu siten, että muutoin saattaisi syntyä tilanteita, joissa mieheksi sukupuolensa vahvistanut tulisi raskaaksi tai naiseksi sukupuolensa vahvistanut siittäisi lapsen. Hallituksen esityksessä myös nimenomaisesti sanotaan, että sukupuolen vahvistaminen on mahdollista vain sillä edellytyksellä, että henkilö on lisääntymiskyvytön.<sup>218</sup> Sukupuolen vahvistaminen lisääntymiskykyiselle henkilölle kyseenalaistaisi vanhemmuuden sukupuolirooleja. Sukupuolirooleihin sidotut lisääntymisedellytykset eivät enää olisikaan sidottuja siihen sukupuoleen johon henkilö on vahvistettu. Tämä tilanne on kuitenkin teoriassa jo voimassa. Sillä naiseksi vahvistettu henkilö voi olla isä ja mieheksi vahvistettu henkilö äiti, mikäli lapsi on hankittu ennen sukupuolen vahvistamista.

---

<sup>218</sup> HE 56/2001 vp. s. 13, 14.

Lisääntymiskyvyttömyysvaatimus on vahva loukkaus transsukupuolisen henkilön itsemääräämisoikeutta, henkilökohtaista koskemattomuutta ja yksityiselämän suojaa kohtaan<sup>219</sup>. Sosiaali- ja terveysministeriön vuonna 2013 antaman translainsäädännön muutostarpeita koskevan lausunnon mukaan sterilointivaatimus on vähintäänkin arveluttava perustuslain ja ihmisoikeussopimusten valossa. Lausunnon mukaan lisääntymiskyvyttömyysvaatimukselle ei ole lääketieteellisiä perusteita. Lausunto myös esittää, että epätaivomaiseen isä-äiti -asetelmaan perustuvaa argumentointia tulee pitää toissijaisena suhteessa henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Asiaa ole käsitelty perustuslakivaliokunnassa<sup>220</sup>, vaikka voidaan puhua perusoikeuksien piiriin kuuluvasta tilanteesta. Lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen olemassaolo osana kansallista lainsäädäntöä voidaan tulkitä heteronormatiiviseksi kannanotoksi. Transsukupuolisten henkilöiden kohdalla sukupuolelle asetetut kriteerit korostuvat muita tapauksia vahvemmin. Lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen olemassaolo on transsukupuolisten henkilöiden kohdalla ongelmallinen myös siksi, että lisääntymisvapaus on osa yksityiselämän suojaa. Julkisen vallan voidaan katsoa pidättäytyneen puuttumasta liialti tähän elämän osa-alueeseen<sup>221</sup>. Tästä huolimatta transsukupuolisten henkilöiden kohdalla tämä yksityiselämän suojan osa on tarakan sääntelyn alainen asia.

YK:n CEDAW-komitea on ottanut kantaa kyseiseen ongelmaan. Suomen seitsemättä määrääaikaisraporttia koskevan loppupäätelmän mukaan komitea on huolestunut siitä, että transsukupuolisten henkilöiden on esitettävä selvitys lisääntymiskyvyttömyydestään tai hankittava sterilisaatio saadakseen sukupuolensa oikeudellisesti vahvistetuksi. Komitea ehdottaa, että Suomen tulisi pikaisesti muuttaa lainsäädäntöään siten että transsukupuolisten henkilöiden sukupuoli vahvistetaan ilman sterilisointivaatimusta. Myöskään henkilön suostumisesta sterilisaatioon ei tulisi säätää laissa. Komitea katsoo, että sellaisenaan voimassa oleva translaki edesauttaa stereotyyppisiä käsityksiä maskuliinisuudesta ja feminiinisestä ulkonäöstä tai käyttäytymisestä.<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> STM 23/2015: 16.

<sup>220</sup> STM 5023/2012: 3.

<sup>221</sup> Nieminen 2013: 278.

<sup>222</sup> YK:n CEDAW-komitea 2014: 8.

Euroopan neuvoston biolääketiedesopimuksen 5 artiklan mukaan terveyteen kohdistuva toimenpide voidaan suorittaa vain, jos henkilö on antanut suostumuksensa vapaasta tahdostaan ja tietoisena kaikista asiaan vaikuttavista seikoista.<sup>223</sup> Vaikka transsukupuolisen henkilön sterilisointiin liittyvää suostumusta voidaan pitää biolääketiede sopimuksen mukaisena, ei lisääntymisvapauden vapausoikeudellinen luonne sellaisenaan täysimääräisesti toteudu. Koska sukupuolen vahvistuksen edellytyksenä on lisääntymiskyvyttömyysvaatimus, ei sterilisoinnin voida katsoa tapahtuvan vapaaehtoisesti. Käytännössä se toteutuu siten että henkilö hakeutuu sukupuolen vahvistamisedellytyksien mukaisiin hoitoihin saadakseen juridisen sukupuolensa vahvistettua. Sterilointiin annetun suostumuksen ei voida katsoa olevan täysin vapaaehtoinen, sillä lainsäädäntö vaatii steriloinnin toteuttamista, jotta sukupuoli voidaan vahvistaa. Laki sukupuolen vahvistamisesta siis tosiasiasa asettaa ennakko-odotuksen siitä millä keinoilla juridinen sukupuoli voidaan vahvistaa. Transsukupuolisen henkilön on käytännössä suostuttava sterilisointivaatimukseen saadakseen sukupuolensa vahvistettua.

#### 4.2.2. Sukupuoli

On haastavaa kuvitella sellaista oikeusjärjestelmää joka suhtautuisi sukupuoleen siten, että se olisi täysin yhdentekevää. Samoin olisi vaikeaa visioida yhteiskuntaa, jossa yksilön sukupuolella ei olisi mitään vaikutuksia hänen persoonaansa ja suhteisiin muiden henkilöiden kanssa. Ongelmana ei voida pitää sukupuolta sinänsä vaan sitä, että yksilön tulee käytännössä identifioida itsensä jompaankumpaan sukupuoleen kuuluvaksi. Sukupuolidentiteettiä ei voida pitää subjektiivisena määritelmänä, sillä se määrittyy yhteiskunnallisista lähtökohdista käsin ja näyttäytyy myös juridisesti tunnustettuna kokonaisuutena.<sup>224</sup> Lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen taustavaikuttajaksi voidaan nähdä vahva sukupuolistereotypioihin perustuva normien tulkinta. Juridinen normisto lähtee siitä, että yksilön tulee käyttäytyä sukupuolirooliinsa kuuluvien ennakkoasenteiden mukaisesti. Sukupuoleen liitettävät ominaisuudet nousevat esiin yhteiskunnallisella, vuorovaikutuksellisella

---

<sup>223</sup> Tasavallan presidentin asetus ihmisoikeuksien ja ihmisarvon suojaamiseksi biologian ja lääketieteen alalla tehdyn yleissopimuksen sekä siihen liittyvien ihmisten toisintamisen kieltämisestä ja ihmisalkuperää olevien elinten ja kudosten siirroista tehtyjen lisäpöytäkirjojen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta annetun lain voimaantulosta, joka astui voimaan Suomen osalta 01.03.2010.

<sup>224</sup> Reed 2005: 50–51.



sekä yksilöiden välisellä tasolla. Sukupuolen ensisijainen määrittäminen biologisesti on edesauttanut sukupuoliroolien syntymistä. Sukupuolen sosiaalinen ulottuvuus on sen sijaan avannut väylän sukupuolen ja seksuaalisuuden moninaisuuden tunnustamiselle.<sup>225</sup>

Tästä suuntauksesta huolimatta voidaan yhä puhua sukupuolieron merkityksellisyydestä oikeudellisessa normistossa. Tasa-arvolain tarkoituksena on muun muassa estää sukupuoleen perustuvaa syrjintää ja edistää naisten ja miesten välistä tasa-arvoa (1 §) Perustuslain mukaan ketään ei saa asettaa eriarvoiseen asemaan muun muassa sukupuoleen tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Yhä on siis havaittavissa juridinen kokonaisuus, jossa jokainen yksilö on asetettava kaksiluokkaisen sukupuolijärjestelmän jompaankumpaan luokkaan.<sup>226</sup> Tämä toteutuu siitäkin huolimatta, ettei sukupuolen määritelmää juuriakaan esiinny lainsäädännössä. Niemen mukaan tarvittaisiin uudenlaista teoreettista keskustelua sukupuolen ja seksuaalisuuden erojen logiikasta ja niiden yhteisöllisesti muovautuvasta luonteesta. Niemen mukaan oikeutta voidaan pitää rajanvetojen ja kategorioiden tuottamisena ja soveltamisena. Sukupuolentutkimuksella on merkittävä rooli näiden kategorioiden määrittämisessä. Oikeuden ja sukupuolen tutkimuksen haaste on oikeusteoreettinen. Kysymys on siitä, miten me luomme eroja ja miten rajanvetoja toteutetaan oikeuden sisällä.<sup>227</sup> Sukupuoliroolien tutkiminen avaa mahdollisuuden kyseenalaistaa lisääntymisvapautta ja sitä myöten lisääntymiskyvyttömyys vaatimuksen argumentointia.

Länsimaisen lääketieteen mukaan biologista sukupuolta pidetään ongelmattomana, ankarasti luonnon maailmaan sijoittuvana kantana, jonka määrittämiseen emme voi vaikuttaa. Myös poliittisessa ja laajemmassa yhteiskunnallisessa kontekstissa on hyväksytty biologinen sukupuoli,<sup>228</sup> jonka voidaan katsoa heijastuvan myös lainsäädäntöön. Perhe-oikeudellisessa ympäristössä on kuitenkin havaittavissa muutos. Tässä muutoksessa henkilön sukupuolen ja avioliittollisen sitoutumisen korostamisen sijaan painotetaan enemmän henkilön identiteettiin perustuvaa tulkintaa. Juridista sukupuolta määrittelevät kategoriat ja fyysiset lisääntymisominaisuudet luovat risteyskohtia, joissa yksilöiden erilaiset oikeu-

---

<sup>225</sup> Niemi 2015: 1027, 1036.

<sup>226</sup> Nousiainen 1998: 1021.

<sup>227</sup> Niemi 2015: 1038–1039.

<sup>228</sup> Tripodi 2011: 43.

det, vaatimukset ja toiveet kohtaavat. Se miten yksilöt nähdään subjekteina suhteessa toisiinsa kumppaneina, vanhempina tai lapsina riippuu pitkälti poliittisesti ja oikeudellisesti luoduista mahdollisuuksista.<sup>229</sup> Tarkasti määritellyt oikeudelliset ja yhteiskunnalliset sukupuoliroolit eivät toteuta näiden kategorioiden ulkopuolelle päätyviä tapauksia. Ennalta määrättyjen sukupuoliroolien sijasta tulisi keskittyä sukupuoli-identiteetin moninaisuuden turvaamiseen ihmisoikeusperusteisesti. Hart esittää väitöskirjatutkimuksessaan samaa. Hartin mukaan sukupuoliherkkä tulokulma ihmisoikeusperusteisessa lain tulkinnaassa esimerkiksi isyyden ja äitiyden määrittelyssä on tarpeellista monessa toimintaympäristössä.<sup>230</sup>

#### 4.3. Onko erilaiselle kohtelulle oikeutusta?

Tutkimuksessa korostuu heteronormatiivisuuden kritiikki. Tästä johtuen on mielekästä kohdentaa pohdintaa myös siihen, milloin heteronormatiivisuuden voidaan katsoa olevan oikeutettua. Toisin sanoen, onko olemassa tapauksia, jolloin heteronormatiivisen lainsäädännön ei voida katsoa asettavan seksuaali- ja sukupuolivähemmistön edustajien perhe ja yksityiselämää tai vanhemmuutta eriarvoiseen asemaan? Erilainen kohtelu voidaan oikeuttaa, mikäli sille on hyväksyttävä syy. Perustuslain 6 § mukaan ketään ei saa asettaa eriarvoiseen asemaan muun muassa sukupuolen tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Tasa-arvolain tehtävänä on miesten ja naisten välisen tasa-arvon lisäksi estää myös sukupuoli-identiteettiin ja sukupuolen ilmaisuun perustuvaa syrjintää (1 §). Syrjinnän vastaisen oikeuden ytimessä ovat syrjintäkiellot. Näissä kielloissa sanktioidaan henkilön asettamisesta huonompaan asemaan jonkin henkilöstä riippuvan syyn perusteella. Syrjinnän vastaisen oikeuden tavoitteeksi voidaan asettaa yhtäläinen kohtelu ja suojan kohteeksi yhtäläiset mahdollisuudet. Pylkkäsen mukaan syrjinnän vastaisen oikeuden tarkoituksiksi voidaan esittää se, ettei henkilöön liittyvien seikkojen vaikutus yhtäläisistä mahdollisuuksista nauttimiseen tule estetyksi.<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> Hart 2016a: 569.

<sup>230</sup> Hart 2016b: 3.

<sup>231</sup> Pylkkänen 2010: 6.

Syrjinnän toteaminen ei edellytä näyttöä tahallisuudesta tai tuottamuksesta. Eriarvoisen aseman toteaminen kuitenkin vaatii useimmissa tapauksissa vertailua tai vertailukelpoista tilannetta. Tämä edellytys tekee syrjintänormiston käyttöalasta suhteellisen kapean, sillä verrokin löytäminen tai asianmukaisen vertailukohdan löytäminen voi olla haastavaa.<sup>232</sup> Lainsäädännön haasteeksi voidaankin osoittaa sellaisen normiston luominen, joka on tarpeeksi herkkä kieltääkseen ja huomatakseen negatiivisia eroavaisuuksia. Toisaalta sen pitäisi samanaikaisesti sallia ja jopa tukea positiivista erilaisuutta. Haasteeksi nousee myös se, missä laajuudessa syrjintälainsäädännön tulisi turvata oikeuksia. Tuleeko suojan toteutua jokaisella elämän alueella, vai keskittykö se suojaamaan esimerkiksi työ- ja koulutusmahdollisuuksia? Se millaisia eroavaisuuksia lainsäädäntö pyrkii suojelemaan, on pitkälti riippuvainen siitä, millaisessa poliittisessa ja sosiaalisessa ympäristössä syrjintälainsäädäntö operoi. Yhteiskunnallinen todellisuus luo puitteita sille, miten syrjintälausekkeet korostuvat kussakin maassa. Tiettyjen vähemmistöjen oikeudet korostuvat luultavammin niissä maissa joissa ne ovat huonoimmassa asemassa tai niissä maissa joissa vähemmistöjenedustajat kokevat saavansa tilaa toteuttaa ja vaatia oikeuksiaan. Itsestään selvänä ei voi pitää sitä, että syrjintälausekkeen olemassaolo estää syrjinnän. Syrjinnänvastainen toiminta ennakoivasti ja jälkikäteisesti vaatii aina aktiivisia toimia julkiselta vallalta. Siksi tiettyjen oikeuksien korostumisen tai toisten vaipumisen voidaan katsoa korostavan arvopoliittisia valintoja päättäjien taholta.<sup>233</sup>

#### 4.3.1. Lapsen etu

Erilaisen kohtelun oikeutusta voidaan lähestyä lapsen edun kautta. Lapsen oikeuksia koskevassa YK:n yleissopimuksessa (SopS 59–60/1991)<sup>234</sup> määrätään, että kaikissa julkisen tai yksityisen sosiaalihuollon, tuomioistuinten, hallintoviranomaisten ja lainsäädäntöelinten toimissa, jotka koskevat lapsia tulee ottaa huomioon lapsen etu. Lapsen edun käsitettä voidaan pitää lasta koskevan päätöksenteon ja toimenpiteiden ohjaajana. Lapsen edun käsitteen voidaan katsoa muotoutuvan osallisuudesta ja suojelusta. Enenevässä määrin lapsi nähdään itsenäisenä subjektina, jolla on oikeus vaikuttaa omiin asioihinsa. Toisaalta

<sup>232</sup> Pyllkkänen 2010: 13 sekä Nousiainen 2012: 432.

<sup>233</sup> Fredman 109–110.

<sup>234</sup> Asetus lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen voimaansaattamisesta sekä yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta. (60/1991). 21.08.1991.

lapselle on annettava mahdollisuus luottaa vanhempiensa huolenpitoon ja kykyyn järjestää tämän asiat lapsen edun mukaisella tavalla.<sup>235</sup> Lapsen etu on aina yksilöllinen ja sidottu lapsen sen hetkiseen elämäntilanteeseen. Lapsen etua harkittaessa tulee ottaa huomioon mahdollisuuksien mukaan lapsen toivomukset, mielipiteet ja yksilölliset tarpeet.<sup>236</sup> Viimekätinen lapsen edun arviointi kuuluu tuomioistuimelle.<sup>237</sup>

Lapsen edun voidaan katsoa olevan kaikessa lasta koskevassa päätöksenteossa toteutettava periaate. Lapsen edun perimmäinen ulottuvuus kytkeytyy lapsen omaan tahtoon, päätöksenteon osallistumismahdollisuuksiin ja siihen, että lapselle taataan hänen etunsa mukainen kasvuympäristö. Niemisen mukaan YK:n lapsen oikeuksien sopimuksessa mainittu lapsen etu edellyttää, että kaikkien parien lapsia kohdellaan samalla tavalla. Esimerkiksi rekisteröidyissä parisuhteissa elää joka tapauksessa lapsia, joten olisi heidän etunsa mukaista, että heidän oikeudellinen asemansa olisi mahdollista saattaa samantyyppiseksi kuin avioliitossa olevien parien lasten asema on.<sup>238</sup> Tulisi siis kiinnittää huomiota lapsen oikeudellisen aseman turvaamisen kaikissa perhemuodoissa. Tämä olisi aiheellista myös siksi, että lapsen edun kannalta sosiaalisen vanhemman rooli voi joissakin tapauksissa korostua. Ensimmäisessä pääluvussa tarkastelun kohteena ollut oikeustapaus KKO:2001:110 osoittaa, että sosiaalisen vanhempaan syntynyt suhde voi joissakin tapauksissa esiintyä biologisuutta vahvempana. Tapauksessa lasten edun mukaiseksi katsottiin, että he saivat jäädä asumaan kuolleen äitinsä puolison luokse, jonka kanssa lapset olivat asuneet useita vuosia. Tähän henkilöön lapsilla katsottiin olevan ulkomailla asuvaa biologista isäänsä vahvempi suhde. Oikeustapauksen ratkaisun eriävissä mielipiteessä oikeusneuvos Koskelo esitti seuraavaa, vaikka päätyikin eriävillä ratkaisuperusteilla samaan lopputulokseen kuin enemmistö:

”Biologinen vanhemmuus sinänsä ei anna lapsen vanhemmalle etusijaa huollosta päätettäessä, vaan ratkaiseva merkitys on sillä, miten lapsen etu parhaiten toteutuu. Siinäkin tapauksessa, että biologinen vanhempi on sinänsä sopiva huoltajaksi, voi lapsen etu edellyttää huollon uskomista sellaiselle muulle henkilölle, johon lapselle on muodostunut läheinen ja huollon tarkoituksen toteutumisen kannalta myönteinen suhde.”<sup>239</sup>

---

<sup>235</sup> Parkkisenniemi 2017: 45.

<sup>236</sup> Knuutila & Heiskanen 2014: 315.

<sup>237</sup> Salminen, Burrell & Lehtonen 2007: 358.

<sup>238</sup> Nieminen 2004: 613.

<sup>239</sup> KKO:2001:110.

Voidaanko lapsen edun periaatteella puolustaa heteronormatiivista perhelainsäädäntöä vai tulisiko lapsen edun periaatteen olla vähemmistö ja enemmistö edustajien konfliktin ratkaisija? Tutkimukset ovat osoittaneet, että lapset oppivat sukupuolirooleihin liitettäviä stereotyyppisiä käyttäytymismalleja havainnoimalla lukuisia eri henkilöitä. Nämä henkilöt ovat vanhempien lisäksi myös muita aikuisia ja samaa ikäluokkaa olevia ystäviä. Stereotyyppisen käyttäytymisen ei kuitenkaan voida katsoa juontuvan yksilöiden toteuttamista käyttäytymismalleista vaan pikemminkin stereotyyppisistä sukupuolirooleihin liitettävistä ominaisuuksista. Nämä stereotyyppiset käyttäytymismallit ovat vahvasti esillä yhteiskunnassa ja lasten voidaan katsoa havaitsevan niitä jo kahden vuoden iässä.<sup>240</sup> Näin ollen ainakaan isähahmon tai äitihahmon puutteella ei voida argumentoida heteronormatiivisuuden hyväksi, sillä lapsi oppii käyttäytymismalleja muualtakin kuin perheen sisäisestä toiminnasta.

Lapsen edun käsitettä on kritisoitu siitä, että sen sisältö määräytyy helposti enemmän aikuisten kuin lasten intressien perusteella.<sup>241</sup> Kun tehdään analyysia siitä, onko lapsen vanhempien erilainen kohtelua seksuaali- ja sukupuolivähemmistöön kuuluvan perheen kohdalla oikeutettua, tulee huomio kiinnittää aikuisen oikeuksista lapsen oikeuksiin. YK:n lapsen oikeuksien sopimuksen 2 artiklan (SopS 59–60/1991) mukaan lasten on saatava nauttia oikeuksistaan ilman syrjintää. Syrjintäkielto koskee niin lasta itseään sekä nimenomaisesti myös tämän vanhempiaan tai huoltajaansa. Lapsen oikeuksien sopimuksesta voidaan siis johtaa myös vanhempien syrjintää suojaava lauseke. Se edellyttää, ettei kenenkään vanhempia aseteta eriarvoiseen asemaan sukupuolen, mielipiteen tai muun henkilöön kohdistuvan seikan perusteella. Sopimuksen 2 artikla nimenomaisesti määrää:

*Sopimusvaltiot ryhtyvät kaikkiin tarpeellisiin toimiin varmistaakseen, että lasta suojellaan kaikenlaiselta syrjinnältä ja rangaistukselta, jotka perustuvat hänen vanhempiansa tai laillisten huoltajiensa tai muiden perheenjäsenten asemaan, toimintaan, mielipiteisiin tai vakaumuksiin.*

Fredmanin mukaan yhdenvertaisuuden tulee aina näyttäytyä symmetrisenä. Yhdenvertaisuuden on oltava suojeluelementtinä yhtä vahva kaikissa tapauksissa.<sup>242</sup> Eikä se voi esiin-

---

<sup>240</sup> Banhaim, Sclater & Richards 1999: 163.

<sup>241</sup> Koivurova & Pirjatanniemi 2013: 142.

<sup>242</sup> Fredman 2011: 234.

tyä erilaisina perusteina yksilötasolla. Yhdenvertaisuus velvoittaa, että kaikki ovat yhdenvertaisia lain edessä. Julkisen vallan tulisi kohdella kansalaisiaan tasa-arvoisesti, ilman yhdenkään suosimista tai syrjintää.<sup>243</sup> Vanhemmuuden juridinen määritelmä perustuu pitkälti biologisuudelle, jonka ei voida katsoa huomioivan perheiden moninaisuutta eikä lapsen etua. Yhdenvertaisuus vaatii symmetristä lain soveltamista ja sitä, että kaikkia kohdellaan lain edessä yhdenvertaisina.

---

<sup>243</sup> Fredman 2011: 235.

## 5. JOHTOPÄÄTÖKSET

### 5.1. Miksi heteronormatiivisuuden kritiikki on aiheellista?

Lainsäädännön heteronormatiivisuus näyttäytyy eri maissa eri tavalla. Näistä maakohtaisista variaatioista huolimatta on havaittavissa universaali jatkumo, jossa ei-heteroseksuaaliset henkilöt on pysytetty avioliittoinstituution ulkopuolella. Tämän jatkumon voidaan katsoa ilmentävän sen maailmanlaajuisen hegemonian hyväksyntää, joka heteronormatiivisuuden ympärillä on.<sup>244</sup> Avioliittoinstituution merkitys näiden vähemmistöjen kohdalla on oleellinen, sillä tällä hetkellä kansainväliset ihmisoikeussopimukset ovat jättäneet avioliiton määritelmän kansallisten tahojen säänneltäväksi. Avioliiton erkaantuminen heteronormatiivisuudesta voisi edesauttaa myös perhemuotojen moninaisuuden tunnustamisessa. Siksi avioliittoinstituution purkaminen vaikuttaisi myös vanhemmuutta ja perhettä koskevaan juridiseen ainekseen. Tällä hetkellä heteronormatiivisuus johtaa seksuaali- ja sukupuoli-vähemmistöön kuuluvien perheissä siihen, ettei näiden perheiden uniikkia luonnetta ja tarpeita oteta riittävässä määrin huomioon.<sup>245</sup> Heteroseksuaalisen perheen institutionalisointi välittyy lainsäädännön heteronormatiivisesta perustasta sekä siitä, miten yhteiskunnassa käsitellään tästä normista poikkeavia tapauksia. Lapsen kehityksen ja kasvun kannalta, on edelleen vallalla käsitys siitä, että lapsen sukupuoli-identiteetin kehittyminen vaatii heteroseksuaalisen parisuhteen omaavat vanhemmat.<sup>246</sup>

Hartin mukaan parisuhteiden tunnustaminen eli avioliiton solmiminen ja juridisten vanhemmuussuhteiden luominen eli polveutuminen tulisi selvemmin erottaa toisistaan. Jo ennen sukupuoli-identiteetin tai seksuaalisen suuntautumisen tuomia jännitteitä, perhelainsäädännössä oli havaittavissa jatkumo, jossa avoliitot ja avioliiton ulkopuolella syntyvät lapset vaikuttivat liittojen solmimisen ja polveutumisen erkaantumiseen<sup>247</sup>. Seksuaalisuuden liittäminen lisääntymiseen, on yksi niistä tekijöistä, jotka ovat vaikuttaneet

---

<sup>244</sup> Johnson 2011: 352.

<sup>245</sup> Van Eeden-Moorefield, Martell, Williams & Preston (2011): 563.

<sup>246</sup> HE 3/2006 vp s. 15.

<sup>247</sup> Hart 2016a: 570.

heteronormatiivisen lainsäädännön syntyyn ja ylläpitoon. Tosiasiallisesti seksuaalisuuden voidaan katsoa yhä enemmän irtautuvan tästä perheen jatkamisen roolista<sup>248</sup>.

Oikeuden pintatason ja oikeuskulttuurin muutokset vaativat taakseen oikeuden syväkenteesta kumpuavaa argumentointia. Tuorin mukaan oikeuden normatiiviseen syväkenteeseen kuuluvat ihmisoikeudet yleisinä normatiivisinä ideoina, muut oikeusvaltiota luonnehtivat periaatteet ja demokratiaperiaate.<sup>249</sup> Oikeusvaltio on peruste, jolla koko oikeusjärjestys voidaan oikeuttaa. Yhteiskunnan tulee olla lainmukainen noudattaakseen oikeusvaltion periaatetta. Jos oikeusjärjestys ei noudata oikeusvaltion ideaa, tai herää epäily siitä, käytetäänkö oikeusjärjestystä vallankäytön välineenä tai onko sen tarkoituksena sortaa heikompia ei oikeusvaltion idea toteudu. Vaikka oikeusvaltiota voidaan pitää epämääräisenä ideaalina, voidaan sen katsoa johtavan oikeudellista ajattelua.<sup>250</sup> Oikeusvaltiollisuus edellyttää demokratiaa ja oikeusturvaa. Heteronormatiivisen lainsäädännön monopoliasemaa perheoikeudessa voidaan ehkä kyseenalaistaa oikeusvaltioperiaatteen avulla. Tämä kyseenalaistus on aiheellista myös siksi, että perheoikeuden heteronormatiivinen luonne luo jännitteitä ihmis- ja perusoikeuksiin.

## 5.2. Kirjoitettu laki yhteiskuntaelämän ohjauksen välineenä

Oikeuden irtautuminen yhteiskuntasuhteista eriytti sen omaksi suljetuksi järjestelmäkseen. Modernin oikeuden tavoitteena on luoda muodollinen, yhtenäisesti sovellettu ja kaikkia samalla tavalla koskeva oikeusjärjestys. Oikeuden irtautuminen sosiaalisista valtasuhteista ja moraalisesta sisällöstä johti oikeussubjektien syntyyn ja demokraattiseen vallankäyttöön.<sup>251</sup> Modernissa oikeudessa valtion toimielimillä, erityisesti lainsäätäjällä, lainsäädännön toimeenpanovallalla ja lainsäädäntöä soveltavilla tuomioistuimilla on merkittävä rooli siinä millaisin säännöin ja mihin suuntaan yhteiskuntaa ohjataan. Modernin oikeiden voidaankin katsoa irtautuneen tapaoikeudellisesta kehityslinjasta. Tapaoikeu-

---

<sup>248</sup> Ojala 2001: 47.

<sup>249</sup> Tuori 2003: 61–62.

<sup>250</sup> Lindroos-Hovinheimo 2014: 27–29.

<sup>251</sup> Nousiainen & Pylkkänen 2001: 92,94.



dellinen kehitys historian saatossa loi käsityksen siitä, että oikeus muodostuu vakiintuneiden ja hyväksytyjen käytäntöjen kautta. Oikeutta voidaan pitää tavoitteellisenä välineenä. Oikeuden tavoitteellisuus alistaa oikeuden valtiolle, jolloin valtiolliset toimielimet voivat muokata yksilön oikeuksia ja velvollisuuksia.<sup>252</sup>

Modernin oikeuden alussa perheen sisäisten asioiden ja henkilökohtaisten suhteiden katsottiin kuuluvan oikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle. Perheen rooli moraalisen ja eettisenä instituutiona sisälsi selkeitä sukupuolirooleja, jotka eriytyivät moraaliperiaatteiksi oikeasta ja väärästä sukupuolittuneesta käytöksestä.<sup>253</sup> Perheen symbolinen rooli esiintyy nyky-yhteiskunnassa lähes samanlaisena institutionaalisenä ilmiönä kuin uuden ajan alussa. Oikeuden tehtävänä on ohjata ja säädellä yhteiskunnallista elämää. Sääntelyn tarkoituksena on arvokkaina pidettyjen asiointilojen saavuttaminen ja ylläpito. Oikeudellisen sääntelyn myötä yhteiskunnallisen elämän ennustettavuus ja yksilöiden väliset sekä yksilön ja julkisen vallan väliset suhteet vakautuvat. Oikeusnormin taustalla on aina jokin arvo ja tavoite, joka kuvastaa yhteiskunnan sen hetkistä oikeudellista tilaa tai tilaa johon tahdotaan päästä.<sup>254</sup> Oikeudellisen sääntelyn tavoitteena on siis säädellä yhteisön elämää vaalien yhteisön yleisesti hyväksymiä arvoja. Yhteiskunnallinen keskustelu ohjaa uuden lainsäädännön syntyä ja vanhojen normien purkua, mutta toisaalta myös lainsäädännön tehtävänä on ohjata yhteiskunnallisia arvostuksia. Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen ympärillä esiintyy edelleen paljon ennakoasenteista käyttäytymistä ja suoranaista syrjintää. Lainsäädännöllä on pyritty vaikuttamaan tämän yleisen ilmapiirin muutokseen.

Heteronormatiivisuuden purku voi johtaa osaltaan myös sukupuoliroolien uudelleen järjestäytymiseen. Johnson esittää, että heteronormatiivisuuden tarkastelun avulla voidaan kyseenalaistaa sosiaalisen hegemonian olemassaolo. Tässä sosiaalisessa hegemoniassa sukupuoli ja biologiset eroavaisuudet sukupuolten välillä näyttävät heteronormatiivisen elämänmuodon tarpeellisuuden osoittajina. Sen sijaan niiden avulla voitaisiin nimenomaan purkaa ja kyseenalaistaa näiden tekijöiden tarpeellisuus.<sup>255</sup> Tämä kyseenalaista-

---

<sup>252</sup> Soinin 2017: 676.

<sup>253</sup> Nousiainen & Pylkkänen 2001: 95.

<sup>254</sup> Wennberg 2001: 107–108.

<sup>255</sup> Johnson 2012: 47.

minen voi edesauttaa välillisesti myös sukupuolten välisen tasa-arvon toteutumista. Historiallisesti määräytyneiden sukupuoliroolien murtaminen voi luoda avoimemman keskustelupohjan myös sukupuoli-identiteettikysymyksiin.

### 5.2.1. Demokratiaperiaate ja vähemmistöoikeudet

Tuorin mukaan demokraattisessa lainsäätämässä syntyy kansalaisten yhteisiin mielipiteisiin ja vakaumuksiin perustuvaa kommunikatiivista valtaa. Demokraattisessa oikeusvaltiossa kommunikatiivisen vallan katsotaan rajoittavan hallinnollista valtaa, jota julkinen valta voisi hyödyntää pakkoon perustuen. Demokraattinen lainsäätäminen edellyttää laajaa ja vilkasta julkista keskustelua siitä mitä ollaan säätämässä.<sup>256</sup> Ilman tätä kommunikointia koko demokratian periaatteen voidaan katsoa murenevan. Koska demokratia perustuu avoimelle julkiselle keskustelulle, tulisi tässä keskustelussa näkyä kaikkia äänenpainot. Demokraattinen päätöksenteko on enemmistöperiaatteeseen nojaavaa. Sen ei kuitenkaan tulisi toimia niin, että enemmistön mielipiteet ja näkemykset monopolisoivat vähemmistöjen elämänpiiriä. Sen sijaan kommunikatiivinen valta voisi toimia vähemmistöjen paremman aseman tavoittelussa. Demokratia on kommunikatiivisen luonteensa vuoksi olennainen puhevallan toteutumisen väylä. Mäntylän mukaan puhevaltaa voidaan pitää demokratian alakäsitteenä, mutta toisaalta sille tulisi antaa myös itsenäinen funktio. Puhevallan kautta demokratian voidaan katsoa toteutuvan.<sup>257</sup>

Demokratian enemmistöluonne ei saa lainsäädäntömenettelyssä syrjäyttää vähemmistöoikeuksien toteutumista. Perusoikeuksien kautta demokraattinen enemmistöpäätöksentekoon perustuva parlamentarismi antaa erilaisille vähemmistöille oikeussuojaa enemmistövaltaa vastaan. Tämä ilmenee siitä, että näiden perusoikeuksien pitäisi yhdenvertaisesti turvata tasa-arvoinen oikeussuoja jokaiselle.<sup>258</sup> Perusoikeuksien vähemmistöoikeuksia suojaavan luonteen voidaan katsoa luovan oikeusturvaa ja rajoittavan julkisen vallan mielivaltaista toimintaa. Perusoikeuksien merkittävä rooli demokraattisessa lainsäätämässä

---

<sup>256</sup> Tuori 2001: 26.

<sup>257</sup> Mäntylä 2011: 40.

<sup>258</sup> Rasilainen 2008: 735.

ja poliittisessa päätöksenteossa on avain asemassa myös seksuaali- ja sukupuolivähemmistöön kuuluvien henkilöiden perheoikeudellisessa määrittelyssä. Vähemmistöt saavat suojaa perusoikeuksien kautta, perusoikeudet ohjaavat koko julkisen valtakoneiston toimintaa ja päätöksenteossa perusoikeuksien universaali luonne muistuttaa enemmistöä vähemmistöjen oikeuksien huomioonottamisesta. Mutta minkä voidaan katsoa motivoivan vähemmistön poliittisen osallistumista tilanteessa jossa enemmistö on käytännössä pysyvä?<sup>259</sup> Jos heteronormatiivisuus on rakenteellinen tosiasia, miten vähemmistön edustajat motivoituvat saavuttaakseen muutoksen? Ratkaisu on enemmistössä itsessään, sillä vähemmistöön kuulumisen ei ole edellytys sille, että sen ryhmän oikeuksia haluaa tai voi ajaa.

Demokratian ihmiskeskeinen luonne, kuten Mäntylä sen esittää, kytkeytyy tiukasti itsemääräämisoikeuden käsitteeseen.<sup>260</sup> Itsemääräisoikeuden vaikutuspiiri taas on läheisesti yhteydessä tutkimuksen kysymyksenasetteluun. Perhettä, vanhemmuutta ja lisääntymisvapautta käsittelevä juridinen aines on henkilökohtaisen autonomian ytimessä. Kun taas perhelainsäädännössä ja ihmis- sekä perusoikeusdiskurssissa korostuu ihmiskeskeisyys. Yhdessä ne voivat edesauttaa luomaan paremman juridisen kokonaisuuden seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen perheoikeudellisen aseman määrittelyssä. Toisaalta tuomioistuinkäytännöt voivat ehkä tuottaa vielä parempia tuloksia. Kansallisella tasolla tuomioistuinkäytäntö ei luo varsinaista oikeutta. Tuomioistuimen tehtävänä on vain tulkita ja toteuttaa oikeutta. Koska poliittinen koneisto on viime kädessä oikeudellisen normiston luomistyön takana, kuvastaa se helposti niitä arvoja, jotka enemmistössä ovat vallalla. Mikäli vähemmistöedustajien arvot eivät kuvasta samoja kokonaisuuksia voivat ne jäädä vähemmälle huomiolle. Mäntylän mukaan perusoikeuksien vahvistuminen tuomioistuinkäytännössä mahdollistaa moraalisen ja eettisen ulottuvuuden huomioimisen. Lainsäätämässä tämä ulottuvuus voi jäädä instrumentaalisuuden jalkoihin.<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> Lagerspetz 2013: 22.

<sup>260</sup> Mäntylä 2011: 41.

<sup>261</sup> Mäntylä 2011: 273.

### 5.3. Perhe -käsitys murroksessa

Perheoikeuden yhdeksi ongelmaksi voidaan osoittaa se miten pitkälle perhelainsäädännön tulisi ulottua. Tulisiko perhelainsäädännön keskittyä suojelemaan perheen yksilöiden oikeuksien toteutumista vai keskittyä turvaamaan perheen oikeuksia ryhmänä ja yhteisönä?<sup>262</sup> Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöön kuuluvien henkilöiden vanhemmuuden osalta korostuu yksilönäkökulma. Kun taas perhemuotojen moninaisuuden takaaminen vaatii perheen ymmärtämistä yksikkönä. Periaatteessa käsitellään samaa asiaa, sillä vain tulokulma on erilainen. Myös vanhemmuuden määritelmä on herättänyt keskustelua. Yhä enenevässä määrin vanhemmuuden määrittelyssä korostuu lapsen etu ja lapsen tarpeiden huomioiminen.<sup>263</sup> Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen voidaan katsoa tukevan tämän kaltaista lapsen edusta lähtökohtaisesti nousevaa vanhemmuuden tulkintaa. X, Y and Z v. The United Kingdom -tapauksen perusteluissa EIT nimenomaisesti mainitsee, että lapsen etua tulee pitää tärkeänä jopa johtavana periaatteena perheoikeudellisissa kysymyksissä.<sup>264</sup>

Sosiologiset, historialliset ja antropologiset tutkimukset ovat osoittaneet, ettei ole olemassa yhtä transkulttuurista perhemuotoa, jonka varaan lainsäädäntö voitaisiin perustaa.<sup>265</sup> Siksi perhelainsäädännön tulisikin huomioida perhemuotojen moninaisuus ja pyrkiä takaamaan vanhemmuuden juridinen olemus jokaiselle yksilölle. Kytölä toteaa artikkelissaan, että perheiden moninaistumisen myötä on tehty joitakin lainsäädännöllisiä muutoksia, mutta ne on toteutettu pistemäisesti. Varsinaiseen perheoikeudelliseen kokonaisuutta sääntelevään järjestelmään ei ole puututtu.<sup>266</sup> Sen seurauksena on säilynyt moralistisia perhekäsityksiä heijasteleva juridinen kokonaisuus. Perheoikeudelliset lainsäädäntömuutokset ovat kiinnittäneet huomiota vain yksittäisiin epäkohtiin. Tämän vuoksi perhemuotojen moninaisuus taikka seksuaali- ja sukupuolivähemmistöjen oikeudet eivät ole täysin läpäisseet sääntelyn eri tasoja. Perus- ja ihmisoikeuksien ja lapsen edun huo-

---

<sup>262</sup> Banhaim, Sclater & Richards 1999: 6.

<sup>263</sup> Banhaim, Sclater & Richards 1999: 7.

<sup>264</sup> X, Y and Z v. The United Kingdom 22.04.1997.

<sup>265</sup> Collier 1995: 50–51.

<sup>266</sup> Kytölä 2017 330.

mioiminen edellyttää perheoikeudellisen kokonaisuuden perustumista yksilöihin ja joustavampaan sääntelyyn. Huomio onkin loppujen lopuksi siinä, että vanhemmuus ja perhe edellyttävät lapsia ja nämä lapset elävät nykyisin monenlaisissa perheissä. Perheiden moninaistumisen myötä ydinperherakenteeseen sitoutuva järjestelmä ei välttämättä ole kaikkein toimivin ratkaisu.<sup>267</sup>

---

<sup>267</sup> Kytölä 2017: 343.

**LÄHDELUETTELO**

- Aarnipuu, Tiia (2006). Tasa-arvonäkökulmia avustettuun lisääntymiseen. *Oikeus* 3, 449–454.
- Anttila, Outi (2008). Sukupuolisyrynnän kieltö Suomen ja EU:n Oikeudessa. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Anttila, Outi (2013). Kohti tosiasiallista tasa-arvoa? Sukupuolisyrynnän kiellot oikeudellisen pluralismin aikana. Helsinki: Suomen lakimiesyhdistys.
- Austin, W. Michael (2007). *Conceptions of Parenthood. Ethics and the Family.*
- Ball, A. Carlos (2012). *The Right to Be Parents – LGTB Families and the Transformation of Parenthood.* New York University Press.
- Bainham, Andrew, Shelley Day Scalter & Martin Richards (1999). *What is a parent? A Socio-Legal Analysis.* Oxford: Hart Publishing.
- Benvenisti, Eyal (1999). Margin of appreciation, consensus and universal standards. *International Law and Politics* vol. 31:843, 843–854.
- Burrell, Riitta (2001a). Sijaissyntyjärjestelyt – oikeudellisia näkökohtia. *Lakimies* 5, 1000–1007.
- Burrell, Riitta (2001b). Katkelmia avustetusta lisääntymisestä. *Lakimies* 6–7, 1103–1134.
- Burrell, Riitta (2006). Ihmisen toisintaminen kloonaamalla. Teoksessa *Bio-oikeus lääketieteessä*, 63–79. Edita. Helsinki

- Burrell, Riitta (2011). Sijaissynnytysjärjestelyt – oikeudellisia näkökohtia. *Lakimies* 5, 1000–1007.
- Collier, Richard (1995). *Masculinity, Law and Family*. Taylor & Francis.
- De Brouwer, Anne Marie L.M (2005). *Supranational criminal prosecution of sexual violence – the ICC and the practice of the ICTY and the ICTR*. Oxford: Insertia.
- Ervasti, Kaijus (2011). Oikeussosiologia ja oikeuspoliittinen tutkimus osana oikeustiedettä. *Oikeustiede-Jurisprudentia* 2011:XLIV, 65–132.
- Frati, Paola, Francesco Busardó, Gianluca Montanari Vergallo, Arianna Pachiarotti & Vittorio Fineschi (2015). Surrogate motherhood: Where Italy is now and where Europe is going. Can genetic mother be considered the legal mother? *Journal of Forensic and Legal Medicine* 30, 4–8.
- Fredman, Sandra (2011). *Discrimination Law*. Second edition. Oxford university press. New York.
- Gottberg, Eva (2000). Isyys – oikeustapauskommentti. *Oikeustieto* 5, 4–6.
- Giarni, A (2015). Sexuality, health and human rights: The invention of sexual rights. *Sexologies* 24, 45–53.
- Graupner, Helmut (2005). Sexuality and human rights in Europe. *Journal of Homosexuality* 48:3–4, 107–139.
- Hart, Linda (2016a). Relational subjects – Family relations, law and gender in the European Court of Human Rights. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Hart, Linda (2016b). Suhteiset subjektit – Perhesuhteet, oikeus ja sukupuoli Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. *Oikeus* 4, 568–571.

- Hirvelä, Päivi (2011). Ihmisoikeusvalitusten tutkiminen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. *Defensor Legis* 4, 393–411.
- Johnson, Paul (2011). Challenging the heteronormativity of marriage: the role of judicial interpretation and authority. *Social & Legal studies* 3, 349–367.
- Johnson, Paul (2012). Heteronormativity and the European Court of Human Rights. *Law critique* 23, 43–66.
- Johson, Paul (2013). *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. Routledge: A GlassHouse Book.
- Jyränki, Juulia (2009). Seksuaalinen syrjimättömyys ja Euroopan unionin oikeus – näkökulmia seksuaalisten oikeuksien markkinataloudellistumiseen. *Oikeus* 2, 99–118.
- Jämsä, Juha (2008). *Sateenkaariperheet ja hyvinvointi. Käsikirja lasten ja perheiden kanssa työskenteleville*. Juva: WS Bookwell Oy.
- Kangas, Urpo (2012). *Perhe- ja perintöoikeuden alkeet*. Helsingin yliopisto. Helsinki.
- Timo Koivurova & Elina Pirjatanniemi (2013). *Ihmisoikeuksien käsikirja*. Tietosanoma.
- Kolehmainen, Antti (2014). Syntynyt vai siitetty – Keinohedelmöitetyn lapsen oikeudesta perintöön. *Oikeustiede – Jurisprudentia XLVII*, 61–118.
- Kolehmainen, Antti (2015). Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä. Teoksessa oikeustieteellinen opinnäyte – Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta, 1–23. Toim. Tarmo Miettinen. Edilex 2015.



Knuutila, Reija & Heiskanen, Heta (2014). Lapsen etu viranomaistoiminnassa: katsaus eräisiin Maahanmuuttoviraston viimeaikaisiin kielteisiin päätöksiin. *Oikeus* 3, 314–321.

Kytölä, Marika (2017). Vanhempainraha: kertomus heteronormatiivisesta ydinperheestä. *Oikeus* 3, 329–346.

Lagerspetz, Eerik (2013). Hans Kelsenin demokratiateoria. *Oikeus* 1, 8–27.

Lehtonen, Lasse (2006). *Bio-oikeus lääketieteessä*. Helsinki: Edita Prima Oy.

Lindroos-Hovinheimo, Susanna (2014). *Oikeuden rajoilla*. Helsinki: Helsingin yliopisto.

Lowe, Nigel & Gillian Douglas (2007). *Bromley's Family law*. Tenth Edition. Oxford University Press.

Mäenpää, Olli (2008). *Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet*. Helsinki: Edita Publishing Oy.

Mäntylä, Niina (2011). *Luonnon edustajien puhevalta*. Vaasa: Vaasan yliopisto.

Niemi, Johanna (2015). Onko oikeus ja sukupuoli oikeudenala? *Lakimies* 7–8, 1022–1039.

Nieminen, Liisa (2004). Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia. *Lakimies* 4, 591–621.

Nieminen, Liisa (2013). *Perus- ja ihmisoikeudet ja perhe*. Helsinki: Talentum.

Nousiainen, Kevät (1998). Sukupuolierosta oikeudessa. *Lakimies* 6–7, 1014–1026.

- Nousiainen, Kevät & Any Pylkkönen (2001). Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. Helsinki.
- Nousiainen, Kevät (2012). Syrjintää vastaan – kepein vai porkkanoin? Turku: Turun yliopisto.
- Oikeusministeriö (2007). Työryhmämietintö. Kansainväliset isyyskysymykset. Helsinki.
- Oikeusministeriö (2013). Isyylain uudistamistyöryhmä. Isyylain uudistaminen. Helsinki.
- Oikeusministeriö (2014). Seksuaali- ja sukupuolivähemmistöön kuuluvien perus- ja ihmisoikeudet Suomessa. Helsinki.
- Ojala, Saara (2001). Eurooppalaistuva oikeuskulttuuri ja suomalainen parisuhdeoikeus – tutkimus kansallisen oikeuskulttuurin muutoksesta ja muutoksen syistä erityisesti perheoikeuden näkökulmasta. Edita.
- Ojanen, Tuomas (2015). Perusoikeusjuridiikka. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Ojanen, Tuomas (2016). EU-oikeuden perusteita 3., uudistettu painos. Keuruu: Edita.
- Parkkisenniemi, Laura (2017). Sovittelu perhe- ja lapsioikeudellisissa asioissa – kuinka lapsen etu toteutuu? Helsinki Law Review, 28–50.
- Pitkänen, Maija (2013). Euroopan ihmisoikeussopimuksen valtion positiiviset toimintavelvoitteet ja suhteellisuusperiaatteen huomioiminen. Lakimies 1, 55–73.
- Pylkkänen, Anu (2010). Syrjinnän ongelmalliset rajat – Perhe ja yksityiselämä syrjinnä vastaisen lainsäädännön risteymänä. Naistutkimus 4/2010. Turun yliopisto.
- Raitio, Juha (2014). Kontekstuaalisuus, Klamin finalismi ja EU-oikeus. Lakimies 4, 519–541.

- Rantala, Marjo (2016). Sukupuoleen sopeutunut – Intersukupuolisten ja transsukupuolisten henkilöiden oikeusasema Suomessa. *Oikeus* 45, 8–28.
- Rasilainen, Aki (2008). Onko perusoikeussäännösten soveltaminen lainsäädännössä ja lainkäytössä oikeudellinen ratkaisu? *Lakimies* 5, 723–746.
- Rautiainen, Pauli (2011). Moninaisuudessaan yhtenäinen Eurooppa: konsensusperiaate ja valtion harkintamarginaalioppi. *Lakimies* 6, 1152–1171.
- Reed, Robert (2005). Transsexuals and European Human Rights Law. *Journal of homosexuality* 3–4, 49–90. The Haworth Press Inc.
- Riekkinen, Pekka (2005). Ihmis- ja perusoikeudet: onko skepsis mielekäästä? *Oikeus – kulttuuria ja teoriaa* Juhlakirja Hannu Tolonen 2005 s. 171–200. Turun yliopisto.
- Rutanen, Eeva-Marja (2002). Hedelmöityshoitojen kehitys ja lainsäädäntö. *Duodecim* 118, 495–496.
- Salminen, Sakari (2006). Keinoalkuisen lapsen oikeusasema. *Bio-oikeus lääketieteessä*, 81–124. Edita. Helsinki.
- Salminen, Sakari (2007). Sijaissyntyys – sallitusta kielletyksi. *Oikeustieto* 1, 17–20.
- Salminen, Sakari, Riitta Burrell & Lasse Lehtonen (2007). Hedelmöityshoidot, lisääntymisvapaus ja lapsen etu. *Oikeustiede – Jurisprudentia XL*, 303–404.
- Soininen, Niko (2017). Oikeusvaltion idea – kontrolloiko valtio oikeutta vai oikeus valtiota? *Lakimies* 5, 676–686.
- Sorainen, Antu (2006). Siveellisyydestä seksuaalisuuteen: naisten keskinäinen haureus rikosoikeudessa. *Oikeus* 3, 347–363.

- Sosiaali- ja terveysministeriö (2001). Valtakunnallisen terveydenhuollon eettisen neuvoston muistio hedelmöityshoitolaista. (ETENE). Helsinki.
- Stark, Barbara (2005). *International Family Law: An Introduction*. Taylor and Francis.
- STM/5023/2012. Sosiaali- ja terveysministeriö (2013). Transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain muutostarpeet. Valtakunnallinen sosiaali- ja terveysalan eettinen neuvosto. (ETENE). Helsinki.
- STM/23/2015. Sosiaali- ja terveysministeriö (2015). Sukupuolen oikeudellisen vahvistamisen edellytykset – Työryhmän loppuraportti.
- Tahmindjis, Phillip (2005). *Sexuality and International Human Rights Law*. *Journal of Homosexuality* 3–4, 9–29. The Haworth Press Inc.
- Tripodi, Vera (2014). *Sukupuolen filosofia*. Tallinna: Tallinnan kirjapaino Oy.
- Tuori, Kaarlo (2001). *Julkisoikeuden perusteet*. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Tuori, Kaarlo (2003). *Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännön*. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Tuori, Kaarlo (2004). Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentointia. *Lakimies* 7–8, 1196–1224.
- Tuori, Kaarlo (2007). *Oikeuden ratio ja voluntas*. WSOY.
- Eeden-Moorefield, Brad, Christopher R. Martel, Mark Williams & Marilyn Preston (2011). Same-sex relationships and Dissolution: The Connection Between Heteronormativity and Homonormativity. *Family relations* 60: X, 562–571.

Viljanen, Jukka (2004). Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja yleiset opit. *Lakimies* 3, 521–525.

Viljanen, Jukka (2004). Oikeudellisten tutkimusten kirjoittamisopas. Tampere: Tampereen yliopisto. Saatavissa 3.6.2015: <http://www.uta.fi/jkk/hal/opintosuunnat/juo/vinkkeja/kirjoittamisopas.pdf>.

Wennberg, Mikko (2001). Oikeusfilosofia. Johdatus oikeusteoriaan ja oikeusteoreettiseen ajatteluun. UNIPress AB.

### **Virallislähteet**

HE 56/2001 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi sukupuolen vahvistamisesta eräissä tapauksissa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 3/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi hedelmöityshoidosta ja isyyslain muuttamisesta.

HE 76/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi sukusolujen ja alkioiden käytöstä hedelmöityshoidossa ja isyyslain muuttamisessa.

HE 57/1985 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskeväksi lainsäädännöksi.

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

HE 90/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.

HE 198/2008 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi rekisteröidystä parisuhteesta annetun lain 9 §:n muuttamisesta.

HE 156/2008 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle sikiön, alkion ja perimän suojaa koskevien rangaistussäännösten muuttamisesta.

HE 47/2011 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle adoptiota koskevan lainsäädännön uudistamiseksi sekä lasten adoptiota koskevan eurooppalaisen yleissopimuksen hyväksymiseksi ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.

HE 19/2014 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

OM 187/52/2015 Äitiyslakialoite.

PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

YK:n CEDAW-komitea (2014). Loppupäätelmä Suomen seitsemännestä määräaikaista-raportista.

### **Oikeustapaussuunnitelma**

KHO:2001:110.

KHO:2009:15.

KKO:2010:16.

C-167/12 C. D. v S.T.

C-363/12 Z. v. A Government Department ja the Board of Management of a Community School.

Ahrens v. Germany 22.03.2012.

B. v France 25.03.1992.

Camp and Bourini v. The Netherlands 3.10.2000.  
Dudgeon v. The United Kingdom 24.02.1983.  
E. B. v. France 22.1.2008.  
Fabris v. France 7.3.2013.  
Handyside v. the United Kingdom 07.12.1976.  
Hokkanen v. Finland 23.9.1994.  
Hämäläinen v. Finland 16.7.2014.  
Kroon and others v. The Netherlands 27.10.1994.  
Mizzi v. Malta 12.01.2006.  
Modinys v. Cyprus 22.04.1993.  
Norris v. Ireland 26.10.1988.  
Schalk and Kopf v. Austria 22.11.2010.  
X, Y and Z v. United Kingdom 22.4.1997.  
Y.Y v. Turkey 10.03.2015.