

LAKIMIES 7-8/2024

SISÄLLYS

Päätoimittajalta (*Tatu Hyttinen*)

911

Artikkeleita

- Aalto-Heinilä, Maija – Paso, Mirjami*: Faktapremissi ja normipremissi: dualismista kohti holistisempaa oikeudellisen argumentaation teoriaa 912 ➤
- Annola, Vesa – Vahtera, Veikko*: Strateginen yritysoikeus oikeustutkimuksessa 935 ➤
- Dahlberg, Maija*: Perustuslain tulkinta Suomen ylimmissä tuomioistuimissa: empiirinen ja oikeusvertaileva tutkimus 957 ➤
- Heinilä, Aleks*: Hyvästit ”Humen giljottiinille”: David Humen moraalifilosofia, oikeuden teoria ja käytäntö 987 ➤
- Koivisto, Ida*: Oikeuden kieli ja automaatio – mahdollon yhtälö? 1013 ➤
- Kuokkanen, Tuomas*: Poissulkemislausekkeen sääntelystä ja oikeuskäytännöstä ulkomaalaisoikeudessa 1038 ➤
- Malminen, Toni*: Kun taloustiede menetti otteensa amerikkalaisesta kilpailuvalvonnasta. Tapaustutkimus yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen karikoista 1060 ➤
- Mustasaari, Sanna – Tolonen, Hannele*: Lapsen etu oikeuslähteenä erityisesti riita- ja hakemusasioissa 1082 ➤
- Nuotio, Kimmo*: Oikeushyvien suojelu rikosoikeuden tavoitteena – rikosoikeuden tehtävistä ja rajoista 1107 ➤
- Urpilainen, Matti*: *De lege ferenda* -tutkimusote vero-oikeudessa: pohdintaa teorian, käytännön ja tieteenalojen rajapinnoilla 1138 ➤

Katsauksia ja pienempiä kirjoituksia

- Lahti, Raimo*: Teorian ja käytännön vuorovaikutus rikoslainopissa 1162
- Paukku, Eelis*: Oikeuden metodit ja teoria käytännön asianajotyössä 1178

Väitöksiä

- Jussila, Tuomas*: Kunta ja kärjäsal. Oikeudellinen pääoma Ilmajoen pitäjässä 1860–1890 1192
- Jussila, Tuomas*: Kunta ja kärjäsal. Oikeudellinen pääoma Ilmajoen pitäjässä 1860–1890 (*Arja Rantanen*) 1197

909

Oikeuskäytäntöä

KHO 2024:80 – poliisin tiedonsaantioikeus kadonneen henkilön etsimiseksi (*Helinä Tiura-Virta – Evgeniya Kurvinen*) 1200

Kirjallisuutta

Hodge, Emilia – Härkönen, Heidi: Muotioikeus (*Maria Rehbinder*) 1210

Personalia

Lahti, Raimo: Olavi Heinonen in memoriam 1216

Ajankohtaista

Oikeuskulttuurin päivän puheenvuorot:
Salminen, Janne: Elävää oikeuskulttuuria 1219

Vanto, Johanna: Päätöksentekijän liikkumavara: harkintavalta ja haavoittuvuus turvapaikkaprosessissa 1222

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen tutkimusrahastosta ja Ministeri, molempien oikeuksien tohtori K. G. Idmanin rahastosta myönnetty palkinnot ja apurahat 1227

Olg ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön myöntämät apurahat 1230

Tämän numeron kirjoittajat 1232

Lakimies 2024: Sisältö I–XII

Contents

Aalto-Heinilä, Maija – Paso, Mirjami: Facts and norms: from a dualistic to a more holistic theory of legal argumentation; *Annola, Vesa – Vahtera, Veikko*: Strategic business law in legal research; *Dahlberg, Maija*: Constitutional interpretation in the Finnish Supreme Courts: empirical and comparative study; *Heinilä, Aleks*: Farewell to “Hume’s guillotine”: The moral philosophy of David Hume, legal theory and practice; *Koivisto, Ida*: The language of law and automation – an impossible equation?; *Kuokkanen, Tuomas*: The regulation and application of the exclusion clause in refugee law; *Malminen, Toni*: When economics lost its grip on American antitrust enforcement. A case study on the pitfalls of sociolegal studies; *Mustasaari, Sanna – Tolonen, Hannele*: Best interests of the child as a source of law; *Nuotio, Kimmo*: The protection of legal interests as the aim of criminal law – on the functions and limitations of criminal law; *Urpilainen, Matti*: *De lege ferenda* arguments in tax law research; *Lahti, Raimo*: The interdependency of theory and practice in criminal law scholarship; *Paukku, Eelis*: Legal methods and theories in attorney work; *Dissertations; Legal Cases; Literature; Personalia; Current Issues*

Oikeuden teoria ja käytäntö

Lakimies
7–8/2024
s. 911

Lakimies-aikakauskirjan vuosikerrat ovat jo pidemmän aikaa päättyneet teemanumeroon. Tämän vuoden teemanumerossa aiheena ovat oikeuden teoria ja käytäntö. Usein tämänkaltaista aihetta lähestytään pohtimalla, missä määrin oikeustieteen tehtävänä on palvella oikeuskäytäntöä ja kuinka paljon oikeustieteessä on tilaa sellaiselle teoretisoinnille, jonka käytännön relevanssi ei ole suoraan havaittavissa. Huomiota ovat saaneet myös erilaiset tiedepoliittiset kehityskulut, joiden on otaksuttu vaikuttavan ainakin yliopistoissa tehtävän oikeustieteellisen tutkimuksen sisältöön ja tekotapoihin. On myös esitetty huoli, että pian yliopistot täytyvät tutkimuksesta, jonka sidos esimerkiksi tuomioistuinyöskentelyyn on ohut tai olematon.

Tämän teemanumeron kantavana ideana on ollut sisällyttää siihen artikkeleita, jotka havainnollistavat, miksi teoreettinen keskustelu oikeudesta on tärkeää myös oikeudellisten käytäntöjen näkökulmasta. Numero sisältää kymmenen referee-artikkelia, jotka edustavat useita oikeudenaloja ja erilaisia näkökulmia. Tarkastelussa ovat muun muassa oikeus- ja tosiasiakysymysten ontologiset erot, oikeuden automatisointi ja siihen liittyvä kielifilosofinen problematiikka sekä se, kuinka verolainsäädäntöä koskevaa lainopillista tutkimusta voidaan hyödyntää verojärjestelmän kokonaisvaltaisessa kehittämisessä. Yhdessäkään artikkelissa ei kaihdeta teoriaa, eikä yksikään kirjoitus ole vailla käytännön relevanssia.

Artikkelien lisäksi teemanumero sisältää kaksi lyhyempää kirjoitusta. Kokonaisuutena teemanumero osoittaa, että Suomessa tehdään teoreettisesti korkeatasoista kotimaista oikeustieteellistä tutkimusta, jolla on myös käytännön sovellettavuutta. Tämä voi olla yksi selittävä tekijä sille, miksi Suomi sijoittuu kärkisijoille oikeusvaltion laatua mittaavissa kansainvälisissä selvityksissä.

Varsinaisten teemanumeroartikkelien lisäksi aikakauskirja sisältää lektion ja siihen liittyvän vastaväittäjän lausunnon, oikeustapauskommentin, kirja-arvostelun sekä kaksi Oikeuskulttuurin päivässä pidettyä puheenvuoroa. Lisäksi numero sisältää Raimo Lahden laatiman muistokirjoituksen korkeimman oikeuden presidentti Olavi Heinosesta.

Lakimiesyhdistys on vuosittain jakanut Lakimies-aikakauskirjan kirjoittajapalkinnon sekä nuorten kirjoittajien palkinnon. Tänä vuonna palkinnot jaettiin Oikeuskulttuurin päivässä vuosikerrassa 2023 julkaistuista erityisen ansiokkaista kirjoituksista.

Parhaasta kirjoituksesta palkittiin Elisa Silvennoisen ja Heini Kainulaisen artikkeli Väliaikaisen edunvalvojan määrääminen esitutkinnassa, ja se on julkaistu Lakimiehen numerossa 3–4/2023. Nuorena kirjoittajana palkittiin Riikka Lönnblad, jonka artikkeli Yksityisyyttä yli kuoleman on julkaistu Lakimiehen numerossa 7–8/2023. Toimitus onnittelee palkittuja ja esittää kiitoksensa kaikille teemanumeroon kirjoittaneille. Lisäksi se kiittää vertaisarvioijia Lakimiehen hyväksi tehdystä työstä.

Tatu Hyttinen
päätoimittaja

Maija Aalto-Heinilä – Mirjami Paso



Lakimies
7–8/2024
s. 912–934

Faktapremissi ja normipremissi: dualismista kohti holistisempaa oikeudellisen argumentaation teoriaa

HAKUSANAT: faktapremissi, normipremissi, oikeudellinen argumentaatio, laintulkinta, näytön arviointi, oikeusteoria

1. Johdanto

Oikeudellisen argumentaation teoria nojaa tyypillisesti dualistiseen käsitykseen oikeudesta, jossa oikeuskysymykset ja tosiasiakysymykset erotetaan toisistaan. Oikeudellinen ratkaisu hahmotetaan prosessina, jossa tuomarin on löydettävä sovellettava normi, selvitettävä tapauksen tosiseikat ja yhdistettävä ne harkinta-prosessin (kvalifioinnin) kautta toisiinsa. Tätä prosessia mallinnetaan oikeudellisen syllogismin avulla, ja siinä normipremissistä ja faktapremissistä päätellään deduktiivisesti oikeudellinen seuraamus.¹

Oikeudellista argumentaatiota käsittelevässä kirjallisuudessa päähuomio on kiinnittynyt normipremissin muotoilun ongelmiin eli siihen, miten normiformulaatiosta saadaan erilaisilla oikeuslähdeopillisilla ja tulkinnallisilla välineillä kaivettua esiin tapaukseen soveltuva normi (ulkoinen perustelevinen), ja edelleen siihen, miten kyseistä normia tulee soveltaa tapauksen faktoihin (sisäinen perustelevinen). Oikeudellisessa argumentaatioteoriassa on siten pyritty määrittelemään, miten oikeuskysymys perustellaan pätevästi erityisesti niin sano-

* *Maija Aalto-Heinilä*, FT, dosentti, Lapin yliopisto; yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto – *Mirjami Paso*, OTT, dosentti, Lapin yliopisto; hovioikeudenneuvos, Helsingin hovioikeus; työelämäprofessori, Itä-Suomen yliopisto. Kiitämme anonyymeja refereerausannon antajia, hovioikeuden presidentti Asko Välimaata, hovioikeudenneuvos Jukka Loivaa sekä professori Minna Gränsia arvokkaista kommentista. Artikkelin puutteet jäävät luonnollisesti yksin kirjoittajien vastuulle.

1. Ks. esim. Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria*. WSOY 1988, s. 156–157; Bengt Lindell, *Notorietet och kontradiktion*. Iustus 2007, s. 23 ja Kaarlo Tuori, *Oikeuden ratio ja voluntas*. WSOYpro 2007, s. 26. Lindell luonnehtii oikeus- ja tosiasiakysymysten erottelua ”metatasoiseksi” ja ”perustavanlaatuiseksi”, Tuori puolestaan oikeudellisten toimijoiden yhteiseksi oikeuskulttuuriseksi esiyymmärrykseksi.

tuissa kiperissä tapauksissa.² Faktapremissin muotoileminen ja riittävän näytön problematiikka eivät ole olleet argumentaatioteoreetikkojen primääri kiinnostuksen kohde.³

Käytännön tuomarintyössä, erityisesti yleisissä tuomioistuimissa, keskeinen ja usein aikaa vievin osa on kuitenkin todistusharkinta ja näytön arviointi eli oikeudellisen syllogismin termein faktapremissin muodostaminen. Lainsoveltaja joutuu paitsi selvittämään oikeusjärjestyksen sisältöä myös ottamaan kantaa siihen, miten asiat ovat oikeuden ulkopuolisessa todellisuudessa: on selvitetävä esimerkiksi se, kuka teki mitä, missä, milloin, miten ja miksi. On väitetty, että asianajajan työ on jopa 90-prosenttisesti nimenomaan faktamateriaalin ja tulkinnanvaraisten tosiseikkojen selvittämistä ja arvioimista.⁴ Prosentuaalinen luku voi olla yleisesti arvioituna liioiteltu, mutta työn painopisteestä se antaa joka tapauksessa oikean kuvan. Tämänkin valossa on yllättävää, että argumentaatioteoreettisessa kirjallisuudessa käsitellään niin vähän faktapremissin muodostamisen prosessia.⁵ Todistusharkinnan problematiikkaa käsitellään toki prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa ja näytön arviointiin on kehitetty erilaisia teoreettisia työkaluja.⁶ Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin todettu, että näytön

2. Ks. esim. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford Academic 1994, s. 12–13; Aleksander Peczenik, *The Basis of Legal Justification*. [Ei mainittu kustantajaa] 1983, s. 36–38; Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification*. Reidel Publishing 1987; Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria*. WSOY 1988 ja William Twining, *Taking Facts Seriously – Again*. *Journal of Legal Education* 55(2) 2005, s. 360–380, 361.
3. ”Oikeustieteellisessä koulutuksessa keskeisessä asemassa ovat oikeuslähte-, tulkinta- ja argumentaatio-opit, mutta näytön arviointia eli konkreettisten todisteiden analysointia taikka faktojen ja kausaalisuhteiden päättelyä ja perustelua koskevaa koulutusta on vähän, jos lainkaan.” Henna Marjosola – Timo Saranpää – Julia Korkman, *Hypoteesit ja vaihtoehdot selitykset rikosasian näytön arvioinnissa*. *Lakimies* 3–4/2021, s. 460–469, 462. Asiaan on kiinnitetty huomiota myös kansainvälisessä kirjallisuudessa: esimerkiksi Hollandin ja Webbin mukaan “remarkably little attention has been paid to the process of reasoning about facts in either jurisprudence or legal method”. James Holland – Julian Webb, *Learning Legal Rules*. Oxford University Press 2019, s. 141. Ks. myös Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Harvard University Press 2009, s. 203 ja Geoffrey Samuel, *Epistemology and Method in Law*. Routledge 2016, s. 5.
4. Twining 2005, s. 363.
5. Poikkeuksena tästä on Klamin tutkimusryhmä *Law and Truth*, jonka samannimisessä kirjassa kiinnitetään huomiota normipremissin ja faktapremissin rakenteellisiin samankaltaisuuksiin ja jossa kehitetään molempien muodostamiseen sopivaa rationaalisen päätöksenteon teoriaan pohjautuvaa formalistista mallia. Ks. Hannu Tapani Klami – Johanna Sorvettula – Minna Hatakka, *Evidence and Legal Reasoning: On the Intertwinement of the Probable and the Reasonable*. *Law and Philosophy* 10(1) 1991, s. 73–108 ja Hannu Tapani Klami – Minna Gräns – Johanna Sorvettula, *Law and Truth. A Theory of Evidence*. Suomen Tiedeseura 2000. Myös Virolainen ja Martikainen käsittelevät kirjassaan sekä normipremissin että faktapremissin perustelemista, mutta heidän jäsentelytapansa on dualistisempi. Ks. Jyrki Virolainen – Petri Martikainen, *Tuomion perusteleminen*. Alma Talent 2010.
6. Ks. esim. Jaakko Jonkka, *Todistusharkinnasta*. Lakimiesliiton Kustannus 1993; Hannu Tapani Klami, *Todistelun ongelmia*. Lakimiesliiton Kustannus 1995; Pasi Pölönen, *Henkilötodistelu*

arvioinnin teoriaa tulisi kehittää edelleen.⁷ On myös pidetty valitettavana sitä, että laintulkintaan ja näytön arviointiin liittyvät teoreettiset keskustelut ovat toisistaan erillisiä.⁸

Haluamme artikkelissamme tuoda yhteen näitä kirjallisuudessa yleensä erillään pidettyjä oikeudellisen ratkaisutoiminnan osa-alueita. Tarkastelemme ensin syitä sille, miksi oikeuskysymykset ja tosiasiakysymykset on ylipäättään erotettu toisistaan. Sen jälkeen pohdimme, onko oikeus- ja tosiasiakysymysten välillä jyrkkä ontologinen ero. Erityisen mielenkiintomme kohteena on se, tarvitaanko normien merkityksen selventämiseen ja näytön arviointiin olennaisesti erilaisia tulkinnan ja päättelyn metodeja. Kaiken kaikkiaan pyrimme siis hahmottamaan oikeudellista argumentaatiota kokonaisvaltaisemmasta näkökulmasta, jossa tarkastellaan normi- ja faktapremissin muodostamisen yhteyksiä ja eroja sen sijaan, että laintulkinta ja tosiseikkojen selvittäminen leikattaisiin teoreettisesti jyrkästi toisistaan erilleen.

Olisi toivottavaa, että nykyistä holistisemmalla lähestymistavalla olisi heijastevaikutuksensa myös oikeustieteelliseen koulutukseen. Twining kirjoitti jo 1980-luvulla artikkelissaan *Taking Facts Seriously*, että tosiseikoilla, näytöllä ja näytön arvioinnilla tulisi olla selvästi merkittävämpi asema oikeustieteellisessä koulutuksessa.⁹ Vuonna 2005 hän totesi artikkelissaan *Taking Facts Seriously – Again*, että hänen ensimmäinen artikkelinsa on varsin tunnettu mutta mitään vaikutuksia sillä ei ole käytännössä juuri ollut.¹⁰ Myös suomalaisessa oikeustieteellisessä koulutuksessa faktat tulisi ottaa nykyistä selvästi vakavammin. Ylipäättään sellaiselle yleisen oikeustieteen opetukselle, joka pystyy tekemään näkyväksi teorian ja käytännön ilmeisen yhteyden ja siten ottamaan huomioon myös käytännölliset tarpeet, on tilausta mahdollisesti enemmän kuin koskaan aikaisemmin.¹¹

- rikosprosessissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 99–181; Virolainen – Martikainen 2010, s. 273–353; Timo Saranpää, Näyttöönemmyysperiaate riita-asiassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010; Jorma Rudanko, Näkökohtia todistusharkinnasta. Helsingin yliopisto 2020 ja Henna Marjosola, Todistajankertomuksen luotettavuus. Henkilötodistelun selvittäminen, vastaanottaminen ja arviointi oikeuspsykologisen tutkimuksen valossa. Helsingin yliopisto 2021.
7. Marjosola – Saranpää – Korkman 2021, s. 495 ja Aki Rasilainen, Korkeimman oikeuden näytöprejudikaatit ja vapaa todistusharkinta. *Lakimies* 1/2023, s. 53–76, 66–67.
 8. Ronald J. Allen – Michael S. Pardo, *Facts in Law and Facts of Law*. *The International Journal of Evidence and Proof* 7(3) 2003, s. 153–171, 155. Kotimaisessa kontekstissa Helena Karma on todennut, että ”todistusteoreettiset fakta-analyysit näyttävät elävän oikeusteoreettisesta keskustelusta irrallista elämäänsä”. Helena Karma, Tuomioistuinten tapahtumatulkinnat, tieto ja totuus, s. 61–88 teoksessa Johanna Niemi-Kiesiläinen – Päivi Honkatukia – Helena Karma – Minna Ruuskanen (toim.), *Oikeuden tekstit diskursseina*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006, s. 67.
 9. William Twining, *Taking Facts Seriously*. *Journal of Legal Education* 34(1) 1984, s. 22–42.
 10. Twining 2005, s. 360.
 11. Tämä tarve on tunnustettu myös oikeustieteellistä koulutusta arvioitaessa. Opetussisältöjä tulisi kohdentaa muun ohessa oikeusjärjestelmien yleisten periaatteiden sekä oikeudellisen ajattelun ja ammatillisten taitojen vahvistamiseen, ks. *Oikeustieteellisen alan korkeakoulutuksen arviointi*. Kansallisen koulutuksen arviointikeskuksen julkaisuja 22:2021, s. 39.

2. Taustaa oikeuskysymysten ja tosiasiakysymysten väliselle erottelulle

Oikeushistoriallisesti oikeuskysymysten ja tosiasiakysymysten välinen erottelu on suhteellisen tuore ilmiö. Alun perin oikeudenkäyntien tarkoitus länsimaisissa yhteiskunnissa oli vain sovittaa tapahtunut vääryys ja löytää kokonaisvaltaisesti oikeudenmukainen ratkaisu yksittäistapauksiin.¹² Ratkaisuprosessista ei voinut erottaa sovellettavaa aineellisoikeudellista normia tosiasioiden selvittämisestä – tai normia ei ylipäätään ollut. Proseduurit, normit ja faktat kietoutuivat yhteen, ja oikea lopputulos selvisi esimerkiksi osapuolten välisellä voimainmittelyllä, valamenettelyllä tai jumalantuomiolla (ordeal).¹³ Mirjan Damaska ajoittaa oikeus- ja faktakysymysten erottelun syntymisen saksalaisessa kulttuurissa 1500-luvulle, kun oikeudenkäyttö alkoi byrokratisoitua ja oikeusoppineiden ammattikunta syntyä.¹⁴ Englantilainen oikeusohje, jonka mukaan tosiasiakysymykset kuuluvat maallikkojurylle ja oikeuskysymykset tuomareille, on James B. Thayerin arvion mukaan peräisin samalta vuosisadalta.¹⁵ Suomessa ja Ruotsissa oppinut tuomarikunta puolestaan syntyi vasta 1800-luvulla.¹⁶ Oletettavasti oikeuskysymykset, kirjoitettujen lakien tulkinta, alkoivat selkeästi erottua tosiasiakysymyksistä vasta tällöin. Ainakaan vielä keskiajalla Pia Letto-Vanamon mukaan normien ja tosiasioiden erottelua ei voinut tehdä ruotsalais-suomalaisessa oikeuskulttuurissa. Keskeistä oikeudenkäynneissä oli yhteinen asioista keskustelu ja tiettyjen menettelyjen noudattaminen. Tosiasioiden riippumattoman selvittämisen sijaan rikoksesta epäilty saattoi puhdistautua syytöksistä esimerkiksi antamalla valan sekä saamalla tuekseen riittävän määrän myötävannoja. Ratkaisun hyväksyttävyyttä oli siis sidoksissa tietyn prosessin noudattamiseen mieluummin kuin siihen, että asiassa olisi ensin selvitetty aineellinen totuus ja sen jälkeen sovellettu siihen yleistä oikeusnormia.¹⁷

12. Ks. Reinhold Zippelius, *Introduction to German Legal Methods*. Carolina Academic Press 2008, s. 15.

13. James B. Thayer, *Law and Fact in Jury Trials*. *Harvard Law Review* 4(4) 1890, s. 147–175, 156–159. Ks. myös Kevät Nousiainen, *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön 'modernille' ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1993, s. 192 ja Heikki Pihlajamäki, *Johdatus varhaismoderniin oikeushistoriaan*. Helsingin yliopisto 2004, s. 72–85.

14. Mirjan Damaska, *Rational and Irrational Proof Revisited*. *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 25(5) 1997, s. 25–39, 26.

15. Thayer 1890, s. 149.

16. Pia Letto-Vanamo, *Oikeudenmukaisuus ja lainoppi*, s. 273–285 teoksessa Matti Häyry – Tuija Takala – Johanna Ahola-Launonen (toim.), *Oikeudenmukaisuuden ongelma*. Gaudeamus 2018, s. 280.

17. Letto-Vanamo 2018, s. 276–282.

Nykymuotoisen oikeuskysymysten ja tosiasiakysymysten erottelun voi kytkeä paitsi juristiprofession kehittymiseen myös uuden ajan myötä syntyneisiin rationaalisuuden ihanteisiin. Oikeudellisen kiistan ratkaiseminen pelkän jäykän muodollisen prosessin perusteella alkoi näyttää irrationaliselta. Tavoitteeksi tuli aineellisen totuuden tavoittelu, ja totuus alettiin nähdä empirisenä, ihmisen järjen ja aistien tavoitettavissa olevana asiana.¹⁸ Toisin sanoen muodollisesta tai legaalista todistusharkinnasta alettiin siirtyä kohti vapaan todistusharkinnan ideaa. Vapaan todistusharkinnan idea on tunnetusti se, että totuuden selvittämistä ei saa sotkea tietyn kaavamaisen prosessin noudattamiseen, mikä, kuten nähtiin, luonnehti esimodernia oikeusajattelua. Esimerkiksi tietty määrä myötävannoja ei automaattisesti tarkoita sitä, että tekijä on syytön. Vapaan todistusharkinnan idean mukaisesti asiaa täytyy tutkia itsenäisesti ja riippumattomasti, inhimillisiin havaitsemisen ja rationaalisen päättelyn kykyihin luottaen.¹⁹

Modernissa länsimaisessa oikeudenkäytössä aineellisen totuuden selvittämiseen kehittyi kaksi erilaista tapaa: inkvisitorinen järjestelmä, jossa keskiössä on tuomarivetoinen kysely, sekä common law -oikeudelle ominainen jury eli valamiesjärjestelmä.²⁰ Faktojen arvioinnin allokoimista maallikkojäsenistä koostuvalle jurylle on perusteltu esimerkiksi sillä, että jury arvioi tosiasioita tavallisen, järkevän sivustakatsojan näkökulmasta (reasonable man) eli ikään kuin vertaisnäkökulmasta, toisin kuin ammattituomari. Monijäseninen valamiehistö tuo väistämättä mukaan myös useampia näkökulmia ja saattaa näin huomata asioita, joita yksittäinen tuomari ei huomaa.²¹ Näyttöratkaisun tekeminen on voitu antaa mallikoille myös siitä syystä, että sen ajatellaan olevan helpompaa kuin oikeuskysymyksen selvittämisen. Kuten Saranpää toteaa, tosiseikoista esitetään usein runsaasti näyttöä, jolloin voidaan olettaa, että tapahtumainkulusta saa usein hyvän käsityksen. Saranpää kuitenkin aiheellisesti toteaa, että näyttökysymysten helppoutta voidaan pitää näennäisenä ja että hyvät juristit saattavat olla taitamattomia näyttökysymysten ratkaisijoita. Tällöin herää kysymys, voiko tätä oikeudenkäynnin traditionaalista osa-aluetta taitamaton juristi ylipäänsä olla hyvä juristi.²²

Oikeus- ja tosiasiakysymysten erottamisen taustalla voi nähdä myös moraalisen ajattelun kehittymisen, joka kulminoituu ihmisoikeuksien ja oikeusvaltion ideaaleihin. Kyse ei siis ole pelkästään siitä, että toimitaan irrationalisesti ja epätieteellisesti, jos tosiseikkoja selvitetään kaavamaisia normeja soveltaen. Myös jutun osapuolia kohdellaan siinä tapauksessa väärin ja heidän yksilöllistä arvoansa mitätöidään. Jokaisen tapauksen tosiseikat ovat yksilölliset ja ainutlaa-

18. Nousiainen 1993, s. 194.

19. Ks. esim. Saranpää 2010, s. 24; Marjosola 2021, s. 44–46 ja Rasilainen 2023, s. 55–57.

20. Inkvisition sekä juryn historiallisesta kehittämisestä ks. Nousiainen 1993, s. 189–265.

21. Allen – Pardo 2002, s. 1781. Saman tyyppisillä argumenteilla on osaltaan perusteltu myös lautamiesjärjestelmän tarpeellisuutta.

22. Saranpää 2010, s. 33.

tuiset, kun taas oikeusnormit ovat yleisiä ja voimassa tilanteesta toiseen. Tätä ihmisen yksilöllisen kohtelun vaatimusta oikeudenkäynnissä voi pitää tärkeimpänä hyvänä, jota vapaan todistusharkinnan idea suoja. Kyseessä on ”ihmisoikeudet tunnustavan oikeusvaltion kulmakivi, jota ei tule kevein perustein horjuttaa”.²³

3. Erottelun ongelmallisuus käytännössä

Käytännössä erottelua oikeus- ja faktakysymysten välillä on kuitenkin usein vaikea tehdä. Common law -kulttuureissakaan jakoa juryn ratkaisemiin tosiasiakysymyksiin ja tuomarin ratkaisemiin oikeuskysymyksiin ei ole pidetty yksinkertaisena. Thayer kuvasi erottelun sekavuutta jo 1800-luvun lopulla. Hänen mukaansa ensinnäkin tuomareiden tehtävänkuvaan on aina kuulunut runsaasti tosiasioiden selvittämistä. Juryn rooli on hoitaa osa tosiasiakysymyksistä mutta ei läheskään kaikkia. Yksi syy tähän liittyi lukutaitoon. Juryn jäsenet eivät välttämättä osanneet lukea, kun taas tuomareiden tehtävänkuva koostui pitkälti juuri kirjallisten dokumenttien arvioinnista. Tämä selittää esimerkiksi sen, että juryn olemassaolosta huolimatta sopimusten ehtojen selvittäminen on aina kuulunut tuomareille, vaikka sopimusta voi pitää mieluummin tosiasiana kuin oikeusnormina.²⁴

Myös juryn käsittelemiä tosiasioita voi pitää vahvasti oikeudellisesti kvalifioituina. Tuomarit olivat jo etukäteen saattaneet sulkea pois osan todistusaineistosta, jota he pitivät ongelmallisena, tai saattoivat ohjeistaa oikeudenkäynnin aikana jurya siitä, miten näyttöä saa arvioida.²⁵ Toisaalta jury antaa joskus myös oikeudellisia arvioita. Sen tehtäviin on USA:ssa kuulunut Allenin ja Pardon mukaan perinteisesti esimerkiksi sen määrittäminen, mikä on huolimaton (negligent) toimintaa. Tämä ei ole pelkästään tosiasioiden kuvaamista vaan myös niiden oikeudellista arviointia.²⁶ Jotkut kysymykset puolestaan ovat common law -maissa muuttuneet faktuaalisista oikeudellisiksi: vieraiden maiden lainsäädäntöön tai oikeuskäytäntöön (foreign law) liittyvät kysymykset kuuluivat ennen jurylle, nykyisin taas tuomareille.²⁷

Näyttää siis siltä, että common law -kulttuureissakin, joissa on kokonaan oma jury-instituutionsa tosiasioiden käsittelyyn, erottelu oikeus- ja tosiasiakysymysten välillä on varsin tulkinnanvarainen – Allenin ja Pardon mukaan jopa

23. Rasilainen 2023, s. 74.

24. Thayer 1890, s. 160–161.

25. Thayer 1890, s. 161–169.

26. Allen – Pardo 2002, s. 1781.

27. Thayer 1890, s. 172 ja Allen – Pardo 2002, s. 1789.

”kaoottinen”.²⁸ Tosiasiakysymysten syvin olemus ja ero oikeuskysymyksiin ei siten paljastu katsomalla, millaiset kysymykset kuuluvat jurylle ja millaiset tuomareille.

Miltä erottelu näyttää omassa oikeuskulttuurissamme ja oikeuskäytännössämme, jossa tuomarit joutuvat itse sekä arvioimaan näytön riittävyttä että tulkitsemaan tapaukseen soveltuvia oikeusnormeja? Prosessioikeudellisesti oikeus- ja tosiasiakysymysten toisiinsa kietoutuminen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on tunnustettu, ja sitä on kuvattu vuorovaikutusmallina tunnetun teorian avulla.²⁹ Tosiseikkojen on kuvattu määrittelevän sovellettavaa normistoa, ja normien tulkinnasta puolestaan riippuu, mitkä seikat jutussa ovat asian ratkaisemisen kannalta merkityksellisiä oikeustositseikkoja. Vuorovaikutusmallissa kuitenkin tunnutaan usein oletettavan, että normit ja tosiseikat voidaan käsitteellisesti pitää erillisinä toisistaan, ja kyse on lähinnä siitä, että ajallisesti on vaikea erottaa, muotoillaanko normi- vai faktapremissi ensin. Ne muotoutuvat rinnakkain ja toisiinsa vaikuttaen.³⁰ Oikeus- ja tosiasiakysymykset sekoittuvat kuitenkin toisiinsa joskus vielä tätäkin perustavanlaatuisemmalla tasolla. Havainnollistamme tätä tuoreella oikeustapauksella.

Korkeimman oikeuden syytesidonnaisuutta koskevassa ratkaisussa KKO 2024:28 tuomioistuin arvioi sitä, täyttääkö kunnianloukkausta koskevan rangaistusvaatimuksen teonkuvaus väärän ilmiannon tunnusmerkistön – ja voitiinko vastaaja siten tuomita vaihtoehtoisen rangaistusvaatimuksen perusteella väärästä ilmiannosta. Korkeimman oikeuden enemmistön kanta oli seuraava:

Syyteen teonkuvaus ei sitä vastoin sisällä väärää ilmiantoa koskevan rikostunnusmerkistön edellyttämää ja sitä koskeneen lainvoimaisesti hylätyn syyteen sisältämää väitettä siitä, että poliisille annettu väärä tieto olisi aiheuttanut vaaran B:n joutumisesta syyteeseen virheellisin perustein. Sen sijaan teonkuvauksessa on väitetty teon olleen omiaan aiheuttamaan vahinkoa tai kärsimystä B:lle taikka häneen kohdistuvaa halveksuntaa. Kunnianloukkausta koskevan teonkuvauksen perusteella arvioitavaksi ei siten tule se väärää ilmiantoa koskevan tunnusmerkistön tosiseikka, onko A:n esittämä väitetysti väärä tieto aiheuttanut B:lle vaaran joutumisesta syyteeseen, vaan sen sijasta se tosiseikka, onko se ollut omiaan aiheuttamaan vahinkoa, kärsimystä

28. Allen – Pardo 2002, s. 1770. Nykyisin englantilaisessa oikeusjärjestelmässä suurimmassa osassa juttuja tuomari hoitaa sekä näytön arvioinnin että oikeudellisen arvioinnin ja juryä käytetään vain joissakin rikosjutuissa, ks. Holland – Webb 2019, s. 140.

29. Ks. esim. Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Iustus 1987, s. 35–41; Pölönen 2003, s. 147–150; Lindell 2007, s. 27–28 ja Saranpää 2010, s. 34.

30. ”Vuorovaikutussubsumptio – – tarkoittaa nimenomaan sitä, ettei – – ajatteluprosessissa voida edetä kronologisesti vaiheittain, vaan subsumption ylä- ja alalauseen täsmentyminen voi tapahtua rinnakkaisessa vuorovaikutuksessa.” Pölönen 2003, s. 107, ks. myös Jaakko Jonkka, Syytekynnyks – Tutkimus syyteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1991.

tai halveksuntaa. – – Näin ollen kunnianloukkausta koskeva syytteen teonkuvaus perustuu syytteessä kuvatun menettelyn seurausten osalta eri tosiseikastoon kuin väärää ilmiantoa koskeva tunnusmerkistö siten, että se ei tältä osin täytä väärän ilmiannon tunnusmerkistöä.³¹

Enemmistö toisin sanoen katsoi, että se, ”onko A:n esittämä väitetysti väärä tieto aiheuttanut B:lle vaaran joutumisesta syyteeseen”, on tosiasiakysymys. Esittelijän mietinnössä ja eri mieltä olevien jäsenten lausunnossa asiaa oli puolestaan arvioitu seuraavasti:

Tuomioistuinta sitoo kuvaus vastaajan menettelystä. Väärän ilmiannon tunnusmerkistössä tarkoitettua vaaran syntyminen ei rikosoikeudellisesti arvioituna ole osa vastaajan menettelyä, vaan ennemmin oikeudellinen arvio, joka tehdään vastaajan menettelystä syytteessä esitetyn ja tuomioistuinta sitovan kuvauksen sekä muiden teon olosuhteiden perusteella.

Esittelijän mietinnön ja eri mieltä olevien jäsenten lausunnon ajatus mukailee Allenin ja Pardon ajatusta siitä, että tietyt käsitteet (esimerkiksi *excessiveness*, *reasonable suspicion* ja *probable cause*; vrt. esim. lapsen etu) ovat dynaamisia ja liukuvia ja saavat aineellisen sisältönsä vasta tietystä käytännön soveltamistilanteesta eli tosiseikkojen kautta.³² Jos keskeiset oikeudelliset käsitteet ovat siinä määrin tosiseikkaintensiivisiä, että ne saavat sisältönsä vain yksittäisessä soveltamistilanteessa, voidaan perustellusti kysyä, miten ne lopulta eroavat tosiseikkakysymyksistä.

Vaikka oikeus- ja tosiasiakysymysten erottamisella ei välttämättä aina ole käytännössä merkitystä, edellä mainitussa asetelmassa erottelu oli ratkaiseva, sillä arvioitavana oli, onko syytteen teonkuvauksessa riittävällä tarkkuudella kuvattu se vastaajan menettely – teon ulkoinen tapahtumankuvaus, vastaajan käyttäytyminen, hänen tarkoituksensa, teon seuraukset – josta hänelle on vaadittu rangaistusta. Enemmistö katsoi, että teonkuvaus ei sisältänyt väärää ilmiantoa koskevan rikostunnusmerkistön edellyttämää väitettä siitä, että poliisille annettu väärä tieto olisi aiheuttanut vaaran B:n joutumisesta syyteeseen virheellisin perustein. Esittelijän mietinnön ja eri mieltä olevien jäsenten lausunnon johdopäätös oli toinen. He katsoivat, että väärän ilmiannon tunnusmerkistö voi tulla arvioitavaksi syytteen teonkuvauksen perusteella. Sitä, voidaanko tietty oikeudellinen konstruktio perustaa oikeus- ja tosiseikkojen erotteluun, tulisikin harkita tarkoin. Jos on esimerkkimme tavoin epäselvyyttä siitä, mitkä seikat kuuluvat menettelyyn ja siis teonkuvaukseen ja mitkä tekojen oikeudelliseen arviointiin, niinkin perustavaa laatua oleva oikeudellinen konstruktio kuin syy-

31. KKO 2024:28, kohta 17.

32. Allen – Pardo 2002, s. 1775.

tesidonnaisuus voi muodostua varsin ennakoimattomaksi.³³ Epäselvyyksien ja ennakoimattomuuden ehkäisemiseksi vaikuttaa siltä, että jokin periaatteellinen kriteeri oikeus- ja tosiasiakysymysten erottelulle tarvitaan. Mutta mistä tuo kriteeri voisi löytyä?

4. Eroavatko oikeusnormit ja faktat toisistaan ontologisesti?

Voisiko oikeus- ja tosiasiakysymysten – tai normien ja faktojen – eroavuus sijaita syvemmällä tasolla? Onko erottelussa pohjimmiltaan kyse siitä, että oikeudelliset ja faktuaaliset kysymykset kuuluvat ontologisesti eri kategorioihin? Tämä on ollut suosittu ajattelutapa kotimaisessa oikeusteoreettisessa traditiossa. Faktojen ja oikeusnormien on nähty kuuluvan ontologisesti eri maailmoihin tai modaliitteihin. Oikeudellisen syllogismin faktapremissi kuvaa ”puhtaita tosiseikkoja”, jotka joko vastaavat todellisuutta tai eivät. Faktapremissillä on siis totuusarvo, ja totuus ymmärretään totuuden korrespondenssiteorian mukaisesti eli ihmisten subjektiivisista näkemyksistä ja arvostuksista riippumattomana vastaavuutena väitelauseen ja todellisuuden välillä.³⁴ Oikeusnormien sisältöä selvittävässä lainopissa puolestaan ”ei kuvata tai tehdä väitteitä havaittavasta todellisuudesta”.³⁵ Oikeusnormien katsotaan kuuluvan ”pitämisen maailmaan”, ja ”pitämistä eli normeja ei voida palauttaa havaittavaksi tai muulla tavalla määrittelyksi todellisuudeksi”.³⁶ Aulis Aarnion mukaan ”normit eivät kuulu missään relevantissa mielessä empiriseen todellisuuteen”³⁷, normeja ei voi ”tunnustella, haistaa eikä maistaa”.³⁸

33. Vrt. tulkintaongelmat, joita erottelusta seuraa järjestelmässä, jossa faktuaaliset kysymykset ratkaisee jury ja oikeudelliset kysymykset tuomari. Allen – Pardo 2002, s. 1774–1775. Ks. myös korkeimman oikeuden korotettua jatkokäsittelylupakynnystä koskevat ratkaisut KKO 2019:73, kohta 40 ja KKO 2018:13, kohta 21, joissa korkein oikeus on todennut näyttökysymysten olevan kiinteässä yhteydessä asian oikeudelliseen arviointiin. Ratkaisut ovat hyviä esimerkkejä siitä, että vaikka jatkokäsittelylupasäännösten soveltaminen edellyttää oikeus- ja näyttökysymysten erottamista, tosiasiakysymyksiä voi olla tietyissä tilanteissa vaikeaa merkitsevällä tavalla erottaa oikeuskysymyksistä.

34. Ks. esim. Mika Huovila, Periaatteet ja perustelut. Tutkimus käräjäoikeuden tuomion faktaperusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 96, 119 ja Saranpää 2010, s. 24.

35. Matti Ilmari Niemi, Lainopillisen tiedon objektiivisuudesta. Lakimies 7–8/2017, s. 950–969, 958.

36. Niemi 2017, s. 963. Ks. myös Saranpää 2010, s. 21.

37. Aulis Aarnio, Tulkinnan taito. WSOY 2006, s. 224–225.

38. Aulis Aarnio, Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta – opintomoniste 2011, s. 19.

Ajatus, jonka mukaan oikeusnormit eivät kuulu missään relevantissa mielessä empiiriseen todellisuuteen, voidaan kuitenkin kiistää. Riippumatta siitä, minkä yleisen teorian mukaan oikeudellista pätevyyttä tarkastellaan, erilaiset tosiasiakysymykset ovat relevantteja. Oikeuspositivismin keskeinen ajatus tunnetusti on, että oikeus on olemassa sosiaalisena tosiasiana tai institutionaalisenä faktana. Sitä ei siis ole olemassa ilman ihmisten tekoja, käytäntöjä ja asenteita.³⁹ Kukaan luonnonoikeusteoreetikkoakaan ei kuitenkaan kiistä oikeuden faktuaalista, sosiaaliin käytäntöihin sidoksissa olevaa luonnetta. Tässä mielessä vastakkainasettelu positivismin ja luonnonoikeusteorian välillä on ainakin John Finnisin mukaan harhaanjohtavaa. Luonnonoikeusteoria hyväksyy oikeusnormien faktisiteetin ja on kiinnostunut siitä, milloin on perusteltua noudattaa positiivista oikeutta.⁴⁰ Klassisessa aristoteelisessa ja tomistisessa luonnonoikeusteoriassa perustelut puolestaan kytkeytyvät siihen, mikä ihmisille on luonnostaan – eli tosiasiallisesti – hyvää.⁴¹

Sitä, voidaanko yleisemmästä ”olemisen” ja ”pitämisen” maailmojen välisestä erottelusta silti pitää kiinni, ei ole mahdollista tässä artikkelissa syventyä kriittisesti arvioimaan. Todettakoon vain, että tämä erottelu on filosofiassa kiistelty aihe ja että esimerkiksi moraalifilosofiassa on aina ollut suuntauksia, joissa moraalit (”pitämisen maailma”) nähdään täysin luonnollisena ja empiirisesti havaittavissa olevana ilmiönä.⁴²

39. Esimerkiksi Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin teoriassa normeja synnytetään konkreettisilla teoilla ja oikeusjärjestyksen voimassaolon ehto on, että sitä kokonaisuutena ottaen pääsääntöisesti noudatetaan, ks. Hans Kelsen, Puhdas oikeusoppi [1960]. Suom. Olli Nikkola. WSOY 1968, s. 212–214, 226–230. H. L. A. Hart puolestaan tunnetusti totesi oikeudellisen pätevyyden kriteerinä toimivasta tunnistamissäännöstä, että ”its existence is a matter of fact”. Ks. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*. Oxford University Press 1994, s. 110.

40. John Finnis, *Natural Law Theories*, teoksessa Edward N. Zalta – Uri Nodelman (eds), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy 2024* osoitteessa <https://plato.stanford.edu/archives/sum2024/entries/natural-law-theories/> (vierailtu 15.8.2024).

41. Aristoteleen mukaan ”yleinen laki [– –] perustuu luontoon. On olemassa kaikkien tietämyksen mukaan luonnostaan yleisesti oikeaa ja väärää.” Aristoteles, *Retoriikka*. Gaudeamus 1997, 1373b, s. 50. Tuomas Akvinolainen toteaa, että ”järki luonnostaan käsittää kaikki ne asiat, joihin ihmisellä luontainen taipumus, hyväksi”. Tuomas Akvinolainen, *Summa Theologiae*. Suom. J. P. Rentto. Gaudeamus 2002, s. 604.

42. Aristoteleen hyve-etiikka on tästä hyvä esimerkki. Hyveet on esimerkki niin sanotuista tiheistä käsitteistä (thick concepts), joilla viitataan sellaisiin käsitteisiin, joihin kuuluu sekä deskriptiivinen että arvottava puoli ja joiden voidaan nähdä haastavan jyrkkää olemisen ja pitämisen maailman eroa. Ks. Pekka Väyrynen, *Thick Ethical Concepts*, teoksessa Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy 2021* osoitteessa <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/thick-ethical-concepts/> (vierailtu 19.8.2024). Mielenkiintoinen viimeaikainen faktojen ja normien erottelua haastava teos on Alice Crary, *Inside ethics: on the demands of moral thought* (Harvard University Press 2016), jossa Crary väittää, että moraaliset ominaisuudet ovat objektiivisia, empiirisesti havaittavissa olevia asioita ja kietoutuneita siihen, millä asioilla on väliä itsestään tietoisille ja tunteville olennoille.

Spesifimmissä oikeus- ja tosiasiakysymysten erotteluun liittyvässä oikeusteoreettisessa keskustelussa erityisesti Allen ja Pardo ovat kritisoineet jyrkästi oikeusnormien ja faktojen oletettua ontologista eroa. Heidän mukaansa oikeusnormit ovat faktuaalisia, olemassa olevia asioita siinä missä vuoret tai tuolitkin. He perustelevat tätä ensinnäkin sillä, että fakta määritellään yleensä asiaksi, josta voidaan sanoa, että se on totta. Eikö kuitenkin ole aivan mielekäästä esittää tosiasiaväitteitä voimassa olevasta oikeudesta? Jos käytetään suomalaista esimerkkiä ”on totta, että Suomen perustuslain mukaan kaikki 18 vuotta täyttäneet Suomen kansalaiset saavat äänestää valtiollisissa vaaleissa”, sanotussa ei tunnu olevan mitään vikaa.⁴³

Oikeusnormeista saadaan tietoa myös havaittavissa olevien tosiseikkojen avulla, aivan kuten faktapremissistäkin. Oikeusnormia ei kaiveta jostakin ideaalisesta pitämisen maailmasta mystisellä intuitiivisella prosessilla, vaan se päätellään konkreettisen evidenssin avulla. Laintulkitsija tutkii esimerkiksi virallista säädösmateriaalia, erilaisia lainvalmisteluasiakirjoja, aiempia tuomioistuinten päätöksiä tai muita dokumentteja, jotka kertovat lainsäätäjän mahdollisista intentioista tai lain tarkoituksesta. Allenin ja Pardon mukaan normipremissin muodostaminen ei siis abstraktilta tasolta katsottuna eroa mitenkään oleellisesti faktapremissin muodostamisesta. Kummassakin on kyse siitä, että erilaisten todisteiden avulla tehdään päätelmä siitä, miten asiat ovat. Normipremissi kuvaa oikeudellista todellisuutta, ja se muodostetaan tyypillisesti kirjallisen todistusaineiston perusteella, kun taas faktapremissi kuvaa ei-oikeudellista todellisuutta, ja siinä evidenssi voi olla myös muuta kuin kirjallista.⁴⁴ Laintulkinnassa voi tällöin tehdä faktuaalisia virheitä siinä missä näytön arvioinnissakin esimerkiksi sivuuttamalla jonkin keskeisen evidenssin, kuten tärkeän ennakkopäätöksen.⁴⁵

Allenin ja Pardon keskeinen väite on siis se, että oikeusnormitkin ovat faktoja. Oikeuskysymyksen ja tosiasiakysymyksen erottelussa on heidän mukaansa kyse pelkästä pragmaattisesta tai funktionaalisesta jaottelusta eli siitä, mitkä asiat on järkevintä antaa kenenkin selvitetäväksi. Tuomarit ovat yleensä parhaita keräämään evidenssiä voimassa olevasta oikeudesta, ja siksi oikeuskysymykset kuuluvat heille. Jury puolestaan voi olla parempi, kuten aiemmin nähtiin, selvittämään ei-oikeudellisia tosiseikkoja, ja siksi tosiasiakysymykset on järkevää allokoida jurylle. Allenin ja Pardon mukaan mitään syvemmän tason ontologista

43. Ks. Allen – Pardo 2002, s. 1792 ja Allen – Pardo 2003, s. 158. Suomalaisessa oikeusteoriassa faktojen ja normien erottelun kyseenalaistamisesta ks. Kaarlo Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1981, s. 46–50 ja Jaakko Husa, Olemisen ja pitämisen metodologisesta merkityksestä – vastine Aarniolle. Oikeus 4/1996, s. 310–325.

44. Allen – Pardo 2002, s. 1792–1796 ja Allen – Pardo 2003, s. 159–161.

45. Allen – Pardo 2003, s. 163.

eroa oikeus- ja tosiasiakysymysten välillä ei ole vaan kummassakin on kyse faktoista.⁴⁶

Näitä väitteitä oikeusnormien faktaluonteesta on vaikea kiistää. Allenin ja Pardon oma ehdotus ei kuitenkaan ole ongelmaton. Vaikka oikeusnormitkin olisivat tosiseikkoja, tarvitaan silti jokin kriteeri, miten tämäntyyppiset tosiseikat eroavat ei-oikeudellisista tosiseikoista. Allen ja Pardo nimittäin tunnustavat sen, että oikeusnormit muodostavat oman alakategoriansa yleisemmästä faktojen luokasta. Millä perusteella tuo alakategoria muodostetaan? Funktionaalinen kriteeri lähtee siitä, että jos tietyt asiat on järkevää jättää tuomareille, ne ovat oikeudellisiin faktoihin liittyviä, ja jos ne taas on järkevää jättää jurylle tai faktoja uudelleen arvioivalle muutoksenhakutuomioistuimelle, kyse on ei-oikeudellisista faktoista. Tämä kriteeri näyttää kuitenkin kehämäiseltä. Yhtäältä oikeudelliset faktat määritellään katsomalla, mitä tuomarit tekevät, toisaalta se, mitä tuomarit tekevät, selittyy sillä, että he ovat parhaita selvittämään oikeudellisia tosiseikkoja. Näyttää siis siltä, kuten Ellika Sevelin huomauttaa, että oikeuden faktaluonteen hyväksymisestä huolimatta tarvitaan jokin teoria oikeudesta, jonka avulla voidaan rajata oikeudelliset tosiasiat – jotka siis tässä tarkoittavat normipremessin puolelle kuuluvia asioita – muista tosiasioista.⁴⁷ Esimerkiksi hartilainen oikeuspositivismi rajaa oikeudelliset tosiasiat tunnistamissäännön avulla, aristoteelinen luonnonoikeusteoria ottaa kriteeristöön mukaan sen, mikä on luonnostaan hyvää ja niin edelleen. Vaikka siis myönnettäisiin, että oikeusnormit eivät yleisellä ontologisella tasolla eroa tavallisista faktoista, ei erottelusta kuitenkaan pääse kokonaan eroon. Se johtaa joka tapauksessa teoreettiseen pohdintaan oikeuden luonteesta ja oikeuslähdeopista, vaikka kaikki yleiset teoriat oikeudesta, kuten todettiin, olisivat myös tiukasti faktojen maailmaan kuuluvia.

Onko sillä lopulta mitään merkitystä, eroavatko oikeusnormit ontologisesti ajateltuna tosiseikoista? Yksi syy, miksi oikeusnormien faktuaalisesta ulottuvuudesta muistuttaminen on tärkeää, on se, että tämä saattaa vähentää epäluuloja oikeustieteen tieteellisyydestä. Näin siis, jos oikeustiede ymmärretään ennen kaikkea normien tulkintana. Jos normien ei ajatella kuuluvan johonkin empiirisestä maailmasta irralliseen pitämisen maailmaan, ei laintulkinta silloin näyttäydä mitenkään olemuksellisesti erilaisena kuin muukaan tosiasioiden tutkiminen. Lopulta kyse on todistusaineiston keräämisestä, sen arvioinnista ja johtopäätösten tekemisestä. Mutta onko normeja ja toisaalta faktoja koskeva tietämisen tapa kuitenkin jollakin tavalla radikaalisti erilaista? Tarkastelemme tätä seuraavaksi.

46. Allen – Pardo 2002, s. 1806 ja Allen – Pardo 2003, s. 167–171.

47. Ellika Sevelin, What about the non-legal facts: Revising Allen and Pardo's analytical distinction between law and fact. *The International Journal of Evidence and Proof* 23(4) 2019, s. 349–365, 362–364.

5. Miten normeista ja faktoista saadaan tietoa?

Ne, jotka korostavat oikeus- ja tosiasiakysymysten ontologista eroa, korostavat myös sitä, kuinka eri tavalla ja erilaatuista tietoa normeista ja faktoista saadaan. Kuten näimme, tosiasiatieto ymmärretään yleensä totuuden korrespondenssiteorian mukaisesti, väitteen tai uskomuksen vastaavuudeksi todellisuuden kanssa. Oikeusnormien yhteydessä sen sijaan ei jyrkimpien näkemysten mukaan pitäisi edes puhua tiedosta: ”Lainoppi ei ole tekemisissä tiedon ja totuuden käsitteiden kanssa niiden varsinaisessa merkityksessä. Lainopin harjoittaja ei voi koskaan tietää asiaa samalla varmuudella kuin esimerkiksi fyysikko tai empiirinen sosiologi.”⁴⁸

Osoitimme jo, kuinka oikeuden sisällön selvittämisessäkin käännetään erilaisten olemisen maailmaan kuuluvien asioiden puoleen – ennen kaikkea erilaisten kirjallisten dokumenttien – ja päätellään niiden pohjalta voimassa olevan oikeuden sisältö. Tästä perspektiivistä katsottuna normi- ja faktapremissin muodostaminen on epistemologisesti periaatteessa samanlainen prosessi. Asia riippuu kuitenkin tarkastelukulmasta. Normien ja faktojen selvittämisessä on olennaisia yhtäläisyyksiä mutta myös eroja. Esittelemme seuraavaksi joitakin näistä yhtäläisyyksistä ja eroista, vaikkakaan asian kattava tarkastelu ei ole yhden artikkelin mitassa mahdollista.

Lähdemme liikkeelle siitä perusasiasta, että tuomarin tulee oikeudenkäynnissä vastata kahteen peruskysymykseen: 1) mitä on näytetty (selvitetty) tapahtuneen ja 2) miten sitä on oikeudellisesti arvioitava. Käytännön ratkaisutoiminnassa on siis kysymys ihmisten käyttäytymisen oikeudellisesta arvioinnista. Ensimmäiseen kysymykseen oikeudenkäynnissä saadaan vastaus ottamalla vastaan sekä henkilötodistelua että asiakirjaselvitystä. Jälkimmäiseen kysymykseen saadaan puolestaan vastaus oikeuslähteistä. Tässä suhteessa faktapremissin muotoileminen siis eroaa oikeudenkäynnissä normipremissin muotoilemisesta: tuomarin katse ikään kuin kohdistuu eri paikkoihin, ja ajattelun raaka-aineet ovat erilaiset riippuen siitä, kumpaan kysymykseen hän yrittää vastata.

On houkuttelevaa ja tyypillistäkin ajatella, että tästä raaka-aineiden erilaisuudesta seuraa toisistaan poikkeavat tietämisen tavat. Oikeuslähteitä tulkitaan, ja tulkitsija konstruoi oman subjektiivisen näkemyksensä oikeuden sisällöstä, kun taas faktapremissiä muodostettaessa näyttöä havainnoidaan. Ja havaitsemisessa on karrikoidusti kyse siitä, että raat tosiasiat vain tunkeutuvat havaitsejan tajuntaan.⁴⁹ Vaikka kukaan tuskin ajattelee täysin tämän karikatyyrin mukaisesti, empiristisestä tietoteoriasta peräisin oleva ajatus puhtaiden, havaitsejan mielestä

48. Aarnio 2011, s. 20.

49. Toista verbiä käyttäen voidaan ilmaista, että ulkomaailman objektit ”painavat” (imprint) jälkensä subjektin tajuntaan. Ks. John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*: with

riippumattomien tosiseikkojen saavuttamisesta näyttää edelleen olevan se teoreettinen ideaali, johon faktapremissin muodostamisessa tulisi pyrkiä. Myös käytännössä oikeudenkäynneissä tavoitellaan tulkinnoista ja kielestä riippumattomuutta ja mahdollisimman varmaa tietoa tapahtumakuluista.⁵⁰ Aineellisen totuuden tavoitetta on pidetty välttämättömänä järjestelmän legitimitietin turvaamiseksi.

Empiristisessäkin traditiossa absoluuttista varmuutta ei kuitenkaan ole pidetty mahdollisena, kun on kysymys havaintoon perustuvista tiedoista.⁵¹ Myös oikeustieteellisessä keskustelussa on sittemmin suhtauduttu kriittisesti siihen, että kaikki havainnoisivat todellisuutta samalla tavalla tai tekisivät havainnoista samoja johtopäätöksiä.⁵² Siihen raaka-aineeseen, jonka perusteella tuomari faktapremissin muodostaa, liittyy siis runsaasti epävarmuustekijöitä. Itse faktapremissin muotoilemiseen tarvitaan normipremissin tavoin tulkintaa, ja aineellisen totuuden tavoittelun rinnalla realistisempi prosessuaalisen totuuden tavoite on saanut keskusteluissa sittemmin vahvemman jalansijan.

Faktojen tulkinnanvaraisuudessa on kyse siitä, että samaa asiaa tai tekoa on mahdollista kuvata lukemattomilla eri tavoilla riippuen siitä, minkälaisen käsitteistön tai oletusten kautta asiaa tarkastellaan. Tämä tekee koko ajatuksen puhtaista tai raaoista tosiseikoista (brute facts) kyseenalaiseksi.⁵³ Edes empiristien ihannoimat kovat luonnontieteet eivät ole vapaita tästä havaintojen teoriapitoisuutena tunnetusta ilmiöstä. Thomas Kuhn teki 1960-luvulla kuuluisaksi ajatuksen, jonka mukaan tutkijat eivät koskaan havainnoi puhtaita tosiseikkoja sellaisinaan vaan havainnot suodattuvat tutkijan omaksuman teoreettisen viitekehysten, käsitteistön ja ennako-oletusten lävitse.⁵⁴

Oikeusriidoissa on tyypillisesti kyse nimenomaan siitä, että osapuolet kuvaavat ja tulkitsevat toistensa käyttäytymistä eri tavoilla. Tätä havainnollistaa hyvin aiemmin mainittu korkeimman oikeuden ratkaisu.

Tapauksessa KKO 2024:28 oli yksinkertaistettuna kyse siitä, että A oli pyytänyt luvan saada tehdä etätöitä mutta hänen esihenkilönsä B ei ollut antanut tähän lupaa. A oli siitä huolimatta jatkanut etätöitä, koska hänellä oli tähän terveydellisiä syitä ja lääkäri suositteli etätöitä. Ensinnäkin osapuolet näyttävät tulkinneen A:n käyttäytymistä eri tavoilla. A teki etätöitä omasta mielestään luvallisesti, mutta esihenkilö B:n mielestä A oli luvattomasti poissa töistä. Tämän

the second treatise of government [1689]. Wordsworth Classics of World Literature 2015, kirja 2, luku 1.

50. Ks. Karma 2006, s. 62–66.

51. Esimerkiksi Locken empirismissä havaintoihin perustuva tieto on viime kädessä vain todennäköistä, ks. Locke 2015, kirja 4.

52. Ks. esim. Kaarlo Tuori, Oikeuden traditiot. Niin & näin 2/2005, s. 77–85.

53. Siihen, kuinka monta kuvausta samasta asiasta voidaan antaa, kiinnitti kuuluisasti huomiota G. E. M. Anscombe teoksessaan *Intention*. Basil Blackwell 1957.

54. Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*. The University of Chicago Press 1962.

jälkeen esihenkilö B antoi A:lle varoituksen luvattomista poissaoloista ja poissaolot kirjattiin nimikirjaan. A tulkitsi tämän teon valheiden esittämisenä ja tahallisenä yrityksenä tuhota hänen uransa ja teki näillä perusteilla B:stä tutkintapyyntön. Poliisi kuulusteli B:tä ja teki oman tulkintansa siitä, onko A:n tulkinta tapahtumista uskottava. Syyttäjä puolestaan piti A:n tekemää tutkintapyyntöä vääränä ilmiantona tai kunnianloukkauksena B:tä kohtaan. Tämän jälkeen asiaa arvioitiin tuomioistuimessa väärän ilmiannon ja kunnianloukkauksen normien läpi ja esitettiin taas uusia tulkintoja samasta teosta: valehteliko A itse, kun väitti B:n esittävän valheita, vai toimiko hän vilpittömässä mielessä ja pitikö siis aidosti väitettä poissaolojensa luvattomuudesta valheena? Kuten edellä jo esitimmekin, lopulta tuomioistuimessakin oltiin vielä eri mieltä siitä, mitkä seikat liittyvät vastaajan menettelyyn ja mitkä ovat sen oikeudellista arviointia.

Oikeudessa arvioitavana olevat tosiasiat ovat siis tyypillisesti kulkeneet monien eri tahojen tekemien erilaisten tulkintojen kautta lopulta oikeusnormiinssien lävitse tarkasteltaviksi. Allen ja Pardo pitävät oikeusnormeja erillisenä faktojen kategoriana ja näyttävät sijoittavan faktapremissin faktat yleisempään, niin sanottuun tavallisten tosiasioiden kategoriaan. Voidaan kuitenkin sanoa niinkin, että faktapremissin faktat ovat melko erityislaatuisia. Ne ovat oikeudellisten käytäntöjen mylläämiä ja oikeusnormien prässämiä.⁵⁵ Faktapremissiin kiteytetty väite siitä, miten asiat ovat, esimerkiksi kuka teki mitä, missä, miten ja milloin, ei tällöin välttämättä vastaa korrespondenssiteorian mukaista aineellista totuutta, mikä varsin yleisesti tunnustetaan.

Sen lisäksi, että niin normeja kuin faktoja tulkitaan, myös tulkinnan kohde ja tavoite voivat joskus olla samanlaisia. Ajattelun raaka-aineet eivät siis aina laadullisesti eroa toisistaan. Laintulkinta eli normipremissin muodostaminen edellyttää erilaisten kirjallisten lähteiden tutkimista, mutta etenkin hallinto-oikeudessa mutta myös siviilioikeudessa tutkittavat faktat ovat usein myös kirjallisia: viranomaisten asiakirjoja, erilaisia selvityksiä, sopimuksia, testamentteja, perinnönjakokirjoja ja niin edelleen. Faktapremissin muodostamisessa pyritään tyypillisesti selvittämään, mitä menneisyydessä on tapahtunut, mutta näin on usein laintulkinnassakin: miten tuomioistuimet ovat asian aiemmin ratkaisseet, millaiset historialliset olosuhteet lainsäätämisen aikaan vallitsivat ja niin edelleen. Faktapremissin muodostamisessa tavoitteena voi olla selvittää tekijän intentio, mutta laintulkinnassakin joidenkin teoreetikkojen mukaan tavoitteena on löytää lainsäätäjän intentio, jolla tarkoitetaan nimenomaan psykologista faktaa lainsäätäjien mielentiloista.⁵⁶ Tulkinnan tavoitteena voi myös olla samanlainen oikeudellinen fiktio. Oikeuslähteitä arvioitaessa voidaan pyrkiä selvittämään, miten fiktiivinen järkevä lainsäätäjät olisi tarkoittanut normia sovellettavan. Ihmis-

55. Ks. Sevelin 2019, s. 363.

56. Larry Alexander – Emily Sherwin, *Advanced Introduction to Legal Reasoning*. Edward Elgar 2021, s. 28.

ten käyttäytymistä arvioitaessa kriteerinä taas voi olla se, miten järkevä ihminen olisi tilanteessa toiminut. Ja kuten aiemmin totesimme, on vaikea sanoa, onko esimerkiksi käyttäytymisen kohtuullisuuden tai järkevyyden arviointi ylipäätään tosiseikka- vai oikeuskysymys.

Faktojen ja normien tulkintatavoissa on joskus myös ratkaisevia eroja. Faktojen tulkinta voi olla oikeudenkäynnissä nopeaa ja intuitiivista. Normien tulkinta puolestaan voidaan nähdä hitaampana ja tietoisempänä prosessina, jossa turvaututaan vakiintuneisiin tulkintasääntöihin ja oikeuslähdeoppiin. Jossain määrin paradoksaalisesti tämä voi tehdä oikeusnormien sisältöä koskevasta tiedosta objektiivisempaa kuin näytön arvioinnista. Tarkoitamme paradokseilla sitä, että suomalaisessa oikeusteoreettisessa keskustelussa on ollut tyypillistä pitää oikeusnormeihin liittyvää tietoa objektiivisuudeltaan heikompana kuin tosiasiatietoa.⁵⁷ Yhtenä tärkeänä tiedon luotettavuutta lisäävänä prosessina voidaan pitää kuitenkin nimenomaan ajattelun hitautta ja tietoista ajattelun sääntöihin turvautumista. Nopea ajattelu perustuu usein stereotypioihin ja yksinkertaistuksiin, ja siihen sisältyy riskejä vinoutuneesta ajattelusta. Esimerkiksi todistajankertomuksia arvioidessaan tuomarit hyödyntävät heuristiikkaa, eräänlaisia peukalosääntöjä, ja arkikokemukseen perustuvia yleistyksiä, mikä saattaa aiheuttaa systemaattisia virheitä arviointiin.⁵⁸

Tärkeimpänä vinoumana, jota erityisesti näytön arvioinnissa tulisi pyrkiä välttämään, on pidetty vahvistusharhaa (confirmation bias).⁵⁹ Vahvistusharhassa on kyse siitä, että keskitytään omaa uskomusta tukevaan evidenssiin ja sivuutetaan sille vastakkainen evidenssi. Arkielämässä tämä ihmismielen taipumus on usein helppo tunnistaa muiden käyttäytymisessä, kun ajatellaan vaikkapa maahanmuuttoon kriittisesti suhtautuvaa henkilöä, joka etsii todisteita pelkäämään maahanmuuton negatiivisista vaikutuksista, mutta omia ajattelun virheitä on vaikea havaita. Oikeusprosessissa vahvistusharha voi vääristää jo esituttua. Esimerkiksi jalanjälkiä tai verinäytteitä voidaan tutkia eri tavalla riippuen tutkijan lähtökohtaisista näkemyksistä.⁶⁰ Tuomareiden puolestaan on esimerkiksi osoitettu tulkitsevan evidenssiä herkemmin syytettyä vastaan, jos sama tuomari on jo aiemmin määrännyt hänet tutkintavankeuteen. Arvioituaan siis sitä, onko todennäköisiä syitä epäillä henkilöä rikoksesta, tuomari on jo tehnyt tietyn hypoteesin tapahtumainkulusta, ja tätä ennakkokäsitystä voi olla ilmeisen

57. Ks. esim. Aarnio 2006, s. 224–225 ja Niemi 2017.

58. Marjosola – Saranpää – Korkman 2021, s. 461–462. Heuristiikoista ja ajattelun vinoumista sekä hitaan ajattelun (”systeemi 2:n”) roolista vinoumien ehkäisyssä ks. Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*. Penguin Books 2011. Oikeudellisten toimijoiden, erityisesti tuomareiden, heuristiikoista ja vinoumista ks. Marjosola 2021, s. 87–108.

59. Tom Chatfield: ”If you only remember one bias to watch out for, make it this. Confirmation bias is the enemy of scepticism and objectivity.” Ks. Tom Chatfield, *Critical thinking*. Sage Publications 2018, s. 11.

60. Korkman 2022, s. 43.

vaikea muuttaa, vaikka varsinaisessa oikeudenkäynnissä esitetty näyttö ei riittäisi tuomitsemiseen. Tuomareiden on myös osoitettu antaneen liioitellun suuren painoarvon yksittäisille irrallisille todisteille, jos ne tukevat heidän jo ennakkolta muodostamaansa tarinaa tapahtumankulusta. Näin on esimerkiksi silloin, jos tapahtumaa vaikkapa on jo paljon käsitelty julkisuudessa.⁶¹

Erilaisia ajattelun vinoumia on tutkittu paljon nimenomaan näytön arvioinnin yhteydessä, mutta kun otetaan huomioon, kuinka inhimillistä niihin syyllistyminen on, vinoumia esiintyy taatusti myös *in abstracto* laintulkinnassa – vaikka, kuten äsken totesimme, laintulkinnan metodeja voi pitää kehittyneempinä ja niitä käytetään tietoisemmin kuin esimerkiksi kokemussääntöjä näytön arvioinnin yhteydessä. Aiheesta löytyy kuitenkin vähemmän empiiristä tutkimusta. Eräissä koeasetelmassa testattiin niin sanotun kehystämisen (framing) vaikutusta oikeuskysymyksen ratkaisuun. Yksinkertaistettuna kokeessa oli kyse siitä, että oikeustieteen opiskelijoille esiteltiin EU-oikeudelliseen ongelmaan kaksi tulkintavaihtoehtoa, joista pyydettiin valitsemaan se, joka on oikeudellisesti paremmin perusteltu. Toinen vaihtoehtoista kuitenkin kehystettiin poliittisesti motivoitukseksi. Kävi ilmi, että poliittisesti motivoitu vaihtoehto valittiin harvemmin, vaikka sen puolesta oli paljon vakuuttavampia oikeudellisia argumentteja, kuten doktrinaalisia, oikeuskäytäntöön liittyviä ja niin edelleen. Kokeen perusteella näytti siis siltä, että laintulkintaratkaisut eivät välttämättä perustu puhtaasti pelkästään oikeudellisiin argumentteihin (formalistinen näkemys) vaan että kehystämällä voidaan vinouttaa tulkintaa. On toki huomioitava, että testihenkilöinä oli kolmannen vuoden opiskelijoita eikä ammattituomareita.⁶²

Toinen mielenkiintoinen esimerkki liittyy tekstuaalisen laintulkinnan apuvälineenä käytettyjen tekstikorpusten mahdollisiin tulkintaa vinouttaviin vaikutuksiin. USA:ssa jotkut tuomarit ovat jonkin sanan niin sanottua tavanomaista merkitystä selvittääkseen tukeutuneet sanakirjojen sijaan laajoihin sähköisiin tekstikorpuksiin, joihin on koottu valtava määrä erityyppisiä tekstejä pitkältä ajanjaksolta. On kuitenkin osoitettu, että korpuksat sisältävät stereotyyppioita muun muassa sukupuolesta. Esimerkiksi tietyt ammatit kytkeytyvät maskuliinisuuteen tai tietyt adjektiivit feminiinisuuteen. Vaikka korpusten käyttöä on perusteltu sillä, että ne lisäävät sanamuodon mukaisen tulkinnan tieteellisyyttä ja objektiivisuutta, toisin kuin turvautuminen sanakirjoihin tai pelkkiin omiin kielellisiin intuitioihin, korpuksat voivat kuitenkin ylläpitää ja vahvistaa esimerkiksi sukupuoleen liittyviä ennakkoluuloja tai stereotyyppioita.⁶³ Tämän tyyppistä laintulkinnan empiiristä tutkimusta olisi tärkeää ja mielenkiintoista kehittää näytön arvioinnin empiirisen tutkimuksen

61. Moa Lidén, *Confirmation bias in criminal cases*. Oxford University Press 2023, s. 160–181.

62. Michal Ovádek, *The apolitical lawyer: experimental evidence of a framing effect*. *European Journal of Law and Economics* 48(3) 2019, s. 385–415.

63. Matthew Jennejohn – Samuel Nelson – D. Carolina Nunez, *Hidden bias in empirical textualism*. *Georgetown Law Journal* 109(4) 2021, s. 767–812.

rinnalla, jotta päästäisiin paremmin käsiksi siihen, miten ajattelun vinoumat voivat vaikuttaa myös normipremessin muotoiluun.

Kiinnitämmekin vielä huomiota siihen fakta- ja normipremessin muodostamisen samankaltaisuuteen, että riippumatta siitä, onko kyseessä mannermainen vai common law'n jury-järjestelmä, sekä laintulkitsijat että näytön arvioijat ovat – ainakin vielä toistaiseksi – ihmisiä. Niinpä sekä oikeus- että faktakysymystä ratkaistaessa tulisi kiinnittää huomiota inhimillisen ajattelun heikkouksiin ja tiedollisiin riskeihin ja miettiä strategioita, joilla noita heikkouksia voitaisiin kompensoida ja riskejä minimoida. Toisin sanoen sekä laintulkintaa että näytön arviointia voidaan hahmottaa niin sanotun objektiivisuuden riskikäsitteen avulla. Tämän tieteenfilosofi Inkeri Koskisen kehittelemän käsityksen mukaan jonkin uskomuksen tai väitteen objektiivisuutta ei tulisi hahmottaa abstraktina vastaavuutena tosiasioiden kanssa totuuden korrespondenssiteorian mukaisesti vaan pohtimalla, millaisia tiedollisia riskejä juuri tähän tilanteeseen liittyy ja miten niitä voisi välttää.⁶⁴ Viimeaikainen näytön arviointiin liittyvä oikeuspsykologinen tutkimus näyttääkin intuitiivisesti nojaavaan juuri tällaiseen objektiivisuuskäsitykseen pyrkimällä tunnistamaan esimerkiksi todistajalauseintojen luotettavuuden arviointiin vaikuttavia virhelähteitä ja pohtimalla keinoja ehkäistä noita riskejä. Yksi tällainen keino on juuri ajattelun hidastaminen ja tietoinen vaihtoehtoisten hypoteesien arvioiminen.⁶⁵ Laintulkinnassa virheellisten tulkintojen riskiä voi vähentää ja laintulkinnan objektiivisuutta puolestaan edistää esimerkiksi testaamalla alustavaa hypoteesia normin merkityksestä useiden eri tulkintasääntöjen avulla.⁶⁶

Sellaista tuomaria, joka tiedostaa erilaisten ajattelun vinoumien mahdollisuuden ja inhimillisen tietokyvyn puutteet ja rajoitukset, voi pitää tiedollisesti vastuullisena.⁶⁷ Tämä on viime kädessä tärkein asia, joka tulisi muistaa niin normipremessin kuin faktapremessin muotoilussa. Kuten Allen ja Pardo toteavat, ”questions of law and fact both require epistemically responsible decision-making.”⁶⁸ Episteemisesti vastuullinen lainsoveltaja pyrkii kehittämään erilaisia tiedollisia hyveitä, kuten huolellisuutta, rehellisyyttä, nöyryyttä, uteliaisuutta ja avarakatseisuutta, sekä välttämään tiedollisia paheita, kuten liian nopeaa johtopäätöksiin hyppäämistä, toiveajattelua, älyllistä laiskuutta tai epärehellisyyttä. Hyve on käsite, jota sovelletaan yleensä moraalifilosofiassa, ja se viittaa kasvatuksen ja harjoituksen kautta syntyneisiin arvostettaviin luonteen-

64. Inkeri Koskinen, *Defending the risk account of scientific objectivity*. *The British Journal for the Philosophy of Science* 71(4) 2020, s. 1187–1207 ja Inkeri Koskinen, *Miten tieteenfilosofin tulisi tutkia objektiivisuuden käsitettä? Niin & näin* 2/2024, s. 21–32.

65. Ks. Marjosola – Saranpää – Korkman 2021.

66. Ks. Maija Aalto-Heinilä, *Laintulkinnan objektiivisuus episteemisten riskien hallinnan näkökulmasta*. *Lakimies* 7–8/2022, s. 1031–1051.

67. Hilary Kornblith, *Justified Belief and Epistemically Responsible Action*. *The Philosophical Review* 92(1) 1983, s. 33–48.

68. Allen – Pardo 2002, s. 1798.

piirteisiin ja käyttäytymistapoihin. Hyveistä on kuitenkin alettu puhua myös tiedollisten käytäntöjen yhteydessä.⁶⁹ Dualistisen faktan ja normin erottelun vastapainoksi oikeustieteellisessä koulutuksessa olisikin hyvä kiinnittää huomiota nimenomaan näihin yleisiin episteemisesti vastuullisen ajattelijan taitoihin.⁷⁰

6. Erottelun merkitys käytännössä

Jos oikeuskysymysten ja tosiasiakysymysten välillä ei abstraktilta tasolta katsottuna ole merkitseviä ontologisia tai epistemologisia eroja, miten niiden välistä eroa sitten tulisi hahmottaa vai pitäisikö koko erottelusta luopua? Sitä emme ehdota – erottelu on yleisesti sisäänrakennettu lainsäädäntöön (esimerkiksi oikeudenkäymiskaaren aina haastehakemuksesta tuomion perustelemiseen saakka), ja sillä on myös käytännön ratkaisutoiminnassa merkitystä. Kuten näimme, erottelulla on merkitystä esimerkiksi syytesidonnaisuutta arvioitaessa. Myös erilaiset prosessuaaliset konstruktiot perustuvat tälle erottelulle. Esimerkiksi oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) säännös jatkokäsittelyluvasta hovioikeuteen (OK 25a:11.2) nojautuu tosiasiakysymysten ja oikeuskysymysten välisen erottelun mahdollisuuteen: jos asiassa on kysymys yksinomaan näytön uudelleenarvioinnista, tulee sovellettavaksi niin sanottu korotettu jatkokäsittelylupakynnys. Samoin oikeudenkäymiskaaren säännös valitusluvasta korkeimpaan oikeuteen (OK 30:3.1) edellyttää oikeuskysymysten erottamista tosiasiakysymyksistä: ennakkopäätösperusteinen valituslupa viittaa käytännössä epäselvien ja tulkinnanvaraisten oikeudellisten kysymysten ratkaisemiseen.⁷¹

Tuomarin arkipäiväisessä työssä oikeuskysymykset ja tosiasiakysymykset myös tyypillisesti erotellaan ilman suurempia vaikeuksia. Jos esimerkiksi oikeudenkäynnissä esitetään kaksi kysymystä, mikä oli auton ajonopeus ja mikä oli alueella voimassa ollut tieliikennelain mukainen suurin sallittu nopeus, jokainen keskivertotuomari luonnehtii ensiksi mainitun kysymyksen tosiasiakysymykseksi ja jälkimmäisen oikeudelliseksi kysymykseksi.

Mutta jos ja kun erottelua ei voida teoreettisella tasolla kestävästi tehdä, mikä silloin on se metodi, jolla erottelu kuissakin olosuhteissa käytännössä tehdään? Seuraamme tässä Paul Kirgisiä, joka kehottaa käsitteiden teoreettisen määritte-

69. Ks. esim. Michael DePaul – Linda Zagzebski, *Intellectual virtue: perspectives from ethics and epistemology*. Clarendon 2007.

70. Mainio yleisten ajattelutaitojen kirja, jossa huomioidaan myös epistemologian ja etiikan välinen yhteys, on Julian Bagginin teos *How to think like a philosopher*. Granta Books 2023.

71. Ks. esim. Heikki Kemppinen, *Oikeudenkäyntimenettely korkeimmassa oikeudessa*. Alma Talent 2024, s. 60. Ks. myös preklusiosäännös (OK 30:7), joka koskee uutta todistelua mutta ei asian oikeudellista luonnehdintaa.

lyn sijaan katsomaan, millaiset kysymykset tuomarit tavanomaisesti laputtavat oikeudellisiksi ja mitkä tosiseikkakysymyksiksi.⁷²

Kaksiasianosaissuhteisessa oikeudenkäynnissä erottelu lienee helpompi konkretisoida kuin virallisperiaatevetoisessa oikeudenkäynnissä. Oikeudenkäynti alkaa sillä, että asianosaiset tarjoilevat tuomioistuimelle ongelman (riidan, kiistan) ja aineiston arviointeineen (tosiasiakysymykset), joiden perusteella katsovat, miten asia tulisi ratkaista. Oikeudelliset kysymykset puolestaan viittaavat yleisesti niihin, jotka tuomari prosessin aikana ja sen päätteeksi ratkaisee tuomitsijan roolissa. Erottelua voidaan siis hahmottaa sitä kautta, kuka on vastuussa tapauksessa arvioitavana olevan evidenssin keräämisestä ja esittelmäisestä. Asianosaiset tarjoilevat faktapremissiin liittyvän evidenssin, tuomarit puolestaan normipremissiin liittyvän muotoilun.

Se, minkä tyyppisellä aineistolla tosiasiakysymys ratkaistaan, vaikuttaa puolestaan siihen, millaiseksi oikeudenkäynti muodostuu. Jos tosiseikkakysymys voidaan ratkaista asiakirja-aineiston perusteella, tuomioistuimen arvioinnin voidaan katsoa olevan primääristi oikeudellista ja oikeudenkäynti voi olla kirjallinen. Jos tosiseikkojen selvittäminen edellyttää puolestaan henkilötodistelun vastaanottamista, oikeudellisen kysymyksen ratkaisemista edeltää suullisen näytön arviointi ja tuomioistuimen on toimitettava näytön vastaanottamiseksi pääkäsittely (suullinen käsittely). Normien ja faktojen erottelulla on siis ollut vaikutusta siihen, miten oikeudenkäynnin kulku on prosessioikeudellisesti järjestetty: suullinen kuuleminen liittyy lähtökohtaisesti faktapremissin selvittämisen tarpeeseen.

Tietyllä tapaa Allen ja Pardo ovat siis oikeassa siinä, että oikeuskysymykset ja tosiasiakysymykset voidaan erottaa vain funktionaalisilla ja pragmaattisilla kriteereillä – katsomalla, miten erottelu käytännössä tehdään ja mitä tarkoitusta se palvelee. Funktionaalisen kriteerin lisäksi tarvitaan kuitenkin myös teoria oikeuden ja ei-oikeuden erosta eli kriteeri myös sille, millaisen aineiston ja metodien avulla normipremissi muodostetaan. *Jura novit curia* -periaatteen mukaisesti oletus on, että tuomari tuntee lain. Tällöin hänellä on käytössään ikään kuin poimuri, jonka avulla hän ratkaistavana olevaan juttuun liittyvien tosiasioiden joukosta poimii normipremissin muodostamiseen kuuluvat asiat ja rajaa esimerkiksi oikeudellisesti irrelevantin lähdeaineiston tulkintavälineiden ulkopuolelle.

Selvää on, että jokaista kysymystä ei voida kategorisesti tyyppitellä normi- tai faktakysymykseksi. Kuten aiemmin näimme, esimerkiksi ”vaaran aiheuttaminen” voidaan nähdä joko tosiseikkana tai sen oikeudellisena arviona. Erilaiset sekä-että-tilanteet eivät kuitenkaan tarkoita sitä, että erottelu kävisi tyhjäksi. Kirgisin sanoin kysymys on ainoastaan siitä, että maailma sattuu olemaan kompleksinen. Joskus tosiseikkakomponentit ovat vallitsevia, joskus taas oikeudelliset

72. Paul F. Kirgis, Questions of fact in the practice of law: A response to Allen and Pardo's 'Facts in Law and Facts of Law'. *The International Journal of Evidence & Proof* 8(1) 2004, s. 47–61, 50.

komponentit.⁷³ Joka tapauksessa voidaan sanoa, että oikeus- ja tosiseikkakysymysten hahmottamisella on käytännössä ratkaiseva merkitys oikeudenkäynnin peruskysymyksenasettelun ja arvioitavana olevien osakysymysten jäsentämisessä sekä oikeudenkäynnin kulun kannalta.

7. Lopuksi

Kirjoituksemme tarkoitus on ollut muistuttaa faktapremissin unohdetusta asemasta oikeudellisen argumentaation teoriassa ja oikeudellisessa koulutuksessa. Oikeudellisen argumentaation teoria, ja oikeustieteen tieteenteoria yleisemmin, on tavallisesti keskittynyt laintulkinnan metodeihin. Näytön arvioinnista on olemassa oma rikas teoreettinen ja prosessioikeudellinen keskusteluperinteensä, mutta valitettavasti tämä perinne ja oikeudellisen argumentaation teoria elävät pitkälti erillistä elämäänsä. Olemme pyrkineet tässä artikkelissa tuomaan näitä kahta yhtä tärkeää oikeudellisen ratkaisutoiminnan osa-aluetta saman sateenvarjon alle ja tarkastelemaan laajemmasta perspektiivistä sitä, millaisia yhteyksiä ja eroja fakta- ja normipremissin muotoilussa on.

Normien ja faktojen ei voida luonnehtia eroavan ontologisesti toisistaan. Epistemologisesti normi- ja faktapremissin muotoilemisen erot ja yhtäläisyydet riippuvat tarkastelukulmasta. Osoitimme, että abstraktilta tasolta katsottuna sekä normi- että faktapremissin muodostamisessa kyse on evidenssin keräämisestä, jonka arvioinnissa tarvitaan pohjimmiltaan samanlaisia rationaalisen ja kriittisen ajattelun taitoja. Molempien yhteydessä tehdään todellisuudesta erilaisia tulkintoja ja erilaiset ajattelun vinoumat voivat vääristää lopputulosta. Lähempää katsottuna eroja toki on. Esimerkiksi evidenssiä etsitään eri paikoista riippuen siitä, onko selvitettävänä se kysymys, mitä tapahtui, vai se, miten tapahtunutta on oikeudellisesti arvioitava. Erottelulla on myös käytännössä merkitystä esimerkiksi siinä suhteessa, miten oikeudenkäynti prosessuaalisesti etenee.

Argumentaatioteoriaa olisi mielestämme hyvä kehittää holistisempaan suuntaan esimerkiksi lisäämällä laintulkinnan teoreetikkojen ja prosessi- ja todistus-oikeuden tutkijoiden välistä yhteistyötä. Tämä olisi yksi keino vastata artikkelin alussa mainitsemaamme Twininginkin esittämään toiveeseen, että myös faktat tulisi ottaa vakavasti oikeustieteellisessä koulutuksessa. Oikeudellinen argumentaatioteoria on kansainvälisestäikin edelleen leimallisesti kiperän oikeuskysymyksen perustelemisen teoriaa.

Onko tällaisesta teoretisoinnista, jossa normeja ja faktoja tarkastellaan holistisesti melko abstraktilla tasolla, mitään käytännön hyötyä? Artikkelin alussa

73. Kirgis 2004, s. 60.

totesimme, että varsinkin koulutukseen kohdistuu paineita kytkeä teoreettinen opetus vahvemmin praktisiin tarpeisiin. Tähän voi tietysti vastata kiistämällä sen, että oikeusteoreettisen tutkimuksen ja opetuksen pitäisi aina johtaa välittömiin käytännön hyötyihin. Ne voidaan nähdä itseisarvoisina tai hyötyjen voidaan nähdä liittyvän yleisempään ja vaikeammin mitattavissa olevaan itsensä ammatilliseen sivistämiseen ja oikeudellisen ajattelun kehittämiseen. Uskomme kuitenkin, että artikkelimme johtopäätökset eivät ole käytännön kannalta irrelevantteja. Ensinnäkin se sinänsä varsin yleisen tason huomio, että myös normien tulkinta on lopulta hyvin samantyyppistä evidenssiin pohjautuvaa päättelyä kuin tosiseikkojen selvittäminen, voi muuttaa sitä käsitystä, että oikeustiede normeja tulkitsevana tieteenä ei voisi tuottaa mitään varsinaista tietoa. Toiseksi artikkelimme voi auttaa tiedostamaan niitä episteemisiä riskejä, joita sekä normi- että faktapremissin muotoiluun liittyy. Faktat ovat tulkinnanvaraisia siinä missä kielellisesti ilmaistut normitkin, ja erilaiset ajattelun vinoumat vaativat niin intuitiivisiin kokemussääntöihin kuin vakiintuneisiin ja eksplisiittisiin laintulkintametodeihinkin nojaavia tuomareita.

Kolmanneksi voidaan vielä väittää, että yleiset argumentaatio- ja tulkintataidot sekä teoreettisen ajattelun valmiudet ovat työelämän kannalta entistä tärkeämpiä, kun aineellisoikeudellinen sääntely muuttuu ja pirstaloituu yhä nopeammassa tahdissa. Näytön arvioinnin peruskäsitteiden, retoristen ja narratiivisten teorioiden sekä todistajanpsykologian ja tieteenfilosofian perusteiden tunteminen on sellainen yleistaito, joka palvelee yleensä varsin hyvin myös oikeudellisen asiantuntijuuden vaatimusten muuttuessa.⁷⁴ Nämä odotukset asettavat tietysti laadullisia vaatimuksia niin oikeusteorian oppiaineelle kuin oikeudelliselle koulutukselle ylipäätään. Tällaisten yleisten valmiuksien tutkiminen ja opettaminen vaativat eri oikeudenalojen ja tieteenalojen välistä yhteistyötä. Kirjoitustamme voi pitää keskustelunavauksena ja kehotuksena tällaiseen yhteistyöhön. Yhä kapea-alaisemman aineellisoikeudellisen erikoistumisen vastapainoksi koulutuksessa ja tutkimuksessa tarvitaan myös holistista lähestymistapaa ja katseen kiinnittämistä oikeudellisen ajattelun välineiden monipuoliseen kehittämiseen.

74. Oikeustieteellisen alan korkeakoulutuksen arviointi 2021, s. 77, 80, 83, 91. Ks. myös Roland Fletcher, Legal education and proposed regulation of the legal profession in England and Wales: a transformation or a tragedy? *The Law Teacher* 50(3) 2016, s. 371–385; Jaakko Husa, Comparative law in legal education – building a legal mind for a transnational world. *The Law Teacher* 52(2) 2018, s. 201–215; Daniel Martin Katz, The MIT School of Law? A Perspective on Legal Education in the 21st Century. *University of Illinois Law Review* 5 (2014), s. 102–142, 133 ja Aalt Willem Heringa, European Legal Education or Legal Education in Europe. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 18(3) 2011, s. 221–224, 223.

Facts and norms: from a dualistic to a more holistic theory of legal argumentation

MAIJA AALTO-HEINILÄ, Ph.D., Docent, University of Lapland; University Lecturer, University of Eastern Finland – MIRJAMI PASO, LL.D., Docent, University of Lapland; Judge, Court of Appeal of Helsinki; Professor of Practice, University of Eastern Finland

The structure of a legal decision is often represented by means of a syllogism in which the legal conclusion is deduced from the norm premise and the fact premise. In the theory of legal argumentation, the main focus has been on how the norm premise can be specified by means of different methods of interpretation. Less attention has been paid to the construction of the fact premise, and discussions regarding the evaluation of evidence are typically kept separate from theories of legal interpretation. In our article, we bring these two equally important parts of legal decision-making under the same umbrella and point out some ontological and epistemological similarities between questions of law and questions of fact. This is not meant to dismiss the practical function of the law/fact distinction: it is important especially with regard to the structuring and organising of court proceedings. However, recognising similarities between the formation of the norm premise and the fact premise may have an impact on how the nature of legal dogmatics is understood, as well as make us aware of the epistemic risks involved in both stages. We conclude our article by encouraging legal scholars from different fields to co-operate in the development of more holistic approaches to legal thinking, in which norms and facts are viewed from a more general perspective.

Strateginen yritysoikeus oikeustutkimuksessa

HAKUSANAT: yritysoikeus, yritys juridiikka, strateginen yritysoikeus

1. Johdanto

Oikeustutkimuksen keskeisimpänä tehtävänä voitaneen pitää voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämistä. Sen mukaisesti esimerkiksi akateemisessa siviilioikeuden tutkimuksessa yritysten liiketoiminnan kehittämisen näkökulma ei ole kysymyksenasettelussa erityisen tyypillinen¹ ja usein se saattaa tulla esiin pikemminkin sivuhuomiona kuin varsinaisena tutkimuksen tavoitteena tai kohteena. Tällainen näkökulma saattaa jopa piiloutua osaksi tavanomaista voimassa olevan oikeuden analyysia. Yrityksen liiketoiminnan näkökulma on siis mukana tutkimuksessa, mutta ei ole tutkimuksen tekemisen keskiössä.

Erilaisissa oikeudellisissa käytännöissä juridisen osaamisen rooli on kuitenkin usein moninainen. Juridiikkaa tarvitaan oikeustilan selvittämisen ohella myös välineenä yritysten ja muiden organisaatioiden sekä yksityishenkilöiden päämäärien toteuttamiseksi. Silloin on arvioitava, millainen oikeudelliseen sääntelyyn kytkeytyvä toimintatapa olisi yritykselle tai muulle taholle liiketaloudellisesti perusteltu tietyn tavoitteen saavuttamiseksi tai riskien hallitsemiseksi. Tällöin ongelma nousee suoraan liiketoiminnallisesta kysymyksestä, mikä on harvinaista perinteiselle oikeustieteelliselle tutkimukselle.

Liiketoiminnan monet käytännöt toimivat oikeustutkimuksen luomalla perustalla. Jos yritysoikeus haluaa palvella liiketoimintaa kattavasti, liiketoiminnan käytännöt haastavat voimassa olevan oikeuden tutkimustradition riittävyden ja oikeustutkimuksen metodit. Tämä onkin synnyttänyt kasvavassa määrin ainakin osittain uudentyyppistä tutkimusta, joka on määriteltävissä oikeustutkimukseksi. Kun yritysoikeuden tutkimuksessa kiinnitetään huomiota siihen, millaiset käytännön valinnat ja toimintamallit ovat tarkoituksenmukaisia tietyn liiketoiminnallisen tai oikeudellisen ongelman ratkaisemiseksi, näkökulma poikkeaa perinteisestä lainopillisesta tutkimuksesta.

* Vesa Annola, KTT, OTT, VT, professori, Vaasan yliopisto; vieraileva professori, Helsingin yliopisto – Veikko Vahtera, OTT, VTM, professori, Tampereen yliopisto.

1. Ks. kuitenkin esimerkiksi Kalle Määttä, Yritysoikeus yritystoiminnan suunnittelussa. Edita Publishing 2005, s. 32.

Yritysten liiketoiminnallisen tai muun tavoitteellisen näkökulman huomioiminen voi merkitä joko yksittäisen yrityksen tai laajemmin yritysmaailman intressien lähtökohtaa.² Se muuttaa oikeusnormien roolin kohteesta välineeksi. Tavoite voidaan kuitenkin toteuttaa eri tavoin ja erilaisia näkökulmia seuraten. Suuntausta kutsutaan tässä yleisesti strategiseksi yritys oikeudeksi. Olennaista suuntauksessa on, että oikeusnormit nähdään välineellisinä liiketoiminnan edistämisessä.

Strategisen näkökulman omaksumisen myötä voi tutkimuskohteen muuttumisen ohella muuttua myös tutkimustulosten luonne. Perinteisten lainopillisten normien sisältöä koskevien tulkintasuositusten sijasta tai ainakin ohella tuloksena voi olla myös toimintasuositus³: se on ainakin osittain oikeudelliseen analyysiin perustuva suositus toimintamallista, jonka avulla liiketaloudellisesti määritetty tavoite on saavutettavissa.

Toimintasuositus voi keskeisesti muodostua siitä, minkälainen oikeudellisesti relevantti väline tai tulos on tutkimuksen perusteella tarkoituksenmukainen. Strategisen yritys oikeuden tutkimus ja suunnittelu voivat sen mukaisesti kohdistua esimerkiksi sopimukseen, yhtiöjärjestykseen, tarjoukseen, mainokseen, arvopaperien esitteeseen, sisäpiiritietoa koskevaan pörsstitiedotteeseen tai verohallinnon ohjeeseen. Tämänkaltaisia strategisen yritys oikeuden tutkimuskohteita ja tuotoksia kutsutaan jäljempänä kootusti ”oikeusartefakteiksi”⁴.

Tässä artikkelissa tarkastellaan, mitä strateginen yritys oikeus on, millainen merkitys strategisella yritys oikeudella on erityisesti siviilioikeudellisessa yritys oikeuden tutkimuksessa ja millaisia liityntöjä sillä on tiettyihin oikeustieteessä yleisesti käytettyihin metodeihin ja lähestymistapoihin.⁵ Artikkelin tavoitteena on ensinnäkin tuoda esiin, miten ja millaisissa tilanteissa yritystoiminnan liiketaloudellisia näkökohtia voidaan ottaa huomioon osana perinteistä oikeudellista tutkimusta. Tältä osin tarkastelu suhteutetaan lainopin ohella oikeustaloustie-

2. Matti Rudanko, Yritysjuridiikka – kauppaoikeutta vai liiketaloutta. Lakimies 7–8/2004, s. 1225–1243, 1226.
3. Ks. Vesa Annola, Sopimuksen dynaamisuus. Talousoikeudellinen rakennetutkimus sopimuksen täydentymisestä ja täydentymisen ohjaamisesta. Turun yliopisto 2003, s. 40.
4. Artefaktin käsitteestä ks. Stefania Passera, Beyond the wall of contract text. Visualizing contracts to foster understanding and collaboration within and across organizations. Aalto University 2017.
5. Tässä artikkelissa tarkastellaan lähinnä yksittäisiin oikeusartefakteihin kohdistuvaa strategista yritys oikeutta. Strateginen yritys oikeus voi kuitenkin kohdistua myös suurempiin kokonaisuuksiin. Yhdysvalloissa merkittävä huomio on kohdistettu yrityksen yleistä oikeudellista strategiaa koskevaan tutkimukseen. Suuntausta kutsutaan Law and Strategy -tutkimukseksi. Sen keskeinen kehittäjä on ollut Robert Bird. Bird on jakanut oikeudellisen strategian viiteen vaiheeseen. Erottelu tuo havainnollisesti esille, kuinka lain ja sääntelyn rooli voi yrityksen strategiassa vaihdella lähtien välttelystä ja edeten siihen, että strategia voi vaikuttaa lopulta jopa yrityksen missiota muuttavasti. Ks. Robert Bird, Pathways of legal strategy. Stanford Journal of Law, Business & Finance 14(1) 2008, s. 1–40. Suuntauksen merkityksestä ks. Robert Bird – Justin W. Evans, What is the Impact of Legal Strategy? American Business Law Journal 61(2) 2024, s. 113–133, 8 ss.

teeseen ja oikeustutkimuksen *de lege ferenda* -näkökulmaan. Toiseksi tarkoitus on analysoida, miten yrityksen liiketaloudellisten seikkojen huomioimista strategisessa yritysoikeustutkimuksessa voidaan hyödyntää suhteessa perinteisiin oikeudellisen tutkimuksen metodeihin. Tältä osin tarkastelu keskittyy pääosin sopimusoikeudellisiin mahdollisuuksiin. Tämä johtuu yhtäältä tutkimuksen aiemmasta sisällöllisestä painottumisesta ja toisaalta siitä, että sopimusoikeus tarjoaa sopimusoikeuteen liittyvän laajan sopimusvapauden myötä ehkä laajimmat mahdollisuudet strategisen yritysoikeuden toteuttamiseen. Sopimus on myös käytetyin instituutio liiketoimintatransaktioiden tekemisessä.

Kirjoituksessa tuodaan esiin erilaisia tapoja hyödyntää strategista yritysoikeutta liiketoiminnan edistämisessä. Artikkelissa arvioidaan lopuksi myös strategisen yritysoikeuden metodista asemaa osana oikeustutkimusta. Voidaanko siis strategisen yritysoikeuden näkökulmaa pitää hyväksyttävänä oikeudellisena tutkimuksena? Tältä osin pyrkimyksenä on artikkelin viimeisessä luvussa lyhyesti perustella, miten strategisen yritysoikeuden huomioiminen voi monipuolistaa perinteistä oikeustutkimusta.

Strategisessa yritysoikeudessa tutkimusta jatketaan pidemmälle perinteisen lainopin kohteesta ja tuloksista. Voimassa olevan oikeuden lisäksi huomioon on silloin otettava myös yrityksen tai muun asianomaisen toimijan tavoitteet. Oikeusnormien muuttuessa kohteista välineiksi aineisto laajenee. Oikeudellisen aineiston ohella hyödynnettävään materiaaliin voisi periaatteessa sisältyä ainakin liiketaloustieteellistä, (kansan)taloustieteellistä, suunnittelutieteellistä, viestintätieteellistä, tuotantotaloudellista, johtamistieteellistä ja teknistieteellistä aineistoa. Sen mukaisesti tarkasteltava ilmiö voitaisiin hahmottaa hyvin eri tavoin. Tässä artikkelissa näkökulma säilyy kuitenkin oikeudellisena.

2. Mitä on strateginen yritysoikeus?

Strateginen yritysoikeus kytkeytyy aina jollain tavalla olemassa oleviin tai mahdollisesti tulevaisuudessa eteen tuleviin käytännön ongelmiin tai tarpeisiin. Yritysoikeudessa strategisuutta tarkastellaan tyypillisesti yrityksen kannalta mutta toimija voi olla myös yksityinen, esimerkiksi työsopimuksen sisällöstä neuvotteleva luonnollinen henkilö tai julkishallinnon taho, kuten kunta. Tällaista lähestymistapaa voidaan sen pääasiallisen käyttökohteen perusteella kutsua strategiseksi yritysoikeudeksi, vaikka se sinänsä ja lähestymistapana soveltuu niin julkisen sektorin toimijoiden kuin yksittäisten luonnollisten henkilöiden toimintamahdollisuuksien analysointiin.

Tässä artikkelissa tarkasteltavassa strategisessa yritysoikeudessa on pitkälti kysymys yritysoikeuden liiketaloudellisesta käytöstä. Siinä tarkastellaan, millaista lisäarvoa juridiikan näkökulmat voivat tuoda liiketoimintaan erilaisten liiketaloudellisten näkökulmien lisäksi. Tämä lisäarvo ilmenee talouselämän suhteiden tehokkaassa ja tarkoituksenmukaisessa järjestelyssä.⁶ Strategisessa yritysoikeudessa ei ole kysymys varsinaisesta oikeustieteellisen tutkimuksen itenäisestä metodista. Kysymys on pikemminkin lähestymistavasta, jolla pyritään löytämään tarkoituksenmukaisia toimintamalleja liiketoiminnassa käytännössä esiin tuleviin ongelmiin. Strategisessa yritysoikeudessa hyödynnettävien metodien tarkempi sisältö voi määräytyä osittain yksittäistapauksellisten olosuhteiden ohjaamana.

Strategisen yritysoikeuden lähestymistavalla saatavat lopputulemat toimintatavoiksi saattavat olla toisinaan geneerisiä, jos tarkasteltava kysymys on varsin yleinen. Tulos on silloin usein myös yleistettävissä ja tieteellisin menetelmin toistettavissa. Tämä saattaa olla luomassa teoriaa strategiselle yritysoikeudelle. Esimerkiksi strategiseen tarpeeseen perustuva suojautuminen tietyiltä vakiintuneilta ja yleisesti esiintyviltä sopimusriskeiltä tapahtuu sopimuksissa yleisesti käytettyjen vastuunrajoituslausekkeiden avulla. Strategisen yritysoikeuden välineitä voidaan mahdollisesti hyödyntää myös silloin, kun tarkasteltava kysymys on spesifi ja siihen vaikuttavat tarkastelun kohteena olevan yrityksen toimiala ja jopa yksittäisen yrityksen liiketoiminnalliset erityispiirteet. Vaikka teoriaa vahvistavaa yleistettävyyttä ei olisikaan, prosessin myötä luotu toimintaohje voi toimia käytännöllisen ongelman ratkaisijana. Strategista yritysoikeutta on siksi mahdollista hyödyntää myös silloin, kun tarkastelun tulos on korostetun yksittäistapauksellinen.

Strateginen yritysoikeus voi olla juridiikkalähtöistä tai liiketalouslähtöistä. Sen mukaisesti oikeudellisen osaamisen rooli voi vaihdella. Vaihtoehtoja muodostuu ainakin kolme. Ensinnäkin juridiikkalähtöisessä strategisessa yritysoikeudessa arvioidaan, millainen toimintatapa olisi yritykselle sovelias jonkin oikeudellisen ongelman ratkaisemiseksi. Esimerkiksi se, millaista riidanratkaisutapaa yritys suosii liikesopimuksissaan, pohjautuu siihen, miten oikeudellinen ongelma saadaan ratkaistua tehokkaalla ja tarkoituksenmukaisella tavalla. Strateginen yritysoikeus tuottaa silloin oikeudellisia ratkaisuja oikeudellisiin ongelmiin.

Toiseksi liiketalouslähtöisessä strategisessa yritysoikeudessa pohdittava ongelma on liiketaloudellinen. Tästä esimerkkinä voidaan mainita yrityksen rahoituskustannusten minimointi, jonka osalta sopimukseen otettavat maksuaikaehdot voivat tuottaa toimivia ratkaisuja. Tällöin juridisten keinojen tunnistaminen

6. Rudanko 2004, s. 1226.

on apuväline pohjimmiltaan liiketaloudelliseen ongelmaan. Silloin strateginen yritysoikeus tuottaa oikeudellisia ratkaisuja liiketaloudellisiin ongelmiin.⁷

Kolmanneksi on mahdollista, että vain liiketaloudellisella arvioinnilla määritettävissä oleva seikka on sisällytetty osaksi yritysoikeudellista lainsäädäntöä. Liiketaloudellisen aineiston hyödyntämistä on tällöin vaikea välttää. Tällaisia normeja sisältyy esimerkiksi osakeyhtiölaissa (624/2006, OYL) säädettyyn suunnattuun osakeantiin ja arvopaperimarkkinalainsäädännön sisältämään sisäpiiritiedon määritelmään. Näissä tilanteissa liiketaloustieteellinen tarkastelu tuottaa sisällön oikeudelliselle analyysille hyvin pitkälti perinteisen lainopillisen tarkastelun tapaan, mutta tarkastelu saattaa edellyttää myös strategisen yritysoikeuden näkökulmaa, kun arvioidaan säännöksen käytännön soveltamistilanteita. Esimerkiksi OYL 9:4:ssä säädetyn suunnatun osakeannin edellytyksenä on painava taloudellinen syy ja suunnatun annin hyväksyttävyyttä arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota osakkeen merkintähinnan ja käyvän hinnan suhteeseen.⁸ Tällöin liiketaloudelliset tekijät ja osakkeen merkintähinnan ja käyvän hinnan suhde tosiasiaassa määrittävät sen, milloin osakeyhtiön on hyväksyttävää hankkia omaa pääomaa suunnatun osakeannin avulla. Tällöin tarvitaan ensinnäkin liiketaloudellista ymmärrystä sen hahmottamiseksi, milloin säännöksiin mukaan on ylipäättään mahdollista tehdä tietty liiketaloudellisestikin perusteltu toimenpide, kuten oman pääoman hankinta suunnatun osakeannin avulla. Näin saadun tiedon käytännön soveltaminen yksittäistapauksissa edellyttää kuitenkin ymmärrystä kohdeyhtiön liiketoiminnallisista piirteistä, jotta osakeannin hyväksyttävyyttä voidaan arvioida.

Strateginen yritysoikeus liittyy usein yritysten oikeudelliseen riskienhallintaan (sopimusehdot ja niiden mahdollisuudet), transaktiokustannusten minimointiin oikeussuhteiden järjestämisessä (sopimustoiminta yleisesti) tai oikeudellisesti kestävien toimintavaihtojen valintaan. Yritysoikeudellisessa tutkimuksessa korostuu perinteisen oikeusdogmatiikan lisäksi silloin oikeustaloustiede, jossa huomio kohdistuu oikeussääntöjen ja niiden hyödyntämisen taloudelliseen tehokkuuteen. Tällä lähestymistavalla on usein kiinteitä liityntöjä taloustieteellisiin analyysikeinoihin.

Näiden klassisten metodien lisäksi strategisessa yritysoikeudessa voidaan ottaa huomioon myös yritystoiminnan liiketaloudellisia näkökohtia, joissa on kysymys suunnittelun tuomisesta mukaan oikeusnormien analyysiin. Tällöin tarkastelussa on erityisesti se, millaisia oikeusnormien mahdollistamia toimin-

7. Tämä ei tarkoita, etteivätkö optimaalisen ratkaisun määrittämisessä oikeustutkimuksen ohella myös muut tutkimusalat voisi olla relevantteja tai jopa ratkaisevia. On siis mahdollista, että tällaisissa tapauksissa varsinaisen ratkaisun ongelmaan tuottaa esimerkiksi palvelumuotoilu. Siitä huolimatta oikeustutkimuksen tehtävänä on varmistaa, että lopputulos on pätevä lainopin välinein arvioitaessa.

8. Ks. suunnatun annin edellytyksien arvioimisesta Jukka Mähönen – Seppo Villa, Osakeyhtiö II – Pääomarakenne ja rahoitus. Alma Talent 2020, s. 236–343.

tavaihtoehtoja voidaan pitää sääntelyn kohteena olevien yritysten tai muiden toimijoiden kannalta liiketaloudellisesti perusteltuina. Tällaisella lähestymistavalla on yhteyksiä ennakoivan oikeuden ajattelutapaan.⁹

Erityisesti niin sanotun legal designin eli oikeusmuotoilun¹⁰ taustalla voidaan nähdä pyrkimys ottaa huomioon juridiikan käyttäjien tarpeet oikeusnormien sisältöä ja tehokkuutta arvioitaessa. Yritysoikeuden käyttäjät saattavat joskus olla oikeudellisen koulutuksen saaneita, mutta he voivat olla myös liiketoimintataustaisia henkilöitä, joiden ammatillisesti vahvin osaaminen on muualla kuin lainsoveltamisessa.¹¹ Oikeudellisia ratkaisuja ei voida tehdä vain juridisia asiantuntijoita varten. Yhdistettäessä oikeusmuotoilun ajattelutapaa strategiseen yritysoikeuteen on tehokkaita ja tarkoituksenmukaisia toimintamalleja analysoitaessa otettava huomioon tutkimuksen juridisen lopputuotoksen eli oikeusartefaktin – tyypillisimmin sopimuksen – käytännön soveltajien tarpeet.

3. Strategisen yritysoikeuden suhde oikeustieteen metodeihin

3.1. Strateginen yritysoikeus ja lainoppi

Strategista yritysoikeutta sisältävä tutkimuksellinen lähestymistapa pohjautuu lähes poikkeuksetta lainopilliselle tarkastelulle. Tulosten tulee olla voimassa olevan oikeuden osalta toimeenpantavissa. Yleisesti käytetyn määritelmän mukaan lainoppi on voimassa olevien oikeusnormien sisällön selvittämistä eli tulkintaa ja systematisointia.¹² Systematisointi on voimassa olevien oikeusnormien järjestämistä siten, että niiden tulkinta on kokonaisuutena arvioiden mielekästä ja koherenttia. Arvioitaessa sitä, mikä on jonkin toimijan näkökulmasta tarkoituksenmukainen toimintamalli, muodostaa lainopillinen analyysi voimassa olevasta sääntelystä tarkastelun lähtökohdan. Toisin sanoen toimijan lähtökohtaisesti ajatellaan toimivan oikeudellisen sääntelyn asettamien reunaehtojen mukaisesti.

9. Ks. ennakoivan oikeuden menetelmistä yleisesti esimerkiksi Soili Nystén-Haarala, Ennakoivan sopimisen tutkimusmenetelmät. Lakimies 7–8/2017, s. 1015–1035.

10. Ks. The Legal Design Alliancen kuvaus oikeusmuotoilun tehtävästä: “Legal design applies human-centered design to the world of law to enable desirable outcomes and prevent the causes of problems from arising and developing into conflict and disputes.” Ks. kuvaus osoitteessa <https://www.legaldesignalliance.org/> (vierailtu 26.8.2024). Niina Toivonen – Jaana Kovalainen, Kohti ihmislähtoisempää oikeutta muotoilun avulla. Lakimies 7–8/2023, s. 1179–1203.

11. Oikeusmuotoilua voidaan toteuttaa moniammatillisissa tiimeissä, joissa oikeudellinen osaaminen on yksi alue muiden joukossa, ks. esim. Helena Haapio, Next Generation contracts: a paradigm shift. Lexpert 2013.

12. Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria. WSOY 1989, s. 57.

Strategista yritysoikeutta käytettäessä lainopillista analyysia siis tarvitaan voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämiseksi ennen kuin voidaan arvioida, minkälaiset toimintamallit ovat oikeudellisesti hyväksyttäviä sekä toteuttamiskelpoisia. Strategisen yritysoikeuden tarkastelua edeltää siksi lainopillinen analyysi. Nimenomainen tai implisiittinen.

Lainoppi jaetaan monesti teoreettiseen eli systematisointeja tuottavaan lainoppiin sekä käytännölliseen lainoppiin, jossa on pelkistetyimmillään kysymys yksittäisen säännöksen sisällön selvittämisestä.¹³ Hyvin usein strategisessa yritysoikeudessa on riittävä käytännöllisen lainopin taso, mutta toisinaan strategisessakin yritysoikeudessa tarvitaan laajempaa systeemitasoa, kun arvioidaan voimassa olevien säännösten tulkintojen koherenssia oikeusjärjestelmässä. Lisäksi käytännöllisen lainopin taustalla vaikuttavat aina ne teoreettisen lainopin tuottamat yleiset opit ja periaatteet, joille yksittäiset tulkintasuositukset rakentuvat.¹⁴ Strategisen yritysoikeuden pohjalle siis riittää yleensä käytännöllinen lainoppi, mutta syvällisemmässä analyysissa myös teoreettisen lainopin taso on tarpeellinen.

Lainopin tehtävää eli oikeusnormien tulkintaa voidaan myös strategisen yritysoikeuden yhteydessä toteuttaa erilaisin tavoin. Strategisen yritysoikeuden lähtökohtana on tyypillisesti se, että voimassa olevan oikeuden sisällöstä annetaan objektiivinen kuva. Tällöin lainopillista tarkastelua ei ohjaa tutkimuksen tekijän halu esittää säännösten sisällöstä sellaisia tulkintasuosituksia, jotka olisivat arvioitavan toimijan kannalta mahdollisimman hyviä. Toisin sanoen strateginen yritysoikeus ei ole varsinaisesti yrityksen kannalta parhaiden tulkintasuositusten etsimistä. Tämä lähestymistapa on riippumaton siitä, halutaanko tarkoituksenmukaisia toimintasuosituksia antaa yritykselle tai esimerkiksi yksittäiselle luonnolliselle henkilölle. Toisin sanoen jos arvioidaan esimerkiksi työntekijän kannalta tarkoituksenmukaisia työ- tai kilpailukieltosopimuksen ehtoja, voimassa olevan oikeuden sisällöstä ei pyritä antamaan kuvaa, jossa painottuisi työntekijää suosiva tulkinta objektiiviseen lähestymistapaan verrattuna.

Mikään ei kuitenkaan estä sitä, että strategisen yritysoikeuden tavoitteeksi otetaan sellainen lainopillinen tarkastelu, jossa voidaan etsiä perusteluja sellaiselle lainopilliselle tulkinnalle, joka olisi tarkasteltavan toimijan kannalta mahdollisimman hyvä. Tällainen tietyn osapuolen intressiä puoltava tulkinta voi joskus pohjautua arvostuksenvaraisiin tavoitteisiin, kuten taloudellisen tehokkuuden tavoitteluun tai oikeussuhteen heikomman osapuolen, kuten työntekijän tai kuluttajan, suojelemiseen. Tulkitsija voi perustella valintaansa myös sillä, mitä hän pitää vallitsevana arvokäsityksenä yhteiskunnassa, mutta se, onko hän ollut

13. Ks. Aarnio 1989, s. 302–304.

14. Aarnio 1989, s. 304.

vallitsevan arvokäsityksen ilmaisija, ilmenee mahdollisesti – jos koskaan – vasta sitten, kun tulkintaa arvioidaan jälkikäteen oikeusyhteisössä.¹⁵

Riippumatta siitä, asetetaanko lainopilliselle tarkastelulle joko nimenomaisesti julkilausuttu tai piilotettu tavoite valikoida sellaisia tulkintasuosituksia, jotka ovat tarkasteltavan toimijan kannalta hyviä, on strategisessa yritysoikeudessa tehtävän lainopillisen analyysin oltava jossain suhteessa realistinen, jotta se voisi palvella tarkasteltavan toimijan etua. Strateginen yritysoikeus ei siis ole asianajoa konkreettisesti riita-asiassa¹⁶ vaan tulevaisuuden varalle tehtävien oikeudellisten toimintavaihtoehtojen analysointia. Sen takia ei olekaan perusteltua esittää voimassa olevasta oikeudesta vääristynyttä kuvaa, eräänlaista toimijan toiveunta, sen takia, että kyseinen tulkinta olisi toimijalle parempi kuin objektiivinen arvio voimassa olevan sääntelyn sisällöstä. Tällöin mahdollisessa konfliktitilanteessa taho todennäköisesti perustaisi toimintansa säännösten sisältöä koskevaan vääristyneeseen kuvaan, joka olisi omiaan johtamaan esimerkiksi häviöön tuomioistuinprosessissa ja sen mukanaan tuomaan oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuuteen. Tätä merkittävämpiä kustannuksia saattaa lisäksi syntyä oikeudellisen kiistan ratkaisemiseen kuluneesta ajasta sekä riitaisuuden aiheuttamasta liikesuhteiden päättymisestä ja epäluottamuksesta. Pahimmillaan näiden jäljempänä mainittujen seikkojen aiheuttama taloudellinen vahinko voi olla moninkertainen itse riidan taloudelliseen arvoon nähden. Strateginen yritysoikeus siis rakentuu aina perusteltavissa olevalle näkemykselle voimassa olevan oikeuden sisällöstä.

On kuitenkin huomattava, että lainopillinen tarkastelu on strategisessa yritysoikeudessa vain lähtökohta. Toisin sanoen juridinen liiketoimintaosaaminen ei tyhjene pelkkään oikeussääntöjen osaamiseen eli sen tunnistamiseen, mikä on säännösten sisältö, taikka siihen, miten mahdolliset konfliktitilanteet ratkaistaan.¹⁷ Lainopillisen tiedon eli säännösten oikeudellisen sisällön lisäksi strategisessa yritysoikeudessa on tärkeä tunnistaa se, miten oikeusnormien sisältö suhteutuu yhtiön liiketaloudellisiin olosuhteisiin. Yrityksen sopimuksiin otettavat määräykset esimerkiksi maksuehdoista on perusteltua sovittaa yhteen yhtiön toimialan yleisten käytänteiden ja yhtiön omien rahoitustarpeiden kanssa. Näin ollen pelkkä säännösten sisällön tuntemus ei yleensä anna suoraan vastausta siihen, miten tietyn yrityksen kannattaa valita oma oikeudellinen toimintatapa oikeudellisen sääntelyn mahdollistamista vaihtoehdoista. Lisäksi on huomattava, että tietyn tahon kannalta tarkoituksenmukainen toimintatapa ei ole välttämättä realistinen, jos vastapuoli ei todennäköisesti hyväksy tällaista menettelyä, kuten ankaraa sopimussakkolauseketta tai muuta sopimuksen ehtoa, jolla esimerkiksi

15. Aarnio 1989, s. 242–243.

16. Rudanko 2004, s. 1226 toteaa, että kysymys ei ole liikemaailman asianajon teoriasta vaan sen tarkastelusta, millaista on yritysjuridiikan liiketaloudellinen käyttö.

17. Rudanko 2004, s. 1231.

siirretään liiketoiminnallista riskiä toiselle osapuolelle selvästi enemmän kuin kyseisellä alalla on tavanomaista. Kyky tuottaa strategisen yritysoikeuden kannalta tarkoituksenmukaisia lopputulemia ja toimintasuosituksia edellyttääkin yleensä tarkasteltavaan kysymykseen liittyvän liiketoimintaympäristön hyvää tuntemista.

Vaikka edellä on todettu strategisen yritysoikeuden tyypillisen lähtökohdan perustuvan siihen, että toimijat valitsevat itselleen mielekkään toimintamallin voimassa olevan lainsäädännön oikeusnormien rajoissa, saattaa strategisessa yritysoikeudessa toisinaan tulla arvioitavaksi myös oikeusnormien rikkomisen mahdolliset kustannukset ja hyödyt. Esimerkiksi siitä, milloin laissa säädetyn velvoitteen laiminlyönti voidaan nähdä tarkoituksenmukaiseksi, käy osakeyhtiölaissa säädetty hallituksen velvollisuus ilmoittaa yhtiön oman pääoman negatiivisuus rekisteröitäväksi.¹⁸

OYL 20:23.1:ssä säädetään, että jos yhtiön hallitus havaitsee, että yhtiön oma pääoma on negatiivinen, hallituksen on viipymättä tehtävä osakepääoman menettämisestä rekisteri-ilmoitus. Säännöksen tarkoituksena on suojata erityisesti yhtiön velkojia, eli kun esimerkiksi tavarantoimittajat saavat tiedon yhtiön oman pääoman menettämisestä, he todennäköisesti lopettavat tuotteiden myynnin velaksi. Mikäli hallitus laiminlyö edellä säädetyn ilmoitusvelvollisuuden, voi siitä seurata hallituksen jäsenille vahingonkorvausvastuu yhtiön velkojille, mikäli muut vahingonkorvausvastuun edellytykset täyttyvät.¹⁹ Toisaalta yhtiön hallituksessa toimivat henkilöt saattavat olla yhtiön ainoita omistajia ja myös yhtiön ainoita tosiasiallisia velkojia. Kysymys voi olla vasta perustetusta yhdenyhtiöstä, jonka ainoa omistaja ja hallituksen jäsen on myös yhtiön ainoa merkittävä velkoja. Tällaisessa tilanteessa oikeusnormin rikkomisesta ei seuraa eikä siitä edes voisi seurata haitallista seuraamusta. Normin tietoinen rikkominen eli ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti voi olla kuvatussa esimerkissä jopa tarkoituksenmukaista, koska toiminnan harjoittaminen suhteessa sidosryhmiin ei kärsi negatiivisen yrityskuvan antavasta rekisterimerkinnästä. Silloinkin kun strategisessa yritysoikeudessa voidaan arvioida normin rikkomisen seuraamuksia, tarvitaan perinteistä lainopillista analyysia sen selvittämiseksi, milloin ja millaisia haitallisia seuraamuksia normin rikkomisesta aiheutuu.

Lainopilliseen analyysiin liittyy tällöin myös kyky tunnistaa normin niin sanottu suojatarkoitus. Normin suojatarkoitus kytkeytyy vahingonkorvausoi-keuteen, jossa vahingonkorvausvastuu voi poistua, jos vahinko ei ole normin

18. Selvyyden vuoksi on todettava, että OYL 20:23:ssä tarkoitettun ilmoitusvelvollisuuden rikkomiseen ei sovelleta OYL 25 luvun rangaistussäännöksiä osakeyhtiörikkoksesta tai rikkomuksesta.
19. Ks. esim. Helsingin hovioikeuden ratkaisu 19.6.2013, jossa kolme hallituksen jäsentä tuomittiin n. 400 000 euron vahingonkorvausvastuuseen velkojille, kun velkojat olivat jatkaneet myyntiä velaksi sen jälkeen, kun oma pääoma oli menetetty eikä rekisteri-ilmoitusta ollut tehty. Helsingin hovioikeus nrot S11/1969, S11/1971 ja S11/1972.

suojatarkoituksen piirissä.²⁰ Normin suojatarkoituksen on katsottu Suomessa soveltuvan myös sopimussuhteisiin ja yhtiöoikeudelliseen vahingonkorvausvastuuseen²¹ ja se ilmenee myös oikeuskäytännössä.²² Normin suojatarkoituksen merkitys ja sen vaikutus toimintamahdollisuuksille on syytä tunnistaa myös käytettäessä strategisen yritysoikeuden näkökulmaa yritysoikeuden tutkimuksessa.

Oikeusnormin noudattamisen tai rikkomisen hyötyjen ja haittojen punninta lähestyy myös sellaista oikeustaloustieteellistä tutkimusta, jossa arvioidaan voimassa olevan oikeuden normien tehokkuutta. Tällöin arvioidaan, saavutetaanko oikeusnormilla ja sen mahdollisen rikkomisen seurauksilla ne tavoitteet, joita säännöksellä tavoitellaan. Toisin sanoen normin rikkominen ei välttämättä osoita oikeustaloustieteelliseltä kannalta säännöksen tehostomuutta, jos normin rikkominen tapahtuu silloin, kun säännöksellä suojattua oikeushyvää ei loukata.

Lainopin lähtökohtiin perustuvan strategisen yritysoikeuden tutkimustulokset ovat yleensä toimintasuosituksia siitä, miten tietyn tahon kannalta on tehokasta ja tarkoituksenmukaista toimia. On huomattava, että tämän tarkastelun väli- tai sivutuotteena syntyy perinteiselle lainopilliselle tarkastelulle tyypillinen analyysi voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Se, että strateginen yritysoikeus jatkaa analyysia pidemmälle ottaen siihen mukaan yrityksen liiketaloudellisista tarpeista tulevia näkökohtia, ei vaikuta siihen, etteikö lainopillinen taustoitus olisi perinteiseen lainopilliseen tarkasteluun rinnastuvaa validia tutkimusta.

3.2. Strateginen yritysoikeus ja oikeustaloustiede

Oikeustaloustieteellisessä tarkastelussa oikeussääntöjä ja -normeja tarkastellaan yleensä niiden taloudellisen tehokkuuden kannalta. Tämä tarkoittaa tyypillisesti voimassa olevan sääntelyn toimivuuden analyysia, jossa arvioidaan sitä, saavutetaanko tietynlaisella sääntelyllä niitä tavoitteita, joita sääntelylle on asetettu. Näkökulma pohjautuu lainsäätäjän näkökulmaan eli siihen, onko olemassa oleva sääntely lainsäätäjän tavoitteiden kannalta toimivaa eli taloudellisesti tehokasta. Oikeustaloustiede tällaisessa perinteisessä mielessä ei ole kuitenkaan tapa analysoida sitä, millaiset oikeudelliset toimintamallit ovat esimerkiksi yritykselle

20. Ari Savela, *Vahingonkorvaus osakeyhtiössä*. Talentum 2015, s. 313.

21. Savela 2015, s. 313–315 ja Pauli Ståhlberg – Juha Karhu, *Suomen Vahingonkorvausoikeus*. Alma Talent 2020, s. 407–408.

22. Ks. KKO 2012: 65. Osakeyhtiön hallituksen jäsen ja yhtiön ainoa osakkeenomistaja A ei ollut ryhtynyt vanhan osakeyhtiölain 13 luvun 2 §:ssä säädettyihin toimiin yhtiön asettamiseksi selvitystilaan, vaikka yhtiön oma pääoma oli menetetty. Yhtiön konkurssipesä vaati A:ta korvaamaan vahingon, joka yhtiölle oli aiheutunut sen varallisuusaseman heikentymisestä yhtiön jatkettua tappiollista liiketoimintaa. Koska A:n laiminlyönti rikkoi sellaista velvollisuutta, joka oli säädetty yhtiön velkojien mutta ei yhtiön itsensä suojaksi, vahingonkorvausvaatimus hylättiin.

tai muulle toimijalle tarkoituksenmukaisia tai kannattavia tietyn oikeudellisen tai liiketaloudellisen ongelman ratkaisemiseksi tai riskien hallitsemiseksi. Tästä huolimatta taloustieteen käytössä olevia välineitä voidaan hyödyntää arvioitaessa tietyn toimijan kannalta tarkoituksenmukaisia oikeudellisia toimintamalleja.

Oikeustaloustieteen tyypillisiin tarkastelutapoihin kuuluu yleisesti liiketoimintakustannusten huomiointi eli niin sanottu transaktiokustannusanalyysi. Transaktiokustannuksilla tarkoitetaan yleisesti esimerkiksi sopimuksen tai minkä tahansa oikeusartefaktin tekemis- ja valvontakustannuksia. Ne voidaan jakaa ennakkollisiin ja jälkikäteisiin transaktiokustannuksiin. Ennakollisia kustannuksia ovat muun muassa etsintäkustannukset, sopimuskustannukset ja valvontakustannukset. Jälkikäteisiä kustannuksia ovat puolestaan virhesuoritus-, järjestelmä- ja täytäntöönpanokustannukset.²³ Transaktiokustannusanalyyssissä tarkastelun kohteena on yleisesti se, paljonko jostain tietystä toimenpiteestä aiheutuu lisäkustannuksia, ja se, ovatko nämä lisäkustannukset perusteltuja toimenpiteestä saatavaan hyötyyn nähden. Strategisessa yritysoikeudessa transaktiokustannuksilla on keskeinen merkitys, koska arvioitaessa sitä, miten yrityksen kannattaa liiketoimintaan liittyvissä oikeudellisissa kysymyksissä toimia, on otettava huomioon laajasti erilaisia kustannuksia ja hyötyjä.

Klassinen yrityksen teoriaan liittyvä transaktiokustannusanalyysi kohdistuu siihen kysymykseen, mitkä asiat kannattaa tehdä yrityksessä itse ja mitkä hankkia yrityksen ulkopuolelta. Transaktiokustannukset ovat tässä erottelussa keskeisellä sijalla. Niin kauan kuin tuotteiden ja palveluiden hankkiminen ulkopuolelta tulee yhdessä hankintaan liittyvien transaktiokustannusten myötä edullisemmaksi kuin niiden tuottaminen itse, hyödykkeet kannattaa hankkia yrityksen ulkopuolelta eikä tuottaa niitä itse.²⁴

Strategisessa yritysoikeudessa transaktiokustannusten merkitys korostuu lisäksi esimerkiksi sopimusten ja yhtiöjärjestysten laadinnassa ja niiden sisällöstä sovittaessa. Epätäydellisen sopimuksen käsite on esimerkki klassisesta oikeustaloustieteellisestä tarkastelusta. Koska maailma on epätäydellinen eikä kaikkia tulevaisuudessa eteen tulevia tapahtumankulkuja voi ennustaa, joudutaan sopimustoiminta ja esimerkiksi yhtiöjärjestykseen otettavat määräykset rakentamaan epätäydellisten sopimusten varaan.²⁵ Tämä tarkoittaa, että sopimuksen tai yhtiöjärjestyksen määräyksiä laadittaessa ei voida ottaa huomioon kaikkia tulevaisuudessa eteen tulevia skenaarioita. Oikeusartefaktin, kuten sopimuksen tai yhtiöjärjestyksen, laadinnan transaktiokustannukset ylittävät määräysten tarkistamisella ja laajentamisella jossain kohdin saavutettavan lisäedun. Tästä

23. Ks. esimerkiksi Vesa Kannianen – Kalle Määttä – Pekka Timonen, *Oikeustaloustiede – johdanto lähestymistapoihin ja käsitteisiin*, s. 11–45 teoksessa Vesa Kannianen – Kalle Määttä (toim.), *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Gaudeamus 1996, s. 27.

24. Ks. Ronald Coase, *The Nature of firm*. *Economica* 1937, s. 386–405.

25. Andrei Shleifer – Robert W. Vishny, *A Survey of corporate governance*. *The Journal of Finance* 52(2) 1997, s. 741.

syystä onkin rationaalista olla epärationaalinen ja jättää oikeusartefaktit epätäydellisiksi. Näin ollen sinänsä oikeudellisesti perusteltavissa oleva tapa sopia asioista yksityiskohtaisesti ei ole useinkaan liiketoiminnallisesti tai strategisen yritysoikeuden kannalta perusteltu toimintamalli.

Strategisessa yritysoikeudessa onkin otettava huomioon, ettei riskien mahdollisimman laaja minimoiminen ole kaikissa tilanteissa tarkoituksenmukaista ja kustannustehokasta, koska oikeusartefaktin, kuten sopimuksen, laatiminen huomattavan yksityiskohtaiseksi synnyttää aina sopimis-, täytäntöönpano- ja valvontakustannuksia. Näin ollen vaikka lainopista seuraava oikeustila puoltaisikin yrityksen kannalta mahdollisimman yksityiskohtaista oikeusartefaktia, oikeustaloustieteellisen tarkastelun perusteella tällainen dokumentti harvoin on tarkoituksenmukainen.

Tarkoituksenmukaisen oikeusartefaktin kriteerit määrittyvät lopulta aina tapauskohtaisesti. Strategisessa yritysoikeudessa perustan muodostavat siksi pohdinta ja arviointi siitä, minkälaisen järjestelyn tavoittelu on tarkoituksenmukaista. Esimerkiksi sopimuksen on rationaalista olla tarkoituksenmukainen juuri kyseisissä olosuhteissa. Tällöin on otettava huomioon esimerkiksi se, ketkä ovat osapuolia, millaista sopimusta ollaan tekemässä ja missä toimintaympäristössä toimitaan. Mikäli kysymys on esimerkiksi laajasti käytettävästä vakiosopimuksesta, sen valmisteluun on perusteltua käyttää enemmän resursseja kuin taloudelliselta arvoltaan vähäiseen kertasopimukseen. Tästä seuraa se, että mitä arvokkaammasta varallisuuskohteesta on kysymys, sitä yksityiskohtaisemmaksi sopimus yleensä laaditaan. Tällöinkin on tunnistettava, että sopimuksen pituuden kasvattaminen ei ole itsetarkoituksellista, koska sopimustekstin laajuus on omiaan lisäämään tulkinnanvaraisten kohtien määrää.²⁶

Oikeustaloustieteellisten tarkastelutapojen ottaminen mukaan strategiseen yritysoikeuden tarkasteluun tuo lainopillista näkökulmaa enemmän analyysivälineitä siihen, mitä voidaan pitää yrityksen kannalta tehokkaana ja tarkoituksenmukaisena toimintatapana. Edellä on korostettu transaktiokustannusanalyysin merkitystä sopimussuhteissa, mutta oikeustaloustieteelle soveliaita käyttökohteita löytyy myös muista kysymyksistä, kuten tehokkaan sopimusrikkomuksen tai riskinjaon kysymyksistä.

3.3. Strateginen yritysoikeus ja *de lege ferenda* -tutkimus

Suunnittelunäkökulma ei ole vieras traditionalisessakaan oikeustieteessä. Oikeustieteessä suunnitteluun liittyvät impulssit ovat kuitenkin kohdistuneet osapuolten sijasta ensi sijassa lainsäätäjään. Kohteena on ollut se, olisiko lainsäädäntöä tarkoituksenmukaista muuttaa, ja jos on, millä tavalla ja miksi. Sää-

26. Kalle Määttä, Oikeustaloustieteen perusteet. Edita 2006, s. 121.

dettävään lakiin kohdistuvasta tutkimuksesta käytetään nimitystä *de lege ferenda* -tutkimus.²⁷

De lege ferenda -lähestymistapa voi perustua ensinnäkin puhtaan lainopilliselle käsittelytavalle. Tehtäessä perinteistä lainopillista tutkimusta saatetaan havaita ilmeisiä tarpeita uudistaa lainsäädäntöä. Näin on esimerkiksi silloin, jos säännöksen sisältö on epäselvä aiheuttaen tulkinnallista epävarmuutta tai kun säännökset johtavat esimerkiksi keskenään ristiriitaisiin lopputulemiin. Tämä saattaa ilmetä esimerkiksi lainsoveltamistilanteissa, jolloin tuomioistuinratkaisut osoittavat olemassa olevassa sääntelyssä olevia ongelmia. Strategisen yritysoikeuden näkökulma saattaa antaa tukea oikeusdogmaattisessa tarkastelussa havaituille sääntelyn korjaustarpeille, jos yritysten on haasteellista hallita riskejään tai valita toimintatapojaan oikeustilaan liittyvän huomattavan epävarmuuden seurauksena.

Lainvalmistelussa arvioitaessa erilaisten politiikkatoimien vaikuttavuutta on yleensä perusteltua ottaa huomioon, miten lainsäädännön kohteena olevat tahot kokevat lainsäädännön toimivuuden. Jos lainsäädäntö on sekava ja avoin useille tulkinnoille, käyttäjät eivät koe sen toimivan hyvin. He eivät voi myöskään ennakoita lain soveltamisen lopputulosta riittävällä varmuudella. Sekava lainsäädäntö myös lisää oikeudenkäyntien määrää, hukattua aikaa ja tuhlatuja resursseja. Sääntelyn selkeys ja ennakoitavuus ovatkin lainsäädännön toimivuuden yksi keskeinen kriteeri.²⁸

Strateginen yritysoikeus kiinnittyy myös oikeustaloustiedelähtöiseen *de lege ferenda* -tutkimukseen. Kuten edellä on todettu, oikeustaloustieteen hyödynnettävyys on parhaimmillaan, kun arvioidaan *de lege ferenda* -voimassa olevan oikeuden toimivuutta. Sillä, millainen olisi yrityksen kannalta tarkoituksenmukainen lainsäädäntö, on monesti vain rajallinen merkitys lakia säädettäessä. Se, kuinka suuri merkitys yrityksen näkökulmalla on lainsäädännön kannalta, on vahvasti oikeudenalariippuvaista ja tapauskohtaista. Tapauskohtaisuus korostuu sen perusteella, millaisia vaikutuksia yritysten kannalta tarkoituksenmukaisella lainsäädännön muuttamisella olisi sidosryhmille. Mitä haitallisempia nämä yrityksiä hyödyttävät lainsäädäntömuutokset olisivat sidosryhmille, sitä vähemmän yritysten näkökulmalle voidaan antaa merkitystä lainsäädännöllisiä valintoja tehtäessä. Esimerkiksi verotusta ohjaavat usein fiskaaliset tarpeet, eikä verolainsäädäntöä voida laatia sellaiseksi, joka minimoisi yritysten maksamat verot. Lähestymistapa on siviilioikeudessa toisenlainen kuin esimerkiksi vero-oikeudessa. Esimerkiksi yhtiölainsäädännöllä on merkitystä myös yritysten toimintaan ja

27. Ks. tästä esimerkiksi Pekka Timonen, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Kauppakaari – Lakimiesliiton Kustannus 1997, s. 111–113.

28. Ks. Veikko Vahtera – Janne Ruohonen – Anssi Kärki – Lassi Salminen – Laura Saukkola, Selvitys osakeyhtiön velkojiensuojan selvittämisestä ja suojajamenettelyiden helpottamisesta. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2020:37, s. 17.

niiden kykyyn kilpailla kansainvälisillä markkinoilla ja toisinaan lainsäädännön modernisointi ei välttämättä aiheuta haitallisia vaikutuksia sidosryhmille. Näin ollen se, mikä on yritysten kannalta tarkoituksenmukaista lainsäädäntöä, saattaa ohjata myös perinteistä *de lege ferenda* -tarkastelua.

Perusteettomat muodollisuudet tai rajoitukset samoin kuin epäselvyydet tekevät yhtiön toiminnasta kankeampaa, eikä se voi reagoida markkinoiden tapahtumiin niin tehokkaasti kuin olisi tarpeellista.²⁹ Tällöin lainsäädännön muuttaminen yritysten tarpeista käsin voi olla perusteltua. Toisaalta se, mikä on yritysten kannalta tarkoituksenmukaista sääntelyä, on monesti ristiriitoja ja ideologisia ulottuvuuksia sisältävää tarkastelua.³⁰ Tehtäessä *de lege ferenda* -tutkimusta ja otettaessa siinä huomioon strategisen yritysoikeuden näkökulmaa ja yritysten tarpeita ei voida unohtaa sitä, että myös markkinat epäonnistuvat. Pakottavalle sääntelylle löytyy siis useita erilaisia perusteita silloinkin, kun kysymys on puhtaasti liiketaloudellisista oikeussuhteista.³¹

Strategisen yritysoikeuden tutkimustulokset yhdistettynä *de lege ferenda* -tutkimukseen tuovat erityisesti yrityksiä koskevan lainsäädännön valmisteluun yhden keskeisen lisänäkökulman eli sen, mikä olisi yritysten kannalta tarkoituksenmukainen tapa järjestää jokin sääntelyn kohteena oleva kysymys. On kuitenkin huomattava, että strategisen yritysoikeuden tutkimustulokset eivät voi olla ainoa säädettävän lainsäädännön sisältöä ohjaava tekijä vaan tulosten painoarvo on riippuvainen säädeltävästä kysymyksestä ja kaikista muista siihen vaikuttavista näkökohdista, jotka voivat olla usein oikeuspoliittisia.

4. Strategisen yritysoikeuden näkökulmat liiketoiminnan edistäjänä

4.1. Strateginen yritysoikeus ja liiketoiminnan olosuhteiden ennakointi

Liikesuhteen tavoitteet asetetaan liiketaloudellisen arvioinnin perusteella. Strategisessa yritysoikeustutkimuksessa keskeistä on oikeudellisen osaamisen

29. Vahtera – Ruohonen – Kärki – Salminen – Saukkola 2020, s. 18.

30. Ks. Kalle Määttä, Oikeustaloustieteellinen näkökulma kotimaiseen lainvalmisteluun. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 242 (2009), s. 130. Määttä jakaa näkemykset kolmeen eri ryhmään: Sääntelyoptimistien mukaan oikeudellinen sääntely onnistuu mutta markkinoilla tapahtuu epäonnistumista. Sääntelypessimistien mukaan oikeudellista sääntelyä leimaavat epäonnistumiset mutta markkinat toimivat. Pragmatistien mukaan asiaa pitää tarkastella tapauskohtaisesti eli sekä markkinat että sääntely saattavat epäonnistua.

31. Ks. esimerkiksi Ville Pönkä, Yhdenvertaisuus osakeyhtiössä. SanomaPro 2012, s. 123–135.

käyttäminen liiketaloudellisesti asetettujen tavoitteiden toteuttamiseksi. Vaikka yritysten liiketaloudellinen tavoite on sama, voi oikeudellisten välineiden rooli kuitenkin vaihdella olennaisesti eri yritysten välillä.

Keskeinen ennakoinnin merkitystä korostava näkökulma on nimensä mukaisesti ennakoiva oikeus eli proaktiivinen oikeus. Helena Haapio on korostanut ennakoinnin toteuttamista johtamisen näkökulmasta.³² Liiketoiminnassa se tarkoittaa yhtäältä vahingollisten asiointilöjen ja toisaalta tavoiteltavien asiointilöjen tunnistamista. Näitä seuraten ennakoiva oikeus voidaan jakaa preventiiviseen ja promotiiviseen osaan. Preventiivisessä näkökulmassa ennakoivaa oikeutta hyödynnetään haitallisten seikkojen välttämiseksi. Tämä voi yksinkertaisimmillaan olla esimerkiksi sellaisten sopimusehtöjen laatimista, joilla pyritään varmistamaan osapuolten väärinkäsitysten poistaminen sopimussuhteessa.³³ Promotiivisen näkökulman avulla pyritään suoraan edistämään liiketaloudellisten tavoitteiden saavuttamista. Se voidaan toteuttaa esimerkiksi sisällyttämällä sopimukseen kannustimia.³⁴

Mahdollisten tulevien asiointilöjen tunnistamisen jälkeen proaktiivisessa oikeudessa edellytetään oikeudellisten innovaatioiden määrittämistä vältettävän olosuhteen välttämiseksi tai tavoiteltavan saavuttamiseksi. Samalla muodostetaan välineitä oikeuden ja talouden yhdistämiseksi. Tässä voidaan nähdä yksi keskeisistä ennakoivan oikeuden ideoista: sopimusta tai muuta oikeusartefaktia käytetään tietoisesti johtamisen välineenä. Sen myötä ennakoiva oikeus on suuntautunut ennen kaikkea liiketoiminnan käytännöllisten ongelmien ratkaisemiseen. Silloin ei ole erityisesti ollut tarvetta kiinnittää huomiota metodologisiin kysymyksiin tai suuntauksen rajojen määrittämiseen. Tärkeintä on ollut tukea käytännön liiketoimintaa.

Ennakoiva oikeus on tutkimuksellisesti painottunut sopimusoikeuden piirissä tapahtuvaan tarkasteluun. Ennakoivasta sopimisesta kirjoittanut Soili Nystén-Haarala on todennut, että akateemisen sopimusoikeuden tuottamasta aineistosta on hyvin vähän apua liike-elämän apuvälineenä toimivien sopimusten laatimisessa. Käytännössä hyvin toimivien sopimusten laatiminen vaatii paljon tietoa oman ja asiakasyrityksen liiketoiminnan luonteesta sekä kykyä toimia yhteistyössä muidenkin kuin juristikollegoiden kanssa.³⁵

Sopimusvapaudesta johtuen ennakoivan oikeuden mahdollisuudet ovat ehkä suurimmillaan sopimusoikeudessa. Ennakoivan oikeuden välineitä on kuitenkin hyödynnetty yritys oikeudessa myös sopimusoikeuden ulkopuolella ja vielä sitäkin laajemmin oikeudellisessa ajattelussa. Strateginen yritys oikeus ei siis koske

32. Ks. Haapio 2013, s. 7.

33. Ks. George Siedel – Helena Haapio, *Proactive Law for Managers. A Hidden Source of Competitive Advantage*. Gower 2010, s. 106.

34. Ks. Siedel – Haapio 2010, s. 106.

35. Nystén-Haarala 2017, s. 1015–1035.

vain sopimustoimintaa, vaan se sisältää yleisesti oikeudellista riskienhallintaa eikä rajaudu pelkästään sopimusoikeuden alueelle. Vastaavalla tavalla kuin ennakoivan sopimisen yhteydessä strategista yritysoikeustutkimusta voidaan kohdistaa esimerkiksi yhtiöiden yhtiöjärjestyksen laadintaan eli siihen, millaisia määräyksiä on tarkoituksenmukaista tehdä tietyn oikeudellisen tavoitteen saavuttamiseksi tai vältettävien riskien välttämiseksi. Tällöin huomiota pyritään kiinnittämään siihen, ettei esimerkiksi yhtiöjärjestyksen määräyksillä aiheuteta odottamattomia seurauksia tulevaisuudessa, ja tarvittaessa voidaan pyrkiä vaurautumaan erilaisiin muutostilanteisiin.³⁶

Ennakoivan sopimisenkin näkökulma rakentuu lainopillisen tarkastelun pohjalle. Lainopin tulokset tuottavat alustan tai lähtökohdan, jonka varaan ennakoiva oikeus ja ennakoiva sopiminen rakentuvat. Ennakoivan oikeuden tulosten tulee olla lainopin mukaisesti pitäviä. Toisin sanoen sopimustoiminta on rakennettava ottaen huomioon sopimusehtoihin liittyvät riskit ja mahdollisuudet. Sopimusehdot tulee voida arvioida esimerkiksi sitoviksi ja kohtuullisiksi perinteisten sopimusten tavoin.

Ennakoiva oikeus osana strategista yritysoikeutta kiinnittää huomion liikesuhteen elinkaaren aikaisten mahdollisuuksien hyödyntämiseen ja riskien välttämiseen. Strateginen yritysoikeus antaa välineitä tunnistaa ongelman ratkaisemiseksi tarpeellisia elementtejä ja laatia sen mukainen oikeusartefakti. Tämä edellyttää liikesuhteen tulevien tapahtumien ja olosuhteiden ennakoimista sekä oikeudellisten välineiden luomista näihin sopiviksi, jolloin voidaan sopia esimerkiksi oikeussuhteen muutosmekanismeista. Näin voidaan tehdä, vaikka tulevaisuuden asiantilat eivät olekaan yksityiskohtaisesti tiedossa. Tarkoituksena on liiketaloudellisesti asetetun tavoitteen saavuttaminen, mihin voidaan vastata sopimalla mekanismeista, jotka turvaavat jatkuvan yhteistyön sekä ongelmanratkaisun.

Ennakoivaa oikeutta sovellettaessa saatavat tuotokset ja välineet ovat tyyppillisesti oikeudellisia. Sen avulla voidaan pyrkiä määrittämään, minkälaiset oikeudellisen relevanssin omaavat ratkaisut ovat vastauksia tunnistettuihin olosuhteisiin, mahdollisuuksiin ja riskeihin. Tuotosten tavoite on kuitenkin liiketaloudellinen: ne ovat johtamista tukevia toimitasuosituksia tai oikeusartefakteja.

Ennakoivan oikeuden tutkimukselliset kontribuutiot ovat yleistettävyyden osalta ainakin kahdenlaisia. Tulokset voivat ensiksikin olla vastauksia tyyppitapausten kaltaisiin ongelmiin. Silloin ne ovat malleihin verrattavissa olevia suosituksia, jotka *mutatis mutandis* soveltuvat käytännön liiketoiminnan ongelmatilanteisiin.³⁷ Näiden lisäksi ennakoivaa oikeutta voidaan käyttää tuke-

36. Ks. Nystén-Haarala 2017, s. 1023, jossa on korostettu ennakkoinnin tapana päätöksenteosta ja muutosmekanismeista sopimista.

37. Edustava esimerkki ennakoivan oikeuden tuottamista tyyppitapauksellisista ratkaisuisista on WorldCC Foundationin ylläpitämä Contract Design Pattern Library osoitteessa <https://cont->

maan ratkaisun tuottamista myös suoraan käytännön yksittäisiin ja yksilöllisiin liiketoimintaongelmiin. Silloin korostuu vuorovaikutus ennakoivan oikeuden metodisten lähtökohtien ja yksittäisen liiketoimintatilanteen välillä.

4.2. Strateginen yritysoikeus ja olosuhteisiin soveltuvan oikeusartefaktin määrittäminen

Strateginen yritysoikeus suuntautuu tulevaisuuteen. Suunnittelussa käytössä olevat välineet ovat valitun tarkastelunäkökulman perusteella monella tapaa limittäisiä tai päällekkäisiä ja ainakin vuorovaikutteisia. Sen lisäksi eri välineillä voidaan tunnistaa myös erityisiä mahdollisuuksia.

Oikeustaloustieteellisen tarkastelun perusteella on ilmeistä, ettei kaikkien tulevaisuuden riskien minimointi ole tarkoituksenmukaista. Keskeinen tehtävä strategisella yritysoikeudella on kuitenkin tunnistaa se, mitkä riskit on tarkoituksenmukaista minimoida ja mitkä mahdollisuudet sopimuksella on katettavissa. Ennakoivan oikeuden avulla voidaan löytää välineitä, joilla ennakoitavuus toteutetaan.

Sopimusoikeudessa on kehitelty näkökulmia, joiden avulla sopimus pyritään saada mukautumaan olosuhteiden muutoksiin. Niitä on nimetty esimerkiksi ”ketteräksi sopimukseksi” ja ”reagoivaksi sopimukseksi”.³⁸ Suuntauksilla on monia yhtymäkohtia. Näidenkin osalta on kuitenkin tyypiteltävissä joitakin seikkoja, jotka ovat yleistettävissä yli kyseisen lähestymistavan erityispiirteiden.

Juha Pöyhösen väitöskirjassaan³⁹ kehrittelemä sopimuksen prosessikäsitys on ollut luomassa perustaa sopimuksen instrumentaalille hyödyntämiselle ja sen myötä tutkimuksen monipuolistumiselle. Sopimusta voidaan hyödyntää kaikilta osin vasta sitten, kun on hahmotettu, mitä sopimuksella oikeudellisesti tarkoitetaan. Matti Rudangon hahmottelu sopimuksesta avoimena systeeminä puolestaan tekee ymmärrettäväksi, miten sopimuksen sisältöä määrittävä argumentaatio on rakennettavissa.⁴⁰

Sopimukseen liittyvä dynaamisuus kiinnittää erityisen huomion siihen, miten sopimussuhteesta voidaan rakentaa sellainen, että sopimus elää mukana olosuhteiden muuttuessa. Silloin on pyritty tunnistamaan mahdollisuuksia siihen, miten sopimussuhdetta voidaan hallita myös ennakoimattoman edessä.⁴¹

ract-design.worldcc.com/ (vierailtu 1.9.2024). Samalla se kuvaa hyvin ennakoivan oikeuden ja oikeusmuotoilun luonnollisia yhteyksiä.

38. Ks. esim. Antti Tieva, Reagoivan sopimuksen idea sopimusteknisenä lähtökohtana. *Lakimies* 3/2008, s. 433–453.

39. Ks. Juha Pöyhönen, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Helsingin yliopisto 1988.

40. Ks. Matti Rudanko, *Arvopaperimarkkinat ja siviilioikeus*. Lakimiesliiton Kustannus 1998.

41. Ks. Annola 2003.

Dynaamisuutta voidaan toteuttaa yhtäältä siten, että olosuhteiden muutoksen yksityiskohtainen vaikutus sopimuksen sisältöön on määritelty etukäteen. Tältä osin esimerkkejä ovat luoton koron vaihtelusta sopiminen. Dynaamisuuden erityinen mahdollisuus korostuu kuitenkin silloin, kun olosuhteiden tarkkaa vaikutusta sopimuksen sisältöön ei sopimusta solmittaessa vielä voida tai haluta määrittää. Dynaamisuutta voidaan ennakoivan oikeuden tavoin hyödyntää myös muualla kuin sopimusten yhteydessä. Testamenttioikeudessa sitä ovat kehittäneet erityisesti Ahti Saarenpää ja Tuulikki Mikkola.⁴²

Suunnittelu edellyttää aina uuden tunnistamista. Tunnistaminen saatetaan tehdä enemmän tai vähemmän intuitiivisesti hiljaisen tiedon perusteella. Jotta ratkaisu voi olla oikeudellisesti kestävä, se on kuitenkin voitava rakentaa johdonmukaisen päättelyn ja sitä tukevan argumentaation varaan. Suunnittelun lopputuloksen tarkoituksenmukaisuus voidaan tehdä näkyväksi argumentaation avulla. Tuloksen vahvuus määrittyy sen perustelujen mukaisesti.

Se, miten olosuhteet muuttuvat liikesuhteessa, ei aina ole ennakoitavissa. Sen takia saattaa olla rationaalista pyrkiä laatimaan sopimus tai mahdollinen muu oikeusartefakti sellaiseksi, että se sopeutuu tarkoituksenmukaisella tavalla myös ennakoimattomiin olosuhteiden muutoksiin. Tämä tapahtuu esimerkiksi ottamalla sopimukseen uudelleen neuvottelulauseke. Sopeutuminen ei ole kuitenkaan välttämätöntä. Liikesuhteissa saattaa joskus olla tarpeellista varmistaa se, että sopimus säilyy alkuperäisenä olosuhteiden ehkä suuristakin muutoksista riippumatta. Usein sopimusvelvoitteiden halutaan kuitenkin muuttuvan ja kehittyvän olosuhteiden muutosten mukana. Strateginen yritysoikeus tarjoaa silloin oikeudellisesti päteviä mahdollisuuksia oikeusartefaktin joustavuuden toteuttamiseen.

4.3. Strateginen yritysoikeus ja oikeusartefaktin tarkoituksenmukainen muotoilu

Ennakoiva oikeus tuottaa edellä tarkastelluin tavoin innovaatioita ja väyliä liiketoiminnallisesti tarkoituksenmukaisiin lopputuloksiin. Sen keskeisin viesti on usein siinä, miten liiketaloudellinen tavoite on oikeudellisesti saavutettavissa. Ennakoivan oikeuden erityinen fokus ei kuitenkaan ole ainakaan aina yksittäisten tai yksityiskohtaisten ratkaisujen laatiminen havaittuihin ongelmiin. Tältä osin ennakoiva oikeus voi toimia yhteistyössä muiden instrumentalististen menetelmien kanssa. Tässä vaiheessa ratkaisijan rooliin voi astua oikeusmuotoilu tai

42. Ks. kuvauksesta Tuulikki Mikkola, Dynaaminen testamentti osana kansainvälisen perittävän jäämistösuunnittelua. *Defensor Legis* 6/2014, s. 868–880, erityisesti s. 875 ss. Mikkola suhteuttaa osaltaan myös Saarenpään oppeja hyödyntäen dynaamisuuden mahdollisuuksia testamenttioikeuteen.

ehkäpä vielä laajemmin oikeudellinen suunnittelu. Se tuo perinteistä strategista yritysoikeutta ja ennakoivaa oikeutta vahvemmin tarkasteluun mukaan oikeusartefaktin käyttäjien, kuten sopimuksen soveltajien, näkökulman.

Legal designin eli oikeusmuotoilun merkitys on viime vuosina kasvanut nopeasti. Se on hakenut muotoaan ja on vielä siinä määrin vakiintumaton käsite, että sen sisältöä voidaan pyrkiä määrittelemään tarkoituksenmukaisuusargumentein: mikä siis olisi tiedeyhteisön kannalta tarkoituksenmukainen tapa oikeusmuotoilun kuvaamiseen? Toivonen ja Kovalainen ovat todenneet, että ”ennakoivan oikeuden näkökulmasta haluttua käyttäytymistä voidaan tukea oikeudellisten interventoiden lisäksi myös ei-juridisten (– –) keinojen, kuten muotoilun avulla”.⁴³ Oikeusmuotoilu voidaan heidän mukaansa nähdä ennakoivan oikeuden tukijana ja sen täydentäjänä.

Oikeusmuotoilu tukee kaikilta osin strategisen yritysoikeuden tavoitteita. Säännösten sisällön selvittämisen sijasta se tukee ennen kaikkea sisällön välittymistä osapuolille. Oikeusmuotoilu voidaan ongelmitta hahmottaa suunnittelutieteenä siten, että se sisältää tyypillisesti oikeusmuotoiluun luettavan tutkimuksen ohella myös ennakoivan oikeuden – proaktiivisen oikeuden. Toisaalta on mahdollista, että ennakoiva oikeus hahmotetaan ennen kaikkea välineenä tunnistaa mahdollisuuksia, joita sen jälkeen oikeusmuotoilun avulla muokataan ja ratkaistaan myös yksittäisissä tapauksissa. Näin jäsennettynä proaktiivisesta oikeudesta ja oikeusmuotoilusta muodostuu toisiaan tukeva työpari strategiselle yritysoikeustutkimukselle.

Joka tapauksessa oikeusmuotoilussa heijastuu tyypillisesti prosessin korostuminen. Tässä artikkelissa edellä esitetyin tavoin tulokset voivat olla tapauskohtaisia tai yleisiä. Ratkaisut löytyvät ehkä vasta yksittäisen tapauksen tarkastelun yhteydessä. Tulosten keskinäinen arvottaminen ei liene mahdollista. Oikeusmuotoilu on osaltaan tuomassa jatkumon proaktiivisen oikeuden luomalle perustalle. Aiemmin tarkasteltu proaktiivinen oikeus auttaa tunnistamaan mahdollisia tulevaisuuden olosuhteita ja määrittämään liiketaloudellisesti asetetun tavoitteen saavuttamiseksi tarpeellisia oikeudellisia välineitä. Oikeusmuotoilun avulla on mahdollista kiinnittää huomiota siihen, miten esimerkiksi proaktiivisen oikeuden avulla määritetyt oikeudelliset välineet ovat suunniteltavissa siten, että ne ovat omiaan edistämään liiketaloudellisen tavoitteen toteutumista. Oikeusmuotoilun innovaatiot voivat olla myös muita kuin oikeudellisia ja ainakin monitieteisen tai ainakin monialaisen osaamisen tuloksia. Niiden oikeudellinen validisuus on kuitenkin jatkuvasti arvioitava lainopin välinein. Oikeusmuotoilun tulokset voivat olla luonteeltaan erityisesti oikeusartefaktin käyttäjät huomioon ottavia ja myös siltä osin liiketaloudellisesti tarkoituksenmukaisia. Tältä osin on

43. Ks. Niina Toivonen – Jaana Kovalainen, Kohti ihmislähtöisempää oikeutta muotoilun avulla. *Lakimies* 7–8/2023, s. 1188.

mahdollista puhua käyttäjätavallisuuden tuomisesta mukaan oikeustiedepainotteiseen strategiseen yritysoikeuteen.

5. Lopuksi

Yritysoikeuden tutkimus palvelee liiketoimintaa harjoittavan tai jonkin muun organisaation tavoitteita käyttämällä yleensä lainopin metodia. Käytännössä tämä tapahtuu voimassa olevan oikeuden analyysin avulla. Strateginen yritysoikeus jatkaa tyypillisesti siitä, mihin lainoppi on päätynt, ja hyödyntää tämän tuloksia. Strategisen yritysoikeuden erityisenä näkökulmana on, millaiset toimintamallit ja toimintatavat olisivat yrityksen tai muun tahon kannalta tarkoituksenmukaisia, jolloin tarkasteluun tulee mukaan liiketoiminnallinen elementti.

Toisin kuin oikeustieteellisen tutkimuksen perusmetodin eli lainopin osalta strategista yritysoikeutta koskevan tutkimuksen tavoitteena ei ole määrittää ainakaan ensi sijassa voimassa olevan oikeuden sisältöä, koska yleensä tavoitteena on löytää sekä oikeudellisesti että liiketaloudellisesti suositeltava toimintatapa. Strateginen yritysoikeus on edellä esitetyin tavoin erotettavissa perinteisestä lainopillisesta tutkimuksesta. Eroista huolimatta lainopillisella tutkimuksella ja strategisella yritysoikeudella on samalla myös olemuksellinen yhteys. Strateginen yritysoikeus pohjautuu voimassa olevaan oikeuteen. Lainoppi on yleensä strategisen yritysoikeuden välttämätön – vaikkakin joskus ehkä näkymätön – osa. Vaikka strategisen yritysoikeustutkimuksen varsinaisena tavoitteena ei olekaan määrittää voimassa olevan oikeuden sisältöä, tällainen tutkimustulos syntyy tyypillisesti tutkimuksen välituotteena, koska suositeltavan toimintatavan edellytyksenä on voimassa olevan oikeuden sisällön ymmärrys. Lainopin suuresta merkityksestä huolimatta sen tulokset ovat usein kuitenkin vain perusta tai lähökohta strategisessa yritysoikeudessa.

Siirtyminen lainopista pidemmälle johtaa uuteen toimintaympäristöön ja edellyttää uuden materiaalin hyödyntämistä. Lainopin tulosten jäädessä ehkä taustalle korostuu tarve saavuttaa monitieteisyyden tavoitteita ja mahdollisuus niihin. Strategisessa yritysoikeudessa voimassa olevaa oikeutta täydennetään erityisesti liiketaloudellisilla näkökohdilla. Tällaista näkökulmaa voidaan hyödyntää yritystoiminnan suunnittelussa, ja se heijastuu oikeusartefakteja koskevinä toimintasuosituksina, joissa on tunnistettu voimassa olevan oikeuden lisäksi yrityksen liiketoiminnalliset näkökohdat. Strategisen yritysoikeuden tutkimustulokset ovat avuksi myös *de lege ferenda* -tutkimuksessa, jolloin sääntelyn kohteiden tarpeet osataan ottaa huomioon lainsäädäntöä kehitettäessä. Varsinkin silloin, jos lainsäädäntöön ehdotettavat muutokset eivät heikennä yritysten si-

dosryhmien asemaa, strategisen yritysoikeuden avulla saatavat tutkimustulokset toimivat merkityksellisinä apuvälineinä lainsäädännön uudistamisessa.

Strategista yritysoikeutta voidaan täydentää esimerkiksi tässä kirjoituksessa esiin tuoduilla oikeustaloustieteen, ennakoivan oikeuden tai oikeusmuotoilun lähestymistavoilla, jolloin voidaan ottaa huomioon laajasti tulevaisuuteen suuntautuvia ja käyttäjien tarpeista seuraavia näkökohtia.

Strategisen yritysoikeuden tutkimuksen tavoitteen perusteella arvioituna lähestymistapa ei ole ahtaasti tulkiten perinteistä oikeustiedettä, ja tutkimustavan hyväksyttävyydenkin on mahdollista kyseenalaistaa. Tämä voi heijastua esimerkiksi siihen, että strategisen yritysoikeuden näkökulmia ei oteta oikeustutkimuksen kysymyksenasetteluissa kovinkaan usein huomioon, vaikka tällainen näkökulma oikeustutkimukseen olisikin sisäänrakennettuna.

Edellä todetusta huolimatta strategisen yritysoikeuden näkökulmaa voidaan pitää hyväksyttävänä, merkityksellisenä ja usein jopa välttämättömänä lähestymistapana yritysoikeuden tutkimuksessa. Kuten tässä kirjoituksessa on todettu, sen tarkoituksena on auttaa sääntelyn kohteita ratkaisemaan ongelmia oikeustieteen työkalujen avulla. Lisäksi strategisen yritysoikeuden *de lege ferenda* -tutkimustulokset ovat hyödyksi lainvalmistelussa. Kummatkin edellä mainitut strategisen yritysoikeuden tutkimustulokset edistävät lainsäädännön toimivuutta. Edelliset vaikuttavat sääntelyn kohteiden kykyyn hyödyntää voimassa olevaa oikeutta, kun taas jälkimmäiset vaikuttavat säädettävän lainsäädännön sisältöön. Tästä syystä olisikin perusteltua, että strategisen yritysoikeuden näkökulma otettaisiin aiempaa rohkeammin osaksi oikeudellista tutkimusta.

Strategic business law in legal research

VESA ANNOLA, D.Sc. (Econ.), LL.D., Trained on the Bench, Professor, University of Vaasa; Visiting Professor, University of Helsinki – VEIKKO VAHTERA, LL.D., M.Soc.Sc., Professor, Tampere University

Traditional legal research serves business, especially by defining the content of valid, applicable law. Also, strategic business law utilizes these results of legal dogmatics. However, strategic business law continues further. Attention is not only paid to law but also to operating models that are appropriate for solving certain business-related problems. As a result, the role of legal norms changes from an object to a tool. Adopting this strategic perspective may also change the nature of the research results. Instead of opinions regarding the content of applicable legal norms, the result may include recommendations on how it would be appropriate to operate in the regulatory framework. It is, at least partially, based on a legal analysis of regulation.

Different perspectives can be used in strategic business law to realise the goal. They contain at least proactive law, various perspectives that embody flexibility, and legal design. While each one has its own special perspective, they also support each other in achieving the goals of strategic business law. At the same time, strategic business law also works on the basis of traditional legal research. The role of tradition is reinforced by the established perspectives, especially the power and interaction offered by Law & Economics and *de lege ferenda*.

Perustuslain tulkinta Suomen ylimmissä tuomioistuimissa: empiirinen ja oikeusvertaileva tutkimus

HAKUSANAT: perustuslain tulkinta, ylimmät tuomioistuimet, empiirinen oikeustutkimus, oikeusvertailu, Pohjoismaat

1. Johdanto

Perustuslakitulkinnat ovat merkityksellisiä yhteiskunnallisesta, valtiosääntöteoreettisesta ja tuomioistuinten näkökulmasta tarkasteltuna. Suomessa tuomioistuinten rooli perustuslakiin (731/1999, PL) liittyvissä tulkintakysymyksissä on varsin rajattu sekä muodollisista että valtiosääntökulttuuriin kiinnittyvistä syistä. Tuomioistuinten sijaan eduskunnan perustuslakivaliokunta tulkitsee säännönmukaisesti valtiosääntöoikeudellisia kysymyksiä, ja sitä pidetään perustuslain ensisijaisena ja auktoritatiivisena tulkitsijana. Lisäksi perustuslain kokonaisuudistuksen voimaantuloon eli vuoteen 2000 saakka vallitseva tulkinta oli, että tuomioistuimilla ei ollut oikeutta tutkia lakien perustuslainmukaisuutta. Nykyisin perustuslain 106 § mahdollistaa tuomioistuinten lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan, mutta kynnys jälkikäteiselle valvonnalle on varsin korkea: ristiriidan tulee olla ilmeinen.¹ Pohjoismainen valtiosääntökulttuuri korostaa lainsäätäjän asemaa ylimpänä valtioelimenä, ja tämä näkyy laintulkintaoppien tasolla muun muassa lainsäätäjän tarkoituksen korostamisena.² Toisaalta perus- ja ihmisoikeuksien kasvava kansainvälinen tulkintakäytäntö haastaa kansallisia laintulkinta- ja argumentaatio-oppeja ja myös perinteistä pohjoismaista käsitystä tuomioistuinten roolista.³ Nämä valtiosääntökulttuurin piirteet heijastuvat väistämättä myös tuomioistuinten valtiosääntöoikeudelliseen argumentaatioon.

* *Maija Dahlberg*, OTT, apulaisprofessori, Itä-Suomen yliopisto. Kiitän anonyymejä arvioitsijoita kannustavista ja artikkelia eteenpäin vieneistä kommentteista. Kiitän myös FT, yliopistonlehtori Niko Vartiaista käsikirjoituksen empiiristen osuuksien kommentoinnista.

1. Ks. esim. Juha Lavapuro, Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen vaikutuksista oikeuskäytännössä. *Lakimies* 4/2008, s. 582–611.
2. Ks. esim. Jaakko Husa, *Nordic Mentality*, s. 41–60 teoksessa Pia Letto-Vanamo ja muut (eds), *Nordic Law in European Context*. Ius Springer 2019, s. 43.
3. Ks. esim. Andreas Follesdal – Marlene Wind, *Nordic Reluctance towards Judicial Review under Siege*. *Nordisk Tidsskrift för Menneskerettigheter* 27(2) 2009, s. 131–141.

Tässä artikkelissa tutkin korkeimman oikeuden (KKO) ja korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) valtiosääntöoikeudellisia perusteluja. Artikkelin perustuu empiiriseen ja oikeusvertailevaan tutkimukseen, jossa analysoimme Pohjoismaiden korkeimpien oikeuksien valtiosääntöoikeudellisia perusteluja tilastollisin menetelmin.⁴ En kuitenkaan nojaa yksinomaan tilastolliseen analyysiin vaan pyrin niin sanotusti katsomaan numeroiden taakse havainnollistamalla ja selittämällä tilastollisissa analyysissä esiin nousseita seikkoja muun muassa oikeustapausten ja oikeuskirjallisuuden avulla.

Analysoin KKO:n ja KHO:n valtiosääntöoikeudellisesti merkittäviä ratkaisuja (yhteensä 80). Analyysi perustuu aineistoon, johon keräsimme tietoa ratkaisun yleisten piirteiden lisäksi argumentaatiotavoista (käytetäänkö esimerkiksi sanamuodon mukaista vai teleologista tulkintaa sekä kansainvälisiä oikeuslähteitä vai omia ennakkopäätöksiä) ja keskeisistä valtiosääntökäsitteistä (viitataan esimerkiksi oikeusvaltio- tai suhteellisuusperiaatteen).

Tämän artikkelin tutkimuskysymykset ovat seuraavat:

1) Mitkä ovat suomalaisten korkeimpien oikeuksien valtiosääntöoikeudellisten perustelujen erot muihin Pohjoismaihin ja mitkä seikat voivat selittää mahdollisia eroja.

2) Miten KKO ja KHO eroavat toisistaan valtiosääntöoikeudellisissa perusteluissa ja mistä erot voivat mahdollisesti johtua.

Jälkimmäinen kysymys on relevantti korkeimpien oikeuksien yhdistämiskustelun kannalta, sillä mahdolliset perustavanlaatuiset erot valtiosääntöoikeudellisissa perusteluissa ylimpien oikeusasteiden välillä voivat osaltaan puoltaa ylimpien oikeusasteiden yhdistämistä.⁶ Lisäksi nostan tässä artikkelissa esiin, minkä vuoksi ylimpien tuomioistuinten valtiosääntöoikeudellinen tulkintakäytäntö voi erkaantua toisistaan. Tämä on hyödyllistä tietää, jotta erilaisia valtiosääntötulkintoja KHO:n ja KKO:n välillä pystytään välttämään.

4. Ks. tutkimushankkeesta Nordic CONREASON tarkemmin osoitteessa <https://www.oru.se/english/research/projects/bsr/nordic-conreason/> (vierailtu 19.6.2024). Ks. myös Katalin Kelemen – Nicklas Pettersson, Exploring Constitutional Reasoning in the Nordic Supreme Courts Empirically. Symposium of International Journal of Constitutional Law 2025 (käsikirjoitus 24.6.2024).

5. Ks. koodikirjasta Katalin Kelemen, Nordic CONREASON collection of data on constitutional reasoning in the Nordic Supreme Courts. Örebro University 2024 osoitteessa <https://doi.org/10.60689/zmk7-0z14> (vierailtu 31.5.2024).

6. Ks. lisää Olli Mäenpää – Timo Esko – Tuula Pynnä – Ann-Mari Pitkäranta – Tea Skog, Korkeimpien oikeuksien organisatorinen yhdistäminen – Hyötyjen ja haittojen arviointi. Oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja 1/2015.

2. Perustuslain tulkinta tuomioistuimissa

Perustuslain tulkintaa ohjaavat lähtökohtaisesti samat oikeudelliset tulkintaopit ja -menetelmät kuin tavallisten lakien tulkintaa.⁷ Oikeudelliset tulkintamenetelmät jaetaan perinteisesti sanamuodon mukaiseen, systemaattiseen ja teleologiseen tulkintaan. Myös perustuslain tulkintaa ohjaavat nämä samat tulkintamenetelmät sekä oikeuslähde- ja argumentaatio-opit. Perustuslain säännökset ovat toki monessa suhteessa kuitenkin erikoisasemassa muihin oikeussääntöihin verrattuna: perustuslain säännökset on korotettu hierarkkisesti tavallisen lain säännösten yläpuolelle, ja useat perustuslain säännökset ovat sisällöllisesti arvostuksenvaraisia. Lisäksi osa perustuslain säännöksistä on kirjoitettu varsin epätäsmällisesti ja väljästi, mikä voi vaikeuttaa oikeudellista tulkintaa.⁸

Perustuslain tulkinnassa keskeisiä oikeuslähteitä Suomessa ovat perustuslain säännöksen sanamuoto, perustuslain esityöt ja perustuslakivaliokunnan aiempi tulkintakäytäntö. Perus- ja ihmisoikeuksien soveltamisessa oleellisia oikeuslähteitä ovat myös kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja niiden tulkintakäytäntö. Myös korkeimpien oikeuksien oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus ovat tulkinnassa huomioon otettavia oikeuslähteitä.⁹

Suomessa perustuslakivaliokunta on perustuslain auktoritatiivinen tulkitsija ja tuomioistuinten tehtävä perustuslain tulkinnassa on selkeästi toissijainen. Tuomioistuimille ei ole oikeastaan edes ajateltu sellaista tehtävää, jossa ne aktiivisesti ja oma-aloitteisesti tulkitsisivat perustuslakia ja tätä kautta kehittäisivät perustuslakitulkintoja.¹⁰ Tuomioistuinten perustuslakitulkintojen on ajateltu tarkoittavan lähinnä lakien perusoikeusmyönteistä tulkintaa – ei perustuslain säännösten suoraan soveltamista.¹¹ Tuomioistuinten toissijainen rooli näyttäytyy konkreettisesti

7. Ks. esim. Andrés Jakab, *Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective*. *German Law Journal* 14(8) 2013, s. 1215–1275, 1224–1226.

8. Ks. lisää esim. Veli-Pekka Hautamäki, *Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta: oikeusvertaileva tutkimus perustuslain tulkinnan auktoritatiivisista instituutioista ja niiden käyttämästä argumentaatiosta Suomessa ja Norjassa*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2002, s. 58–71 ja Maija Dahlberg, *Politiikan vaikutus perustuslain tulkintaan – esimerkkinä lakien ennakkolinen perustuslainmukaisuuden valvonta perustuslakivaliokunnassa*. *Lakimies* 3–4/2024, s. 364–387, 367–368.

9. Ks. esim. Tuuli Heinonen, *Valtiosääntöoikeus ja oikeuslähdeoppi*, s. 179–199 teoksessa Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro (toim.), *Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen: ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2012.

10. Tuomas Ojanen, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta ja tuomioistuimet – kohti valtiosääntöistä dialogia?*, s. 239–252 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Olli Mäenpää – Tuomas Ojanen (toim.), *Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2009, s. 243.

11. Kaarlo Tuori, *Perustuslain tuomioistuinvalvonnan ultima ratio -perustelu ja perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimus*, s. 319–335 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Olli Mäenpää – Tuomas Ojanen (toim.), *Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2009, s. 335.

siinä, että lakien perustuslainmukaisuuden tuomioistuINVALVONNASTA säädettiin kansainvälisesti katsoen verraten myöhään, vasta perustuslain kokonaisuudistuksessa vuonna 2000. Suomalaisessa oikeuskulttuurissa tuomarin rooli on ylipäätään ymmärretty varsin pidättyväiseksi ja lainsäätäjän asemaa kunnioittavaksi.¹²

Prosessuaalisesti perustuslakikysymykset voivat tulla tuomioistuinten ratkaistavaksi ainoastaan riita-, rikos- tai hallinto-oikeudellisen asian osana, ei omana itsenäisenä perustuslakiasiana. Tuomioistuimilla ei myöskään ole toimivaltaa ratkaista eri valtioelinten välisiä toimivaltakiistoja tai muita institutionaalisia valtiosääntökysymyksiä, jotka koskevat esimerkiksi valtion suvereenisuutta tai demokratiaperiaatetta. Nämä institutionaaliset ja oikeuskulttuuriset seikat vaikuttavat nähdäkseni suoraan siihen, että suomalaisten tuomioistuinten perustuslakia koskevat tulokset ovat perinteisesti olleet varsin varovaisia ja pidättyväisiä. Muissa Pohjoismaissa on kuitenkin havaittu, että tuomioistuimet ovat 2010-luvulla siirtyneet hieman rohkeampiin tulkintoihin perustuslakikysymyksissä.¹³

3. Menetelmä ja aineisto

Tämä artikkeli perustuu pohjoismaisen tutkimushankkeen (Nordic CONREASON) laajaan empiiriseen aineistoon. Pohjoismaisessa tutkimushankkeessa hyödynsimme aiemman CONREASON-tutkimuksen (2011–2016) metodologista ja teoreettista viitekehystä.¹⁴ Tutkimushankkeessa analysoitiin jokaisen Pohjoismaan korkeimman oikeuden – Suomen ja Ruotsin osalta sekä korkeimman oikeuden että korkeimman hallinto-oikeuden – valtiosääntöoikeudellista argumentaatiota. Hankkeessa oli kansallinen valtiosääntöoikeuden tutkija jokaisesta Pohjoismaasta. Analysoimme korkeimpien oikeuksien argumentaatiota 40:ssä valtiosääntöoikeudellisesti kaikkein merkittävimmissä ratkaisussa. Suomesta ja Ruotsista valitsimme

12. Suomalaisesta tuomari-ideologiasta ks. esim. Tapio Määttä, Lainsäätäjän kunnioittamisasenne, tavoitteellinen laintulkinta ja lakien tavoitesäännökset vallitsevassa tuomarinideologiassa, s. 207–226 teoksessa Auri Pakarinen – Anna Hyvärinen – Kaijus Ervasti (toim.), Lainvalmistelu, tutkimus, yhteiskunta. Jyrki Talan juhlaKirja. Turun yliopisto 2011.

13. Norjassa korkeinta oikeutta on pitkään luonnehdittu varsin dynaamiseksi ja aktiiviseksi perustuslakikysymyksissä, mutta nyt myös Ruotsissa ja Tanskassa on peräänkuulutettu tuomioistuinten vahvempaa tulkintaroolia perus- ja ihmisoikeuskysymyksissä. Ks. lisää esim. Filippo Valguarnera, Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective. Scandinavian Studies in Law 61 (2015), s. 186–216 ja Maija Dahlberg – Haukur Logi Karlsson – Katalin Kelemen, The Nordic courts: An example of cooperation and dialogue, s. 288–312 teoksessa Kálmán Pócsa (ed.), Constitutional Review in Western Europe: Judicial-Legislative Relations in Comparative Perspective. Routledge 2024, s. 293–296.

14. András Jakab – Arthur Dyevre – Giulio Itzcovich (eds), Comparative Constitutional Reasoning. CUP 2017.

40 ratkaisua korkeimmasta oikeudesta ja 40 ratkaisua korkeimmasta hallinto-oikeudesta. Valtiosääntöisesti kaikkein merkittävämmällä tuomioistuinratkaisulla tarkoitamme tapauksia, joita pidetään oikeusyhteisössä kaikkein tärkeimpinä.¹⁵

Valtiosääntöoikeudellisesti kaikkein merkittävimmän tapauksen valinnassa käytimme yhteiskuntatieteissä yleisesti käytettyä menetelmää eli asiantuntijalausuntoja. Valinnan suoritti kustakin viidestä Pohjoismaasta kotoisin oleva valtiosääntöoikeuden tutkija, joka myöhemmin vastasi myös valittujen tapausten empiirisestä analyysistä.¹⁶ Oikeustieteiden tiedeyhteisössä vallitsee yleensä suhteellisen selvä yksimielisyys siitä, mitä pidetään johtavina tuomioistuinratkaisuina. Tämän oletuksen vahvistamiseksi kutakin tutkijaa pyydettiin nimeämään viisi muuta valtiosääntöoikeuden asiantuntijaa omasta maastaan arvioimaan valittuja tuomioistuinratkaisuja siitä näkökulmasta, ovatko ne valtiosääntöoikeudellisesti kaikkein merkittävimpiä. Näitä asiantuntijoita pyydettiin ilmaisemaan hyväksyntänsä valintoihin. Suomalaisen ratkaisujen osalta kaikki viisi valtiosääntöoikeuden tutkijaa vahvistivat lähes yksimielisesti tutkijan valitsemat valtiosääntöoikeudellisesti kaikkein merkittävimmät korkeimpien oikeuksien ratkaisut.¹⁷

Kvantitatiivinen tutkimus toteutettiin siten, että aluksi kaikki oikeustapausten koodaukset kerättiin Excel-taulukoihin ja tuotiin sitten R-ohjelmaan¹⁸ tilastollista analyysia varten. Koodasimme tietoja argumentaatio- ja perustelutavoista ja toistimme tämän jokaisen johtavan tapauksen osalta. Aineistomme sisältää näin ollen tietoa 280 pohjoismaisesta valtiosääntöoikeudellisesti merkittävästä ratkaisusta. Teimme pilottitutkimuksen testataksemme menetelmäämme pohjoismaisessa kontekstissa ja tarkentaaksemme muuttujia ja koodausohjeita. Pilottitutkimuksen tarkoituksena oli mahdollisimman yhdenmukainen aineistonkeruu, jotta tutkijakohtaisuus vaikuttaisi tuloksiin mahdollisimman vähän. Pilottitutkimus sisälsi koodaajien välisen luotettavuusanalyysin, jossa kuusi hankkeeseen osallistunutta koodasi 42 tapausta pareittain. Analyysi osoitti, että 72 % (64 muuttujaa 89:stä) luokitteluasteikollisista muuttujista koodattiin

15. András Jakab – Arthur Deyvre – Giulio Itzcovich, Introduction: Comparing Constitutional Reasoning with Quantitative and Qualitative Methods, s. 1–35 teoksessa András Jakab – Arthur Deyvre – Giulio Itzcovich (eds), *Comparative Constitutional Reasoning*. CUP 2017, s. 27.

16. Valtiosääntöoikeudellisesti kaikkein merkittävimpien ratkaisujen valinnassa tutkijoita ohjeistettiin ottamaan huomioon seuraavat kolme tekijää: 1) ratkaisut, jotka tyypillisesti sisältävät kotimaisiin valtiosääntöoikeuden oppikirjoihin, 2) ratkaisut, joihin viitataan usein valtiosääntöoikeudellisessä tutkimuksessa, ja 3) ratkaisut, joihin analysoitava tuomioistuin itse usein tukeutuu ennakkotapauksina.

17. Tutkimuksen metodologisesta kuvauksesta ks. Nicklas Pettersson – Katalin Kelemen, *Yet Another case of Nordic exceptionalism? A quantitative approach to an intra-Nordic and an international comparison of supreme courts' constitutional reasoning*. Working Paper 7/2024 (Statistics). Örebro University School of Business.

18. R Core Team, *R: A Language and Environment for Statistical Computing* osoitteessa <https://www.R-project.org/> (vierailtu 24.10.2024).

”lähes täydellisesti” (Gwet’s AC1)¹⁹, kun taas muutamat muuttujat aiheuttivat haasteita. Tulosten tulkinnan kannalta olisi ollut merkitystä, jos muuttujat olisi koodattu ”vähemmän yhdenmukaisesti”, sillä se olisi vaikuttanut tulosten vertailukelpoisuuteen ja tutkimustulosten luotettavuuteen. Koodaajien välinen luotettavuus muuttujalle, joka mittaa sellaisten väitteiden esiintymistiheyttä, joissa viitataan käsitteeseen tai periaatteeseen, jota ei mainita perustuslaissa (N20), oli vain tyydyttävä (0,2–0,4). Tämä tulos ei ollut yllättävä, koska eri kansallisista oikeusjärjestelmistä tulevat valtiosääntöoikeuden tutkijat eivät voi tuntea toistensa valtiosääntöoikeudellisia järjestelmiä kovin syvällisesti. Kaikki hankkeen osallistujat keskustelivat perusteellisesti näistä tuloksista Örebrossa pidetyssä kaksipäiväisessä työpajassa, jossa tarkennettiin koodikirjan ohjeita.²⁰ Koodikirjalla pyrittiin mahdollisimman yhdenmukaiseen aineiston keruuseen, ja se oli tutkijoiden apuna koodauksessa.

Koodattavat kokonaisuudet koskivat eri argumentaatiotapojen ja valtiosääntöisten käsitteiden lisäksi myös kunkin tapauksen 11:tä yleistä ominaisuutta, joita voidaan pitää selittävinä muuttujina. Näitä ovat esimerkiksi ratkaisun vuosi, se, oliko ratkaisu yksimielinen vai äänestyspäätös, asian prosessioikeudellinen luonne ja se, missä kokoonpanossa asia ratkaistiin. Argumentaatiotavoista koodasimme esimerkiksi seuraavia seikkoja: käytettiinkö ratkaisussa sanamuodon mukaista tulkintaa, teleologista tulkintaa, ennakkopäätöksiin perustuvaa tulkintaa tai viitattiinko ratkaisun perusteluissa kansainväliseen oikeuteen ja oikeuskirjallisuuteen. Valtiosääntöoikeudellisista keskeisistä käsitteistä koodasimme esimerkiksi sen, viitattiinko ratkaisun perusteluissa oikeusvaltioperiaatteeseen, demokratiaan, suvereenisuuteen, suhteellisuusperiaatteeseen, yhdenvertaisuuteen tai ihmisarvoon.²¹

Teimme vertailua maiden ja tuomioistuinten välillä. Vertailussa hyödynsimme logistista regressioanalyysia. Käytimme aina kaksipuolisia luottamustasovälejä, joiden luottamustaso oli 95 %. Vastaavasti nollahypoteesin testauksessa käytimme aina merkitsevyytensä 0,05. Aina kun se oli mahdollista, valitsimme myös kaksisuuntaiset (two-tailed) vaihtoehtoiset hypoteesit.²²

Tässä artikkelissa keskityn siihen, erottuvatko Suomen korkeimpien oikeuksien valtiosääntöoikeudelliset perustelut jollakin tapaa muista Pohjoismaista. Maavertailuissa kaikki osuudet on arvioitu siten, että kussakin maassa puolet tapauksista olisi hallinnollisia, kuten Suomessa ja Ruotsissa on. Tähti (*) osoittaa, että kyseisen maan osuus eroaa tilastollisesti merkitsevästi Suomen osuudesta.

19. Kilem Li Gwet, Computing Inter-Rater Reliability and Its Variance in the Presence of High Agreement. *British Journal of Mathematical & Statistical Psychology* 61(1) 2008, s. 29–48.

20. Ks. tutkimuksen koodikirjasta Katalin Kelemen, Nordic CONREASON collection of data on constitutional reasoning in the Nordic Supreme Courts. Örebro University 2024 osoitteessa <https://doi.org/10.60689/zmk7-0z14> (vierailtu 31.5.2024).

21. Ks. tutkimuksen koodikirjassa olevista muuttujista ja niiden kuvauksista Kelemen 2024.

22. Pettersson – Kelemen 2024, s. 6–11.

Tilastolliset tulokset toimivat lähtökohtana tulosten tulkinnalle. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että tilastollisessa analyysissä osoitetut havainnot toimivat tämän artikkelin lähtökohtina, joihin syvennyn muun muassa konkreettisten oikeustapausten ja oikeuskirjallisuuden avulla. Maavertailun jälkeen keskityn siihen, osoittaako tämä aineisto mahdollisia eroja Suomen ylimpien tuomioistuinten valtiosääntöoikeudellisissa perusteluissa. Lisäksi pohdin, mistä mahdolliset erot KHO:n ja KKO:n valtiosääntöoikeudellisissa perusteluissa voisivat johtua ja miksi mahdolliset erot voivat olla oikeusjärjestelmän kannalta ongelmallisia.

4. Tulokset

4.1. Perustuslain tulkinnan kansalliset erityispiirteet

4.1.1. Lain esitöiden asema perustuslakitulkinnossa

Oikeudellisessa tulkinnassa on pääasiallisesti kyse tekstien tulkinnasta, joten lähtökohtana oikeudellisessa tulkinnassa ovat kielelliset ilmaisut ja sanamuotojen tulkinta.²³ Kielellisen tulkinnan lisäksi perustuslain tulkinnassa keskeistä on perustuslainsäätäjän tarkoitus ja ylipäänsä perustuslain tarkoitukseen (*telos*) ja perustuslain kokonaisuuteen perustuva systeeminen tulkinta. Lainsäätäjän kunnioittamisasenne näkyy erityisesti lain esitöiden korkeassa asemassa suomalaisten tuomioistuinten laintulkinnassa.²⁴ Erityisesti perustuslainmukaisuuden arvioinnissa lainvalmisteluaineisto on nähty jopa ensisijaiseksi oikeuslähteeksi tuomioistuimissa.²⁵

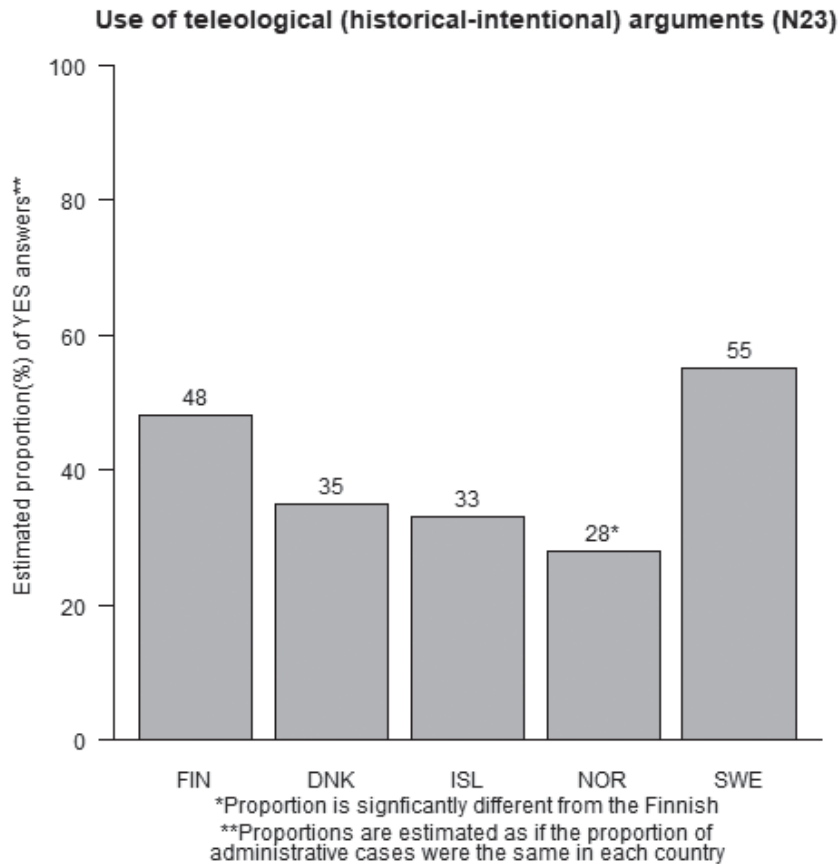
Koodasimme jokaisesta tuomioistuinratkaisusta perustuslain esitöihin viittamisen, kun tuomioistuin ratkaisi käsillä olevan perustuslain tulkintakysymyksen (N23: subjektiivinen teleologinen argumentti). Aineistomme vahvistaa, että Suo-

23. Valtiosääntöoikeudessa voidaan tulkita myös orgaanikäytäntöä eli keskeisten valtioelinten käyttäytymistä, jolloin oikeudellinen tulkinta ei kiinnity pelkästään tekstien tulkintaan. Kiitän artikkelikäsitteilytoimiston ensimmäistä arviointisijaa tämän huomion esiin nostamisesta.

24. Korkeimman oikeuden entinen presidentti Timo Esko kuvaa: ” – velvoittavien oikeuslähteiden kovan ytimen muodostavat laki ja lainvalmistelutyöt ovat edelleen kiistatta ensisijaiset oikeuslähteet. Muu ei olisikaan mahdollista demokraattisessa oikeusvaltiossa.” Timo Esko, Onko Suomen korkein oikeus perustuslakituomioistuin?, s. 31–50 teoksessa Kari Kuusiniemi – Outi Suviranta – Veli-Pekka Viljanen (toim.), Juhlajulkaisu Pekka Vihervuori 1950 – 25/8 – 2020. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2020, s. 36.

25. Antero Jyränki, Pitkän prosessin päätös? Perustuslaki 2000-mietinnön ja sen valmisteluvaiheiden arviointia. Oikeus 3/1997, s. 239–255, 253.

men ylimmät tuomioistuimet käyttävät kaikkein merkittävimmissä valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisa pääasiassa subjektiivisia teleologisia argumentteja.



Kuvio 1. Perustuslain esitöihin viittaaminen valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisa (N23).

Suomessa ja Ruotsissa valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisa viitataan eniten perustuslain esitöihin, kun taas Tanskassa, Islannissa ja Norjassa viitataan niihin vähemmän. Empiiriset tuloksemme ovat osittain selitettävissä kansallisilla oikeuslähteopeilla. Suomessa ja Ruotsissa on korostettu esitöiden asemaa lain-tulkinnassa, kun taas esimerkiksi Norjassa ja Islannissa korkeimman oikeuden prejudikaatit tulevat oikeuslähteiden hierarkiassa heti lainsäädännön jälkeen ja esityöt ovat hierarkiassa siten alempana.²⁶ Lisäksi perustuslain ikä on luonnolli-

26. Ks. esim. Marius Mikkel Kjølstad – Sören Koch – Jørn Øyrehagen Sunde, *An Introduction to Norwegian Legal Culture*, s. 801–848 teoksessa Sören Koch – Marius Mikkel Kjølstad (eds),

sesti olennainen seikka, kun subjektiivista teleologista tulkintaa tarkemmin analysoidaan. Suomen perustuslaki on suhteellisen uusi, joten perustuslainsäätäjän subjektiivinen tarkoitus ei ole samalla tavalla vanhentunut verrattuna esimerkiksi Norjaan, jossa perustuslaki on yli 200 vuotta vanha.

Keskeisenä erona lakien ja perustuslain tulkinnassa näyttäisi olevan subjektiivisten teleologisten argumenttien käyttö. Suomalaisessa oikeusteoreettisessa keskustelussa on tuotu esiin, että lain esitöillä ei saisi olla suoraa vaikutusta lakien tulkintaan, koska se antaisi muun muassa liikaa valtaa säädöksiä valmistelevalle hallintokoneistolle.²⁷ On argumentoitu, että lainsäätäjän subjektiivista tarkoitusta ei saisi laintulkinnassa pitää ratkaisevana. Sen sijaan lain säännösten objektiivisella tarkoituksella (*ratio legis*) on nähty olevan keskeistä merkitystä lakia tulkittaessa.²⁸ Kun tavallisen lainsäädännön tulkinnassa on suhtauduttu kriittisesti lainsäätäjän historialliseen tahtoon, perustuslain tulkinnassa on puolestaan päinvastoin korostettu esitöiden asemaa jopa ensisijaisena oikeuslähteenä.²⁹ Empiiriset tuloksemme osoittavat, että Suomen ylimmät tuomioistuimet käyttävät merkittävimmissä valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisaan varsin usein subjektiivisia teleologisia argumentteja (N23) ja varsin harvoin objektiivisia teleologisia argumentteja (N22).³⁰

Vastaavaa empiiristä tutkimusta lain esitöiden käyttämisestä tavallisten lakien tulkinnassa ei ole tehty, joten on jokseenkin mahdoton sanoa, eroaako perustuslain tulkinta tosiasiaa tältä osin tavallisten lakien tulkinnasta. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin yleisesti luonnehdittu, että laajat viittaukset hallituksen esityksiin ja eduskunnan valiokuntien lausuntoihin ja mietintöihin ovat korkeimpien oikeuksien ratkaisujen perusteluissa nykyisin yleisiä.³¹ Perustuslain tulkinnan mahdolliset eroavuudet tavallisen lain tulkintaan nähden nostavat

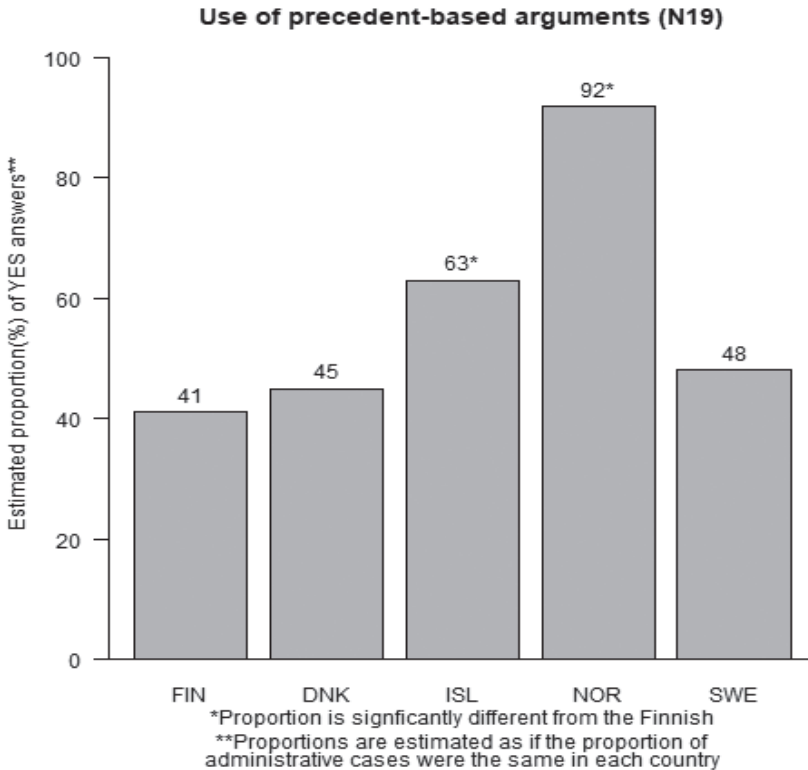
Handbook on Legal Cultures: A Selection of the World's Legal Cultures. Springer 2023, s. 817 ja Ragnhildur Helgadóttir, Nonproblematic judicial review: A case study. International Journal of Constitutional Law 9(2) 2011, s. 532–547.

27. Aulis Aarnio, Statutory Interpretation in Finland, s. 123–170 teoksessa Neil MacCormick – Robert S. Summers (eds), Interpreting Statutes: A Comparative Study. Ashgate 1991; Miikka Vuorela – Anssi Keinänen, Oikeuslähteiden rajamailla – eduskunnan valiokunnat laintulkitsijoina. Lakimies 6/2014, s. 775–798, 794–795 ja Seppo Laakso, Lainopin teoreettiset lähtökohdat. Tampereen yliopisto 2012, s. 306–307.
28. Johan Boucht, Introduction to Finnish and Swedish Legal Methods, s. 165–187 teoksessa Ingwill Helland – Sören Koch (eds), Nordic and Germanic Legal Methods. Mohr Siebeck 2014, s. 174 ja Jyrki Virolainen – Petri Martikainen, Tuomion perustelemineen. Talentum 2010, s. 386–396. Lakien tavoitesäännöksistä ks. Määttä 2011.
29. Jyränki 1997, s. 253 ja Jaakko Husa, Ilmeisyyskriteeri ja tuomioistuimet – siirränäisestä häirinnäiseksi?, s. 191–206 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Olli Mäenpää – Tuomas Ojanen (toim.), Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009, s. 204.
30. Suhteelliset osuudet perustuslain säännöksen objektiivisiin tavoitteisiin tai päämääriin viittauksissa (N22) ovat: Suomi 16 %, Tanska 53 % *, Islanti 26 %, Norja 18 % ja Ruotsi 14 %.
31. Virolainen – Martikainen 2010, s. 390–396. Tältä osin puhutaan usein ns. esityöuskollisuudesta, ks. esim. Määttä 2011, s. 209.

esiin jatkokysymyksen, pitäisikö valtiosääntöoikeudessa kehittää omaa oikeuslähdeoppia, koska yleinen oikeuslähdeoppi ei välttämättä kaikilta osin näyttäisi sopivan perustuslakitulkinnojen ratkaisemiseen.³²

4.1.2. Ennakkopäätösten asema perustuslakitulkinnoissa

Empiirinen aineistomme osoittaa, että Suomen, Ruotsin ja Tanskan ylimmät tuomioistuimet käyttävät suhteellisen vähän omia ennakkopäätöksiä valtiosääntöoikeudellisten ratkaisujen perusteluissa Norjan ja Islannin korkeimpaan oikeuteen verrattuna (N19).



Kuvio 2. Tuomioistuimen omiin ennakkopäätöksiin viittaaminen valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuissa (N19).

32. Suomalaista oikeuslähdeoppia ovat kehittäneet lähinnä yksityisoikeuden tutkijat. Näin ollen on tuotu esiin, että oikeuslähdeopissa on tarpeen ottaa huomioon julkisoikeuteen ja muihin oikeudenaloihin liittyvät piirteet. Ks. esim. Tapio Määttä, *Soft law som rättskälla på nya rättsområden i den nationella rätten*. JFT 6/2006, s. 553–571 ja Jaakko Husa, *The Constitution of Finland: A Contextual Analysis*. Hart 2011, s. 28.

Missään Pohjoismaassa ei ole sitovaa prejudikaattioppia. Ennakkopäätöksillä on kuitenkin vahva oikeuslähdeopillinen ja tosiasiallinen merkitys oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.³³ Erityisesti Suomessa, Ruotsissa ja Tanskassa ennakkopäätöksillä on ollut huomattavan pieni rooli muodollisessa ja doktriinisessa mielessä. Yksi syy tähän voi olla se, että näissä oikeuskulttuureissa on painotettu sitä, että moraaliset ja poliittiset kysymykset tulisi jättää tuomioistuinten sijaan kansallisille parlamenteille.³⁴ Kuvaavaa on, että vielä 1970-luvulla Suomen korkeimmassa oikeudessa keskusteltiin kriittisesti, voitiinko tuomion perusteluissa viitata aikaisempiin prejudikaatteihin.³⁵ Kuten aiemmin totesin, Islannissa ja Norjassa puolestaan arvotetaan korkeimpien oikeuksien ennakkopäätösten oikeuslähdeopillinen painoarvo lain esitöiden edelle, jolloin ennakkopäätökset tulevat oikeuslähteiden hierarkiassa heti lainsäädännön jälkeen.³⁶ Vaikka ennakkopäätöksillä ei ole muodollista sitovuutta, ylimpien tuomioistuinten ennakkopäätökset ovat kuitenkin tosiasiaa ja varsinkin pedagogisesti tärkeitä, koska ylimmät tuomioistuimet paitsi soveltavat oikeusnormeja myös luovat ja muokkaavat oikeussääntöjä omilla ennakkopäätöksillään.³⁷

Kansainvälisessä kirjallisuudessa tuodaan esiin, että useimmat valtiosääntöoikeudellisia asioita käsittelevät tuomioistuimet perustavat ratkaisunsa usein omiin aiempiin ratkaisuihinsa riippumatta siitä, toimivatko ne common law- vai manner-eurooppalaisissa (civil law) järjestelmissä. Tuomioistuimen omaan auktoriteettiin perustuvaa argumentointia pidetään yhtenä merkittävimmistä ja vakuuttavimmista argumentointitavoista valtiosääntöoikeudellisia kysymyksiä ratkaistaessa.³⁸ Eurooppalaiset (valtiosääntö)tuomioistuimet viittaavatkin ratkaisujen perusteluissa useimmiten omaan aiempaan oikeuskäytäntönsä. Tuomioistuimen omaan

33. Anna Nylund – Jørn Øyrehagen Sunde, *Courts and Court Proceedings*, s. 201–213 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Ditlev Tamm – Bent Ole Gram (eds), *Nordic Law in European Context*. Springer 2019.

34. Bertil Bengtsson, *Den Svenska Grundlagen och Domstolarna*. Jussens Venner 1998, s. 56–65; Ian Cameron, *The Influence of European Human Rights Law on National Law*, s. 63–84 teoksessa Mika Hemmo – Erkki J. Hollo – Pia Letto-Vanamo (eds), *National Law and Europeanisation*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009, s. 73 ja Jaakko Husa, *Nordic Constitutionalism and European Human Rights – Mixing Oil and Water?* *Scandinavian Studies in Law* 2010, s. 101–124, 106.

35. Virolainen – Martikainen 2010, s. 409–422 ja Heikki Kempainen – Jukka Siro, *Oikeuskäytäntöön viittaaminen korkeimman oikeuden ennakkopäätöksissä*. *Lakimies* 5/2018, s. 493–515, 495.

36. Ks. esim. Kjølstad – Koch – Sunde 2023, s. 817 ja Helgadóttir 2011.

37. Ks. esim. Jaakko Husa, *Tuomioistuinratkaisut oikeuslähteenä – oikeuslähdeoppi ja oikeusyhteisön kulttuurinen identiteetti*. *Lakimies* 7–8/2020, s. 972–992 ja Pekka Timonen, *Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä*. Lakimiesliiton Kustannus 1987.

38. Monika Florczak-Wator, *Introduction: On the methodology of the research on case-based reasoning in constitutional adjudication*, s. 1–6 teoksessa Monika Florczak-Wator (ed.), *Constitutional Law and Precedent: International Perspectives on Case-Based Reasoning*. Taylor & Francis 2022, s. 1–2.

auktoriteettiin perustuva argumentointitapa on erityisen ilmeinen esimerkiksi Saksan liittovaltion valtiosääntötuomioistuimessa (Bundesverfassungsgericht).³⁹

Analysoitaessa ennakkopäätösten asemaa Suomen ylimpien tuomioistuinten valtiosääntöoikeudellisten ratkaisuiden perusteluissa on muistettava, että valtiosääntöoikeudellisten ennakkopäätösten määrä on suhteellisen pieni verrattuna esimerkiksi niihin järjestelmiin, joissa on valtiosääntötuomioistuin. Lisäksi suomalaisten tuomioistuinten ratkaisemat valtiosääntöoikeudelliset asiat koskevat pääosin perus- ja ihmisoikeuksia (PL 2 luku), lakien delegointia (PL 80 §), kuntien itsehallinnollista asemaa (PL 121 §) tai yleisempää julkisen vallan lainalaisuusvaatimusta (PL 2.3 §). Suomalaisessa järjestelmässä tuomioistuimet eivät ratkaise esimerkiksi ylimpien valtioelinten toimivalta- tai vallanjakokiistoja kuten valtiosääntötuomioistuimet. Tämän tutkimuksen empiirisessä aineistossa 80 suomalaisesta tuomioistuinratkaisusta 75 ratkaisua koskee perusoikeuksia ja 21 ratkaisua liittyy lakien delegointiin (N5).

1990-luvulla alkaneen perus- ja ihmisoikeuksien nousun myötä olisi ajateltavissa, että ylimpien tuomioistuinten ratkaisuilla voisi olla aiempaa tärkeämpi rooli suomalaisessa oikeusjärjestelmässä. Perus- ja ihmisoikeusystävällinen laintulkinta, perus- ja ihmisoikeuksien suora soveltaminen sekä perustuslain etusija (PL 106 §) tavalliseen lainsäädäntöön nähden luovat osaltaan painetta siirtyä kohti oikeuskulttuuria, jossa tuomioistuimilla olisi nykyistä merkittävämpi asema oikeusjärjestelmässä. Suomalaisen valtiosääntöoikeudellisen keskustelun keskiössä on ollut PL 106 §:n mahdollinen muuttaminen siten, että sana ”ilmeinen” poistettaisiin säännöksestä.⁴⁰ Perusteluna on, että kynnys perustuslain etusijan antamiselle on asetettu liian korkealle ja samanlaista kynnystä ei ole, kun tuomioistuimet soveltavat unionin oikeutta tai kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita.⁴¹ Toisaalta osa tutkijoista on puolustanut nykyistä PL 106 §:n vaatimaa ilmeisyyttä sillä, että korotettu kynnys lakien jälkikäteiselle tuomioistuinvalvonnalle on olennainen osa

39. Michaela Hailbronner – Stefan Martini, *The German Federal Constitutional Court*, s. 356–393 teoksessa András Jakab – Arthur Dyevre – Giulio Itzcovich (eds), *Comparative Constitutional Reasoning*. CUP 2017, s. 375.

40. Perustuslaki 2008 -työryhmän muistio. Oikeusministeriö 2008, s. 62. Työryhmä esitti kannanottonaan, että perustuslain tarkistamiseen tähtäävässä hankkeessa on aiheellista harkita ilmeisyyskriteerin poistamista PL 106 §:n säännöksestä. Ilmeisyyskriteerin poistaminen ei kuitenkaan edennyt, sillä perustuslain tarkistamiskomitea ei nähnyt tarvetta perustuslain etusijaa koskevan ilmeisyysvaatimuksen poistamiselle PL 106 §:stä. Ks. Perustuslain tarkistamiskomitean mietintö. Oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja 9/2010, s. 128.

41. Ks. esim. Juha Lavapuro – Tuomas Ojanen – Martin Scheinin, *Intermediate constitutional review in Finland: promising in theory, problematic in practice*, s. 218–243 teoksessa John Bell – Marie-Luce Paris (eds), *Rights-Based Constitutional Review: Constitutional Courts in a Changing Landscape*. Edward Elgar 2016, s. 228.

suomalaista lakien perustuslainmukaisuuden valvontaa, jossa eduskunnan perustuslakivaliokunta on ensisijainen lakien perustuslainmukaisuuden valvoja.⁴²

Pohjoismainen ajattelutapa on perinteisesti korostanut lainsäätäjän asemaa, ja tuomarit ovat nähneet tehtävänsä ensisijaisesti lainsäädännön soveltajina – eivät oikeuden luojina. Tutkijat ovatkin kysyneet, miksi Pohjoismaissa on näin syvä epäluulo tuomioistuinten harjoittamaa perustuslainmukaisuuden valvontaa kohtaan.⁴³ Kun Pohjoismaissa ylimpien tuomioistuinten ratkaisuja luonnehditaan ennakkopäätöksiksi, kyse on siitä, että ratkaisun oikeudellinen periaate sitoo, kun taas common law:ssa kyse on ennakkoratkaisun *ratio dictan* ja käsillä olevan jutun tosiasioiden analogisesta samankaltaisuudesta.⁴⁴ Kansalaiset ovat luottaneet demokraattisesti valittuihin lainsäätäjiin myös perusoikeuksien alalla. Tätä taustaa vasten pohjoismaiset tuomioistuimet ovat pääasiassa olleet varsin pidättyväisiä oikeudellisissa tulkinnoissa ja päätöksenteossa (judicial self-restraint). Suomalaisestä näkökulmasta demokratiaperiaate, vallanjako-oppi ja eduskunnan asema ylimpänä valtioelimenä on otettu hyvin vakavasti, ja pitkään perustuslakivaliokunnan harjoittamaa parlamentaarista ennakkovalvontaa pidettiin riittävänä lakien perustuslainmukaisuuden valvonnassa eikä tuomioistuinvalvontaa pidetty tarpeellisena.⁴⁵ Norja eroaa tässä suhteessa muista Pohjoismaista, mutta myös Norjan korkein oikeus on välttänyt avoimia konflikteja parlamentin kanssa.⁴⁶ Aiemmin todetun mukaisesti kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden ja EU-lainsäädännön lisääntyminen on kuitenkin lisännyt painetta aktiivisimpiin tuomioistuihin kaikissa Pohjoismaissa. Perus- ja ihmisoikeuksien soveltaminen tuomioistuimissa on siten lähes arkipäivää, eikä perinteinen ajattelu perusoikeuksien kohdistumisesta pääosin vain lainsäätäjään pidä enää paikkaansa.

4.1.3. Kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin viittaaminen

Tutkimuksemme paljastaa, että Pohjoismaiden ylimmät tuomioistuimet viittaavat keskeisissä valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuissaan kansainvälisistä ihmisoikeus-

42. Kaarlo Tuori, Judicial Constitutional Review as a Last Resort, s. 365–391 teoksessa Tom Campbell – K D Ewing – Adam Tomkins (eds), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*. OUP 2011, s. 384, 391.

43. Ks. esim. Marlene Wind, Who is Afraid of European Constitutionalism? The Nordic Distress with Judicial Review and Constitutional Democracy. 13 *iCourts Working Paper Series* 2014, s. 1–20.

44. Husa 2020, s. 980.

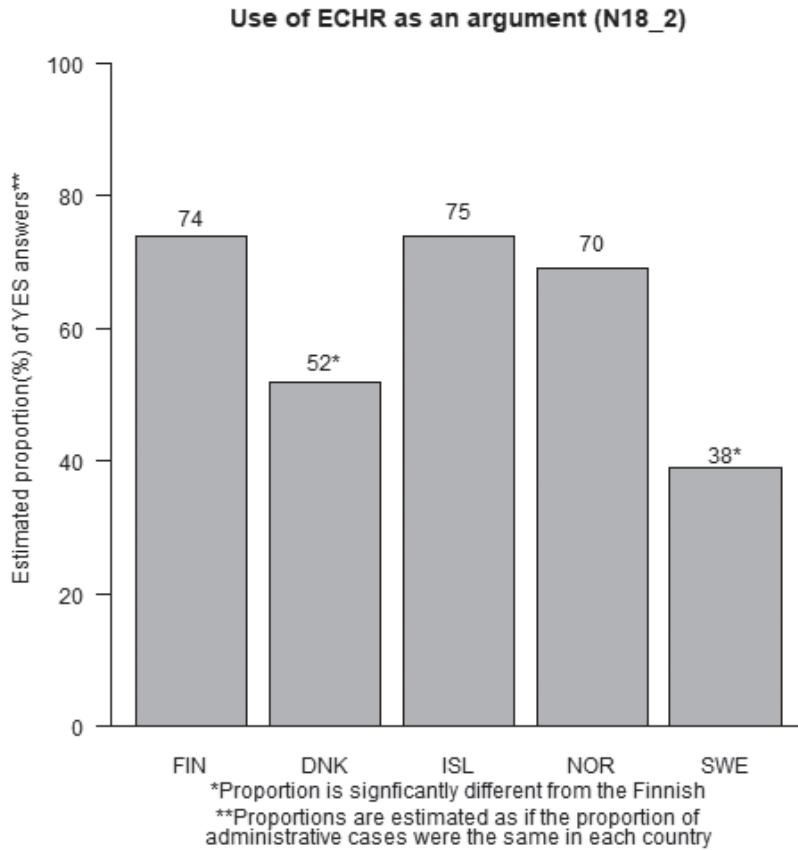
45. Antero Jyränki, Taking Democracy Seriously: The Problem of the Control of the Constitutionality of legislation: The Case of Finland, s. 6–16 teoksessa Maija Sakslin (ed.), *The Finnish Constitution in Transition. The Finnish Society of Constitutional Law 1995 ja Teuvo Pohjolainen – Jaakko Husa, Prospects of Reforming the Finnish Constitution*. *European Public Law* 3(1) 1997, s. 45–56, 51.

46. Ks. esim. Marlene Wind, The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review. *Journal of Common Market Studies* 48(4) 2010, s. 1039–1063.

sopimuksista pääosin ainoastaan Euroopan ihmisoikeussopimukseen tai EU-oikeuteen. Koodasimme kansainvälisiin sopimuksiin viittaamista (N18) neljällä muuttujalla: 1) EU- ja EEA-oikeus (sisältää EUTIn ja EFTAn tuomioistuinkäytännön), 2) EIS (sisältää EIT:n oikeuskäytännön), 3) muut sitovat kansainväliset sopimukset (esimerkiksi YK:n KP-sopimus) ja 4) kansainvälinen soft law (esimerkiksi Venetsian komission tulkinnat). Kaikissa pohjoismaisissa korkeimmissa oikeuksissa merkittävässä valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisa viitataan eniten Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja viittaukset muihin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ovat selvästi harvinaisempia.⁴⁷

Suomi, Islanti ja Norja erottuvat Euroopan ihmisoikeussopimukseen viittamisessa (N18_2). Näissä kolmessa maassa ylimmät tuomioistuimet viittaavat Euroopan ihmisoikeussopimukseen useammin kuin Tanskan ja Ruotsin ylimmät tuomioistuimet.

47. Ks. lisää Katalin Kelemen – Maija Dahlberg – Nicklas Pettersson, *Constitutional Reasoning in the Nordic Supreme Courts*. Symposium of International Journal of Constitutional Law 2025 (käsikirjoitus 24.6.2024).



Kuvio 3. Euroopan ihmisoikeussopimukseen viittaaminen valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisissa (N18_2).

Huomionarvoista on, että tuloksissamme Ruotsin korkeimmat oikeudet ovat varsin kaukana Suomen korkeimmista oikeuksista, vaikka oikeuskirjallisuudessa on korostettu, että Suomi ja Ruotsi ovat vastaanottavaisempia Euroopan ihmisoikeussopimukselle kuin esimerkiksi Tanska ja Norja.⁴⁸ Ero saattaa liittyä siihen, miten kunkin maan keskeisimmät valtiosääntöoikeudelliset ratkaisut tähän tutkimukseen valittiin. Esimerkiksi Suomen korkeimpien oikeuksien rat-

48. Husa 2010, s. 110; Laura Ervo, Förhållandet mellan Europadomstolen och Nationella Domstolar – Finländska Perspektiv. JFT 4/2006, s. 411–422 ja Johanna Niemi-Kiesiläinen, Comparing Finland and Sweden: The Structure of Legal Argument, s. 89–108 teoksessa Jaakko Husa – Kimmo Nuotio – Heikki Pihlajamäki (eds), Nordic Law: Between Tradition and Dynamism. Intersentia 2007, s. 107.

kaisujen valinnassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen sopimusvelvoitteita ja niiden tulkintakäytäntöä pidettiin elimellisenä osana valtiosääntöoikeudellista argumentaatiota, kun taas Ruotsin korkeimpien oikeuksien valtiosääntöoikeudellisten tapausten valinnassa tutkija ei luokitellut Euroopan ihmisoikeussopimukseen kiinnittyvää argumentaatiota suoraan valtiosääntöoikeudelliseksi argumentaatioksi.⁴⁹

Kaiken kaikkiaan empiirinen havaintomme, jonka mukaan Suomen ylimmät tuomioistuimet käyttävät säännöllisesti Euroopan ihmisoikeussopimusta ratkaistessaan valtiosääntöoikeudellisia kysymyksiä, vastaa oikeuskirjallisuudessa kuvattua suomalaista oikeuskulttuuria. Suomalaisessa oikeusjärjestelmässä on vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen ja vuoden 2000 perustuslain kokonaisuudistuksen jälkeen korostettu kansainvälisten ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien sisällöllistä yhteyttä.⁵⁰ Huomionarvoista toki on, että tuomioistuimet viittaavat kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista käytännössä pääosin Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja EU-oikeuteen, vaikka esimerkiksi YK:n alainen kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus (KP-sopimus) on yhtä lailla saatettu voimaan laintasoisin säännöksin ja se on siten oikeuslähdeopillisesti yhtä velvoittava kuin Euroopan ihmisoikeussopimus. Toisaalta tuloksemme ei ole yllättävä, sillä tutkijat ovat jo aiemmin tuoneet esille, että Euroopan ihmisoikeussopimuksella on kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista *de facto* erityinen asema muihin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin nähden.⁵¹

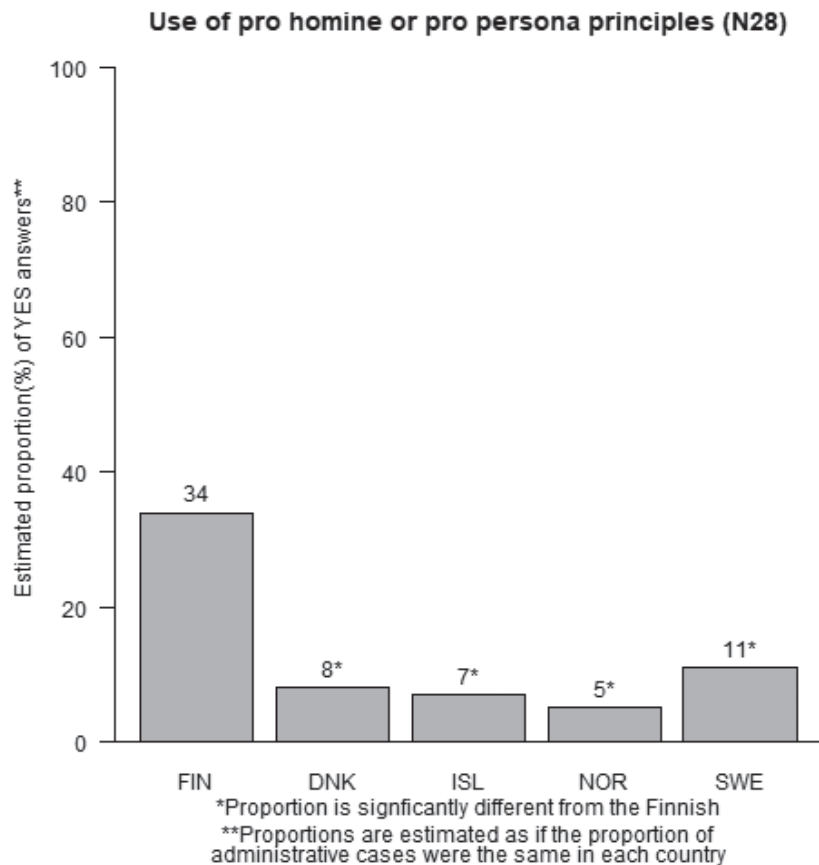
4.1.4. Oikeuksien tehokas toteutuminen argumenttina

Suomi erottuu merkittävästi muista Pohjoismaista siinä, kuinka ylimmät tuomioistuimet käyttävät valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisissa argumenttina oikeuksien tehokasta toteutumista (N28).

49. Ks. Åsa Elmerot, Constitutional Reasoning in the Swedish Supreme Courts. Symposium of International Journal of Constitutional Law 2025 (käsi kirjoitus 24.6.2024).

50. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 75.

51. Ks. esim. Tuomas Ojanen, Human Rights in Nordic Constitutions and the Impact of International Obligations, s. 133–166 teoksessa Helle Krunke – Björg Thorarensen (eds), The Nordic Constitutions: A Comparative and Contextual Study. Hart 2018, s. 155–159.



Kuvio 4. Oikeuksien tehokkuuteen viittaaminen valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuiissa (N28).

Suomen korkea osuus selittyy osaltaan sillä, että suomalaiset ylimmät tuomioistuimet viittaavat edellä esitetyn mukaisesti varsin usein valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuiissaan Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja sen oikeuskäytäntöön (N18_2). Tilastollinen analyysimme osoittaa, että N28:n ja N18_2:n välinen tilastollinen korrelaatio on 0,28. Näin ollen muuttujien N28 ja N18_2 välillä on positiivinen mutta heikko korrelaatio. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin tulkitsee sopimusvelvoitteita varsin dynaamisesti, ja tulkinnan päämääränä on, että sopimusvelvoitteet ovat yksilöiden näkökulmasta käytännöllisiä ja tehokkaita. Siten Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkinnan hyödyntäminen kansallisten perusoikeuksien tulkinnassa tarkoittaa käytännössä usein myös sitä, että EIT:n dynaamiset tulkintamenetelmät hyväksytään osaksi perus- ja ihmis-oikeuksien tulkintaa.

Oikeuskirjallisuudessa on korostettu, että nojautuminen liiaksi Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja sen tulkintakäytäntöön johtaa helposti siihen, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen asettama suoja nähdään tavoiteltavana maksimitasona perus- ja ihmisoikeustulkinnossa. Tutkijat ovat varoittaneet tämän johtavan siihen, että tuomioistuimet ikään kuin unohtavat, että EIS:n suojatason on ainoastaan minimi ja että kansallinen perusoikeussuoja saa (ja sen pitääkin) mennä korkeammalle.⁵² Tämä tutkimus osoittaa kuitenkin konkreettisesti, että EIS:n oikeuksiin viittaaminen voi tuoda myös EIT:n luomat dynaamiset ja evolutiiviset ihmisoikeustulkinnat osaksi suomalaisten tuomioistuinten perus- ja ihmisoikeuksien tulkintakäytäntöä. EIS:ään viittaaminen voi siten tuoda uudenlaisia perus- ja ihmisoikeuksien tulkintamenetelmiä suomalaisten tuomioistuinten työkalupakkiin.

Toinen mahdollinen – ja ehkä perustellumpi – selitys sille, miksi Suomen korkeimmat oikeudet erottuvat muista Pohjoismaista oikeuksien tehokkuuden korostamisesta, on Suomen perustuslakiin sisältyvä perus- ja ihmisoikeuksien yleinen edistämissäännös (PL 22 §). Perustuslain esitöiden mukaan viranomaisilla on tiettyssä tilanteissa ja tietystä laajuudesta velvollisuus aktiivisesti edistää perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista.⁵³ Myös laintulkintaopeissa korostetaan perus- ja ihmisoikeusystävällistä laintulkintaa. Perustuslakivaliokunta on lisäksi luonut doktriinin perus- ja ihmisoikeusystävällisestä tulkintamenetelmästä. Kun Suomi ratifioi Euroopan ihmisoikeussopimuksen, perustuslakivaliokunta korosti lausunnossaan, että tuomioistuimilla ja muilla viranomaisilla on velvollisuus tulkita lakeja ja perustuslaissa olevia perusoikeuksia tavalla, joka parhaiten edistää kansainvälisiä ihmisoikeussopimusvelvoitteita.⁵⁴

4.1.5. Viittaukset ei-oikeudellisten elinten ratkaisuihin

Suomen valtiosääntöoikeudellinen erikoisuus on lakien parlamentaarinen perustuslainmukaisuuden ennakkovalvonta. Suomen ennakkollinen ja parlamenttitehtoinen lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on kansainvälisesti katsottuna hyvin uniikki. Erityiseksi Suomen järjestelmän tekee se, että kansanedustajista muodostuvan perustuslakivaliokunnan lausunnot lakiehdotusten perustuslainmukaisuudesta *de facto* sitovat eduskuntaa. Myös Ruotsissa on ennakkollinen lakien perustuslainmukaisuuden valvontaelin (Lagrådet), mutta sen lausunnot

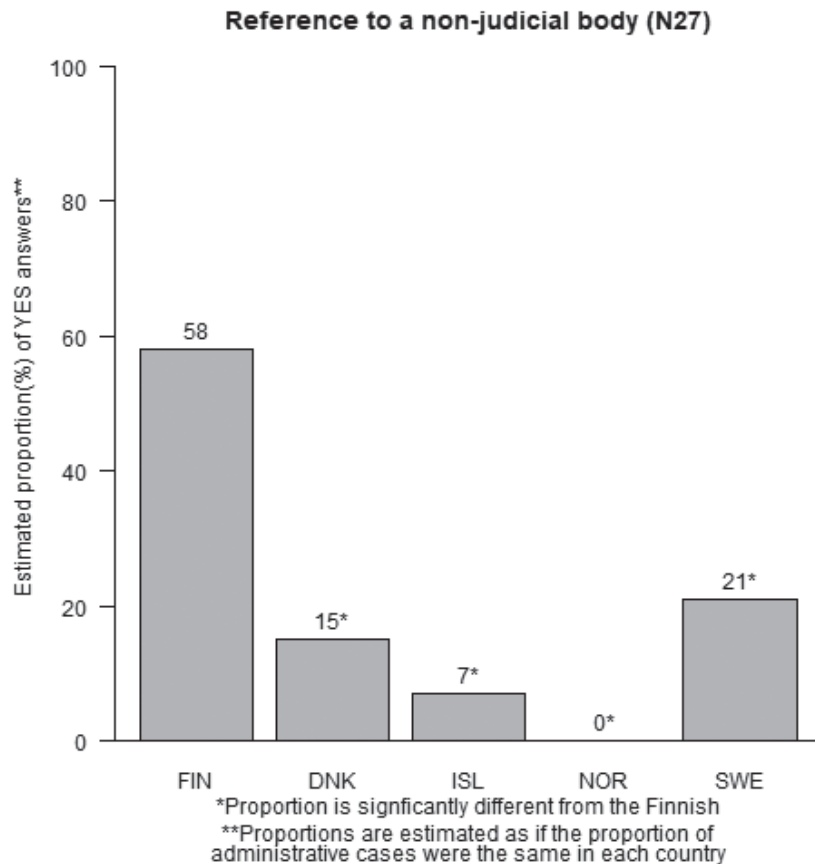
52. Ks. esim. Juha Lavapuro, Ihmisoikeuskulttuurin murrokset? Eräitä kvantitatiivisia havaintoja korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä tapahtuneista muutoksista v. 1976–2010, s. 357–368 teoksessa Tatu Hyttinen – Katja Weckström (toim.), Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta. Turun yliopisto 2011, s. 366–368 ja Ojanen 2018, s. 160.

53. HE 309/1993 vp, s. 75.

54. Perustuslakivaliokunnan lausunto 2/1990 vp (HE n:o 22 ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä).

eivät ole parlamenttia sitovia.⁵⁵ Norjassa, Tanskassa ja Islannissa ei ole vastaavia elimiä, jotka valvoisivat samalla tavoin lakiehdotusten perustuslainmukaisuutta lainsäätämisen prosessin yhteydessä.

Suomi hyvin odotetusti erottuu muista Pohjoismaista, kun analysoimme korkeimpien oikeuksien viittausaktiivisuutta kansallisiin ei-oikeudellisiin elimiin (national non-judicial bodies) valtiosääntöoikeudellisissa argumentaatioissaan (N27).



Kuvio 5. Viittaaminen kansallisiin ei-oikeudellisiin elimiin valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisissa (N27).

55. Ks. esim. Thomas Bull, *Judges without a Court – Judicial Preview in Sweden*, s. 392–409 teoksessa Tom Campbell – K D Ewing – Adam Tomkins (eds), *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*. OUP 2011.

Tuloksemme osoittavat Suomen keskeisen valtiosääntöoikeudellisen ratkaisun perustuslakivaliokunnan ensisijaisuudesta perustuslain tulkintakysymyksissä: tuomioistuimet viittaavat valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisaan tarkasti perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöön. Perustuslakivaliokunnan ensisijaista asemaa perustuslain tulkinnassa on konkretisoitu siten, että tuomioistuimille ei ole nähty sallittuna irtaantua ja varsinkaan nimenomaisesti poiketa perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännöstä.⁵⁶

Oikeuskirjallisuudessa on ajoittain kritisoitu Suomen ylimpiä tuomioistuimia siitä, etteivät ne ota tarpeellisella tavalla huomioon perustuslakivaliokunnan perusteluita ja tulkintakäytäntöä.⁵⁷ Tämä empiirinen aineisto kuitenkin osoittaa vastakkaisen tuloksen: Suomen korkeimmat oikeudet viittaavat varsin usein valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisaan perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöön. Toki tässä tutkimuksessa huomio on ainoastaan siinä, viittaako tuomioistuin perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöön. Huomio ei kiinnittynyt siihen, kuinka tuomioistuin sisällöllisesti hyödyntää perustuslakivaliokunnan argumentaatiota osana ratkaisuaan.

4.2. Erot korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden valtiosääntöoikeudellisissa viittauksissa

4.2.1. Euroopan ihmisoikeussopimusviittaukset

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että KKO viittaa perus- ja ihmisoikeudellisissa tapauksissa säännönmukaisesti kansainvälisten tuomioistuinten ratkaisuihin.⁵⁸ Samalla tavoin KHO:n on kuvattu ottavan perus- ja ihmisoikeudellisen normiston laaja-alaisesti huomioon osana ratkaisun perusteluja.⁵⁹ KHO:n osalta on tosin tuotu esiin, että välillisesti perus- ja ihmisoikeusnormistolla on ollut isompi merkitys kuin pelkästään viittausmääriä tarkastelemalla käy ilmi.⁶⁰

56. Ojanen 2009, s. 243.

57. Ojanen 2009, s. 247; Lavapuro – Ojanen – Scheinin 2016, s. 233 ja Lavapuro 2011, s. 367–368.

58. Heikki Pihlajamäki (toim.), Lainkäyttöä läpi vuosisadan: Näkökulmia korkeimman oikeuden historiaan 1918–2018. Edita 2018, s. 225 ja Tuomas Ojanen, Perusoikeuspluralismi kotimaisessa tuomioistuimessa. Defensor Legis 4/2011, s. 442–455, 448.

59. Esimerkiksi Ojanen (Ojanen 2011, s. 448) kuvaa, että KHO:ta voitiin pitää edelläkävijänä perusoikeussäännösten soveltamisessa Suomessa.

60. Markku Jokisipilä, Korkein hallinto-oikeus 1940–2018 – hallintolainkäyttö alati muuttuvassa maailmassa, s. 112–161 teoksessa Markus Kari – Jukka Kekkonen – Markku Jokisipilä, Oikeusvaltion rakentaja. Korkein hallinto-oikeus 100 vuotta. Edita 2018, s. 131. KHO:n ratkaisuille on ollut ominaista aina 2000-luvun puoleenväliin saakka, ettei perusteluissa yleensä yksilöity niitä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja, jotka korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuisa saivat merkitystä, ks. Tuomas Ojanen, Eurooppa-tuomioistuimet ja suomalaiset tuomioistuimet. Lakimies 7–8/2005, s. 1210–1228, 1217.

Aiemmissä tutkimuksissa on osoitettu eroja Suomen korkeimpien oikeuksien valtiosääntöoikeudellisessa argumentaatiossa. Suurimpana erona on osoitettu Euroopan ihmisoikeussopimuksen käyttäminen perusteluna perustuslakia tulkittaessa. Aiemmissä tutkimuksissa on esitetty, että KKO käyttää Euroopan ihmisoikeussopimusta argumenttina aktiivisemmin kuin KHO.⁶¹ Empiirinen tutkimuksemme vahvistaa, että KKO viittaa keskeisissä valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuissa merkitsevästi enemmän Euroopan ihmisoikeussopimukseen kuin KHO. Suhteelliset osuudet ovat KKO: 84 % ja KHO: 62,5 %. Lisäksi tarkempi analyysi osoittaa, että viimeisten kolmen vuoden aikana (2020–2022) kymmenestä KHO:n valtiosääntöoikeudellisesta ratkaisusta (eli 25 % otoksetamme) vain neljässä käytetään Euroopan ihmisoikeussopimusta perusteluna (25 %), mikä on alle puolet kokonaisuudesta (62,5 %).

Mahdollisia syitä KKO:n ja KHO:n perustelujen väliselle erolle voi olla esimerkiksi se, että KKO:n ratkaisemissa rikosoikeudellisissa asioissa EIT:llä on varsin laaja tulkintakäytäntö syytetyn oikeuksista ja oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä. Kuitenkin tässä tutkimuksessa analysoiduista KKO:n ratkaisuista rikos- ja riita-asioita on lähes saman verran (rikosasioita 15, riita-asioita 17, hakemusasioita⁶² 8). Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin kysymykset tulevat lisäksi usein vastaan myös hallintoprosesseissa, joissa on käytettävissä varsin laaja-alaista EIT:n oikeuskäytäntöä. Eri prosessilajit eivät siis mielestäni selitä eroja KKO:n ja KHO:n perustelujen välillä. KHO:n ratkaisut voivat toki koskea myös muita valtiosääntöoikeudellisia kysymyksiä kuin perus- ja ihmisoikeusliittännäisiä asioita, kuten lakien delegointia ja kuntien tai alueiden itsehallintoa. Tämä voi olla yksi keskeinen syy, miksi KKO:n valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuissa viitataan KHO:ta enemmän Euroopan ihmisoikeussopimukseen.

4.2.2. EU-oikeusviittaukset

Oikeuskirjallisuudessa on tuotu aiemmin esiin, että KHO viittaa perusteluisaan enemmän EU:n perusoikeuskirjaan kuin KKO.⁶³ On myös todettu varsin suoraan, että hallintotuomioistuinten työhön vaikuttaa enemmän EU-oikeus kuin kansainväliset ihmisoikeussopimukset.⁶⁴ Tässä empiirisessä tutkimuksessa emme arvioineet viittauksia erityisesti EU:n perusoikeuskirjaan vaan yleisemmin viittauksia EU:n oikeuslähteisiin merkittävimmässä valtiosääntöoikeudelli-

61. Lavapuro – Ojanen – Scheinin 2016, s. 243 ja Ojanen 2005, s. 1218–1219.

62. Tähän ryhmään kuuluvat ylimääräistä muutoksenhakua koskevat hakemusasiat.

63. Tuomas Ojanen, Räppänä raollaan Eurooppaan – Euroopan unionin perusoikeudet Suomen oikeudessa, s. 241–264 teoksessa Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro (toim.), Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen: Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2012, s. 259–262.

64. Pekka Hallberg, Korkein hallinto-oikeus oikeusvaltiota rakentamassa, s. 18–35 teoksessa Korkein hallinto-oikeus 90 vuotta. Korkein hallinto-oikeus 2008, s. 26–27.

sisä ratkaisuisissa (N18_1). Suhteelliset osuudet EU-oikeuteen viittaamisessa ovat KKO: 7,5 % ja KHO: 17,5 %. Aineistossamme KKO viittaa valtiosääntöoikeudellisissa perusteluissaan siis vähemmän EU-oikeuteen kuin KHO, mikä näyttää vahvistavan aiemmassa tutkimuksessa esitetyn oletuksen. Ainakin merkittävimmässä valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisissa KHO viittaa KKO:ta enemmän EU-oikeuteen.

EU-oikeuden laajempi soveltamisala hallinto-oikeudellisissa kysymyksissä on nähdäkseni yksi ilmeinen syy sille, miksi KHO käyttää KKO:ta enemmän EU-oikeudellisia lähteitä valtiosääntöoikeudellisessa argumentaatiossaan. EU-oikeudellisia säännöksiä on perinteisesti annettu enemmän julkisoikeudellisista – eli valtion ja yksilön välisistä – asioista kuin esimerkiksi yksilöiden välisistä horisontaalisuhteista. Unionin toimivalta on perussopimusuudistuksissa toki muuttunut, ja unionilla on oikeusperusta antaa unionioikeudellista sääntelyä myös perinteisistä siviilioikeudellisista asioista. Toisaalta vahvana traditiona on ollut, että EU-oikeus edelleen sääntelee nimenomaan hallinto-oikeudellisia asioita.⁶⁵

Tutkijat antavat usein liian optimistisen kuvan EU:n perusoikeuskirjaan viittaamisesta osana valtiosääntöoikeudellista argumentaatiota.⁶⁶ EU-oikeuteen viittaaminen ylimpien tuomioistuinten valtiosääntöoikeudellisessa argumentaatiossa on kuitenkin kokonaisuutena tarkasteltuna varsin vähäistä, ja keskeinen kansainvälinen lähde suomalaisten ylimpien tuomioistuinten valtiosääntöoikeudellisessa argumentaatiossa on Euroopan ihmisoikeussopimus. Tämä ei sinänsä ole yllättävää, kun otetaan huomioon Euroopan unionin verrattain hidas oikeudellinen kehitys perusoikeuksien alalla. EU:n perusoikeuskirja tuli oikeudellisesti sitovaksi vasta 2009, kun taas Euroopan ihmisoikeussopimusjärjestelmä on kehittynyt jo 1950-luvulta lähtien.

4.2.3. Viittaaminen perustuslakivaliokuntaan

Mitä tulee muihin eroihin Suomen kahden ylimmän tuomioistuimen perustelutapojen välillä, havaitsimme, että KHO:ssa viitataan enemmän perustuslakivaliokuntaan kuin KKO:n vastaavissa ratkaisuisissa. Suhteelliset osuudet ovat KKO: 42,5 % ja KHO: 72,5 %, ja ero on tilastollisesti merkitsevä (p-arvo = 0,012).

Oikeuskirjallisuudessa on tuotu esiin, että etenkin KKO:n ratkaisuisissa on ajoittain annettu ylikorostunut merkitys sille, mitä eduskunnan perustuslakivaliokunta on sanonut – tai ei ole sanonut – tuomioistuimessa käsiteltävänä olevassa tapauksessa relevantin lain perustuslainmukaisuudesta lain säätämisympäristössä.⁶⁷ Tämä tutkimus osoittaa, että ylimmät tuomioistuimet viittaavat perustuslakiva-

65. Ks. esim. Heikki Kanninen, EY-oikeuden soveltamisesta korkeimmassa hallinto-oikeudessa. Lakimies 7–8/2003, s. 1256–1272.

66. Ks. esim. Ojanen 2018, s. 161–163.

67. Ojanen 2009, s. 247–248.

liokuntaan pääsääntöisesti aina silloin, kun harkittavana on PL 106 §:n soveltamistilanne. Tällöin tuomioistuimet usein toistavat perustuslakivaliokunnan aseman ensisijaisuuden lakien perustuslainmukaisuuden valvonnassa.⁶⁸ Tässä aineistossa PL 106 §:ää koskevia ratkaisuja oli KHO:ssa yhteensä 17 ja KKO:ssa 14. Siten ero KKO:n ja KHO:n välillä perustuslakivaliokuntaan viittaamisessa ei selity sillä, että aineistossa olisi ollut selvästi enemmän PL 106 §:ää koskevia KHO:n ratkaisuja kuin KKO:n ratkaisuja.

Yksi syy siihen, miksi KHO:ssa viitataan enemmän perustuslakivaliokunnan lausuntoihin, voi olla se, että KHO:n valtiosääntöoikeudelliset ratkaisut koskevat myös muita valtiosääntöisiä kysymyksiä kuin perus- ja ihmisoikeuksia. Esimerkiksi ratkaisussa KHO 2006:58 tuomioistuin viittaa perustuslakivaliokunnan lausuntoon (PeVL 11/1999 vp), kun ratkaistavana on kunnan ympäristönsuojelumääräysten suhde PL 80.2 §:ään. KKO:n ratkaistavaksi tulevat valtiosääntöoikeudelliset kysymykset koskevat pääsääntöisesti aina perus- ja ihmisoikeuksia. Tässä aineistossa poikkeuksena on ratkaisu KKO 2011:43, joka koski yksityistä pysäköinninvalvontaa ja sen suhdetta PL 124 §:ssä säänneltyyn merkittävään julkisen vallan käyttöön. Kaikki muut tässä tutkimuksessa olevat KKO:n ratkaisut ovat perus- ja ihmisoikeusliitännäisiä, jolloin viittaaminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja sen tulkintakäytäntöön voi olla relevantimpaa kuin perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöön tukeutuminen.

4.2.4. Prejudikaattiviittaukset

Suomen ylimpien tuomioistuinten välillä on myös tilastollisesti merkitsevä ero siinä, viittaako tuomioistuin aiempiin ratkaisuihinsa. Suhteelliset osuudet ovat KKO: 60 % ja KHO: 22,5 %. KKO viittaa valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuisaan omiin aiempiin ennakkoratkaisuihinsa yli puolet enemmän kuin KHO (p-arvo = 0,001). Tässä tutkimuksessa esiin tullut tulos vastaa aiemmin oikeuskirjallisuudessa esitettyä, jossa on nostettu esiin, että KHO on huomattavasti pidättyväisempi kuin KKO viittaamaan omiin aiempiin ratkaisuihinsa.⁶⁹

Mahdolliset syyt eroihin voivat liittyä siihen, että KKO:ssa oli valituslupajärjestelmän ensimmäinen versio jo vuonna 1922 ja siitä tuli vähitellen täysivaltaisen ennakkotuomioistuin 1980-luvulla.⁷⁰ KHO:ssa yleinen valituslupajärjestelmä tuli puolestaan voimaan vasta vuonna 2020. Koska hallintotuomioistuinjärjestelmä on Suomessa vain kaksiportainen, KHO:lla on ollut yhtäaikaisena tehtävänä toimia sekä varsinaisena muutoksenhakutuomioistuimena että merkittävää oikeuskäytäntöä tuottavana tuomioistuimena. Tässä mielessä KHO:n

68. Ks. esim. KHO 2008:25, KHO 2018:85, KHO 2011:107, KHO 2007:77, KKO 2004:26, KKO 2012:11, KKO 2015:14, KKO 2021:42 ja KKO 2021:88.

69. Virolainen – Martikainen 2010, s. 422.

70. Ks. esim. Pihlajamäki 2018, s. 188–197.

muutos muutoksenhakutuomioistuimesta ennakkopäätöstuomioistuimeksi on vielä kesken.⁷¹ KKO:lla on KHO:ta selvästi pidemmät perinteet ennakkopäätösten luomisessa ja ylipäänsä ennakkopäätöstuomioistuimena toimimisessa.⁷² Nähdäkseni tuomioistuinten erilaiset identiteetit prejudikaattituomioistuimina selittävät osaltaan eroja KKO:n ja KHO:n välillä, kun analysoidaan tuomioistuinten aktiivisuutta omiin ennakkopäätöksiin valtiosääntöoikeudellisen ratkaisun perusteluissa viittaamisessa.⁷³

Aiemmissä empiirisissä tutkimuksissa on osoitettu, että noin 70 % vuosina 2013–2017 annetuista KKO:n ennakkopäätöksistä sisältää ainakin yhden viittauksen johonkin aikaisempaan prejudikaattiin.⁷⁴ Lisäksi on tuotu esiin, että KKO:lla on tapana viitata nimenomaan perus- ja ihmisoikeuskysymyksissä aiempiin ratkaisuihinsa.⁷⁵ Tämä tutkimus kuitenkin osoittaa, että KKO viittaa 60 %:ssa valtiosääntöoikeudellisista ratkaisuista aiempaan ennakkopäätökseensä. Kun KKO:n valtiosääntöoikeudelliset ratkaisut ovat tässä tutkimuksessa yhtä ratkaisua (KKO 2011:43) lukuun ottamatta kaikki perus- ja ihmisoikeusratkaisuja, prejudikaatteihin viittaaminen olisi pitänyt aiemman tutkimuksen valossa olla suurempaa.⁷⁶ Aiemmassa tutkimuksessa esitetty tulos siitä, että nimenomaan perus- ja ihmisoikeuskäytäntöissä asioissa KKO viittaisi usein omaan oikeuskäytäntöönsä, ei tämän aineiston valossa pidä paikkaansa.

4.3. Yhteenvedo empiirisen analyysin tuloksista

Tilastollinen analyysimme vahvistaa niitä oletuksia, että suomalaisen valtiosääntöoikeudellisen järjestelmän keskeisiä piirteitä ovat 1) eduskunnan asema ylimpänä valtioelimenä ja tuomioistuinten verrattain vaatimaton asema lainsäätäjään nähden, 2) perusoikeuksien läheinen muodollinen ja sisällöllinen yhteys Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja 3) ennakkollinen ja abstrakti lakien perustuslainmukaisuuden valvonta. Kun tuomioistuinten ratkaistavaksi tulee

71. Ks. esim. Anna Nylund, *An Introduction to Finnish Legal Culture*, s. 525–556 teoksessa Sören Koch – Marius Mikkel Kjølstad (eds), *Handbook on Legal Cultures: A Selection of the World's Legal Cultures*. Springer 2023, s. 536–7 ja Pia Letto-Vanamo, *Finland*, s. 130–135 teoksessa Jan M. Smits – Jaakko Husa – Catherine Valcke – Madalena Narciso (eds), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Edward Elgar 2023, s. 133.

72. Ks. Timo Esko, *Onko Suomen korkein oikeus perustuslakituomioistuin?*, s. 31–50 teoksessa Kari Kuusiniemi – Outi Suviranta – Veli-Pekka Viljanen (toim.), *Juhlajulkaisu Pekka Viher-
vuori 1950 – 25/8 – 2020*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2020. Korkeimman oikeuden ennakkopäätösideologiasta ks. esim. Pihlajamäki 2018, s. 222–223.

73. Oikeuskulttuurisesta itseidentifikaatiosta ks. Husa 2020, s. 986–990.

74. Kemppinen – Siro 2018, s. 498. Korkeimman oikeuden perustelutyylillä on luonnehdittu myös siten, että se viittaa ”usein” omiin ennakkopäätöksiinsä, ks. Pihlajamäki 2018, s. 225.

75. Kemppinen – Siro 2018, s. 513.

76. Vrt. Kemppinen – Siro 2018, s. 513.

valtiosääntöoikeudellisesti merkittävä asia, nämä valtiosääntöoikeudelliset erityispiirteet vetävät laintulkitsijaa hieman eri suuntiin. Tällä tarkoitan sitä, että suomalainen tuomari-ideologia ja oikeuslähdeopin vahva asenne lainsäätäjän kunnioittamiseen saavat tuomioistuimet yhtäältä tukeutumaan erityisesti perustuslain esitöihin ja perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöön ja pysyttelemään varsin varovaisina valtiosääntöoikeudellisissa kysymyksissä. Toisaalta Suomen perustuslaissa turvattujen perusoikeuksien vahva muodollinen ja aineellinen yhteys kansainväliseen ihmisoikeusjärjestelmään saa tuomioistuimet korostamaan perus- ja ihmisoikeuksien dynaamista luonnetta.⁷⁷

Valtiosääntöoikeudessa tuomioistuimen omaan auktoriteettiin perustuva argumentaatiota pidetään yhtenä merkittävimmistä ja vakuuttavimmista perustelutavoista.⁷⁸ Kuten olen tässä artikkelissa aiemmin osoittanut, Suomen korkeimmat oikeudet eivät kuitenkaan useinkaan käytä valtiosääntöoikeudellisen ratkaisun perusteluissa omia aiempia ratkaisujaan. Sen sijaan ne perustavat valtiosääntöoikeudellisen ratkaisun erityisesti eduskunnan auktoriteettiin painottamalla perustuslainsäätäjän tarkoitusta ja perustuslakivaliokunnan tulkintoja. Kansallinen argumentaatio- ja oikeuslähdeoppi, asenne kunnioittaa lainsäätäjää ja verrattain lyhyt prejudikaattituomioistuinten historia ovat nähdäkseni syitä siihen, miksi ennakkopäätöksiin perustuva argumentaatiotyyli ei ole laajemmassa mitassa käytössä suomalaisten tuomioistuinten perustuslakiperusteluissa.

Analyysini osoittaa, että Suomen korkeimmat oikeudet näyttäisivät omaksuneen sekä Euroopan ihmisoikeussopimukseen viittaamisen että Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittyvät tulkintamenetelmät (erityisesti tehokkuusperiaatteen) valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuissaan. Tässä mielessä Suomen korkeimpien oikeuksien valtiosääntöoikeudellisissa ratkaisuissa sekoittuvat kaksi varsin erilaisilta pohjilta ponnistavaa tulkintatapaa: yhtäältä nojaututaan lainsäätäjän tarkoitukseen ja toisaalta dynaamisiin kansainvälisiin ihmisoikeusnormeihin. Huomionarvoista on, että menetelmällisesti tämä tarkoittaa kahden hyvin erityyppisen tulkintametodin hallintaa: lainsäätäjän tarkoituksen etsiminen lain esitöistä on hyvin lähellä perinteistä laintulkintaa, sillä lain esityöt ja säädösteksti ovat kielellisesti hyvin lähellä toisiaan. Ratkaisun perustaminen ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön tarkoittaa toisenlaisen metodin hallintaa: common law’lle ominaista oikeuskäytännön tulkintaa, jossa olennaista on tutkia myös se, ovatko kahden eri tapauksen tosiseikat samanlaisia tai ainakin olennaisilta osin riittävän samankaltaisia.⁷⁹

77. Ks. esim. Juha Lavapuro, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattamien tulkintaperiaatteiden kansallisesta sovellettavuudesta. *Defensor Legis* 4/2011, s. 467–479.

78. Florczak-Wator 2022, s. 1–2.

79. Ks. lisää Maija Dahlberg – Mirjami Paso, Kansallisen lainsäädännön, ihmisoikeussopimuksen ja unionin oikeuden tavoitteellinen tulkinta – mikä muuttuu? *Lakimies* 7–8/2020, s. 925–953. Ennakkopäätösten tulkinnasta ks. esim. Tapio Määttä – Mirjami Paso, Johdatus oikeudellisen ratkaisun teoriaan. *Forum Iuris* 2019, s. 61–66.

Tämä tutkimus osoittaa, että Suomen korkeimpien oikeuksien välillä on eroja valtiosääntöoikeudellisessa argumentaatiossa erityisesti Euroopan ihmisoikeus-sopimukseen, EU-oikeuteen, perustuslakivaliokuntaan ja prejudikaatteihin viittaamisessa. Taustalla on nähdäkseen kummankin tuomioistuimen perustelukulttuuriin liittyviä syitä, ja ne puolestaan juontavat juurensa tuomioistuinten identiteettiin eli siihen, että KKO on leimallisesti ollut prejudikaattituomioistuin ja KHO puolestaan yksittäisiä tapauksia ratkaiseva tuomioistuin. Lisäksi eroavuudet voivat osittain olla selitettävissä sillä, että KHO:n ja KKO:n ratkaisemat valtiosääntöoikeudelliset tapaukset koskevat hieman erityyppisiä asioita. Kun valtiosääntöoikeudelliset asiat KKO:ssa ovat lähes poikkeuksetta perus- ja ihmisoikeuskysymyksiä, KHO:ssa on perus- ja ihmisoikeuskysymysten lisäksi ratkaistavana muun muassa lakien delegointiin (PL 80 §) ja kuntien ja alueiden itsehallintoon (PL 121 §) liittyviä valtiosääntöoikeudellisiä kysymyksiä. Tämä selittää ainakin osittain erot Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja perustuslakivaliokuntaan viittaamisessa.

Isoin haaste kahden korkeimman oikeuden järjestelmässä on kiistatta se, että perustuslakitulkituntojen tulisi olla kummassakin ylimmässä tuomioistuimessa yhtenevät. Korkeimmat oikeudet eivät myöskään saa ajautua tilanteeseen, jossa ikään kuin kilpaillaan siitä, kummalla on viimeinen sana tietystä perustuslain tulkintakysymyksestä. Ylimpien tuomioistuinten ratkaisujen perustelujen viittaustekniikan tilastollinen analyysi on hyödyllistä, sillä se auttaa paljastamaan keskeisiä eroja eri perustelukäytäntöjen välillä. Selvää tietysti on, että tilastollinen analyysi toimii vasta pohjana syvällisemmälle analyysille perustelujen ja viittauskäytäntöjen eroavuuksista ja mahdollisista syistä ja seurauksista.⁸⁰ Jotta KKO:n ja KHO:n perustuslakitulkinnot eivät eroaisi toisistaan, olisi tärkeää, että kumpikin tuomioistuin käyttäisi samankaltaista oikeudellista lähdepohjaa tulkinnan perustana. Väitän, että se, käytetäänkö valtiosääntöoikeudellisen ratkaisun harkinnassa kansainvälistä ihmisoikeusnormipohjaa ja siihen kuuluvaa tulkintakäytäntöä vai pelkästään kansallisia valtiosääntöoikeudellisiä oikeuslähteitä, voi johtaa hyvin erilaisiin lopputuloksiin perustuslain tulkinnassa. Kun perustuslakitulkinnot ovat usein poliittisesti, yhteiskunnallisesti ja moraalisesti latautuneita, olisi tärkeää, että molemmat korkeimmat oikeudet ovat tasavahvoja ratkaisemaan myös näitä kysymyksiä.

80. Tilastollisen analyysin tavoitteista ks. esim. Lee Epstein – Andrew D. Martin, *An Introduction to Empirical Legal Research*. OUP 2014, s. 1–18.

5. Lopuksi

Tämä tutkimus osoittaa, että Suomen korkeimpien oikeuksien valtiosääntöoikeudelliset perustelut poikkeavat eräin keskeisin osin muista Pohjoismaista.⁸¹ Huomionarvoista on, että Suomen korkeimpien oikeuksien valtiosääntöoikeudelliset perustelut poikkeavat monin osin Ruotsin korkeimpien oikeuksien argumentaatiosta. Aiemmissä valtiosääntöoikeudellisissä tutkimuksissa Suomen ja Ruotsin on esitetty muodostavan perustuslainmukaisuuden kontrollin näkökulmasta itäisen parin, kun taas Norjaa, Tanskaa ja Islantia on kuvattu läntiseksi kolmikoksi.⁸² Suomalainen valtiosääntöjärjestelmä pohjautuu Ruotsin kanssa yhteiseen valtiosääntöjärjestelmään, ja esimerkiksi tuomioistuinten jälkikontrollimalli (PL 106 §) siirrettiin lähes suoraan Ruotsin hallitusmuodosta suomalaisen järjestelmään.⁸³ Toisaalta oikeusvertailussa on esitetty, että yhtäläisyyksiä eri oikeusjärjestelmien välillä löytyy useimmiten juuri yksityisoikeuden alalta. Näin on myös Pohjoismaissa.⁸⁴ Julkisoikeudellisissa asioissa oikeusjärjestelmien vertailu voi olla usein vaikeampaa, kun poliittiset ja yhteiskunnalliset kysymykset ovat usein erottamaton osa valtiosääntöoikeudellisia normeja.⁸⁵

Suomalaisen perustuslainmukaisuuden valvonnan kanssa samankaltaisia piirteitä löytyykin varsin yllätyksellisesti commonwealth-maista.⁸⁶ Suomalaisen konstitutionalismien keskeiset piirteet ovat varsin hyvin linjassa Stephen Gardbaumin esityksen kanssa uudesta commonwealth-konstitutionalismista, jossa nostetaan esiin lakien ennakkollinen perustuslainmukaisuuden valvonta ja heikko tuomioistuinkontrolli.⁸⁷

Tämä tutkimus osoittaa lisäksi, että Suomen korkeimmat oikeudet – KKO ja KHO – eroavat tietyn keskeisin osin toisistaan valtiosääntöoikeudellisissa perusteluissaan ja viittauskäytännöissään. Tämä keskeinen kohta, jossa korkeimmat oikeudet eroavat toisistaan, on kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, EU-oi-

81. Pohjoismaiden välisistä eroista ja yhtäläisyyksistä valtiosääntöoikeudellisessä argumentaatiossa syvällisemmin ks. Kelemen – Dahlberg – Pettersson 2025.

82. Ks. esim. Kári á Rógvi, *West-Nordic Constitutional Judicial Review: A Comparative Study of Scandinavian Judicial Review and Judicial Reasoning*. Djøf Publishing 2013 ja Jaakko Husa, *Nordic Reflections on Constitutional Law: A Comparative Nordic Perspective*. Peter Lang 2002, s. 158.

83. Ks. esim. Husa 2009.

84. Ks. esim. Stig Strömholm, *The Scandinavians: Reluctant and Enthusiastic Club Members*. *Scandinavian Studies in Law* 2007, s. 303–314.

85. Ks. esim. Jaakko Husa, *Introduction to Comparative Law*. Second Edition. Hart 2022, s. 13–18 ja Michel Rosenfeld – Andrés Sajó, *Introduction*, s. 2–21 teoksessa Michel Rosenfeld – Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. OUP 2012, s. 5–6.

86. Lavapuro – Ojanen – Scheinin 2016, s. 224.

87. Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. CUP 2013, s. 30–31.

keuteen, perustuslakivaliokuntaan ja omiin aiempiin ennakkopäätöksiin viittaminen. Yhtäältä eroavuudet ovat varsin luonnollisia, kun otetaan huomioon eri tuomioistuininlinjojen prosessuaaliset ja ratkaistavien asioiden aineelliset erot sekä tuomioistuinten erilaiset asemat ja tarinat ennakkopäätöstuomioistuimina. Toisaalta eroavuudet ovat oikeusjärjestelmän yhtenevyyden ja oikeusvarmuuden kannalta vahingollisia silloin, jos ylimmät tuomioistuimet päätyvät valtiosääntöoikeudellisissa tulkinnoissaan erisuuntaisiin ratkaisuihin.

Perustuslainsäätäjä ei ennakoanut, että kaksi ylintä tuomioistuinta voisivat päätyä perustuslakitulkinnoissaan ristiriitaisiin ratkaisuihin. Tämä näkyy siinä, että ei ole olemassa tapaa, jolla mahdolliset ylimpien tuomioistuinten väliset ristiriitaiset tulkinnat ratkaistaisiin.⁸⁸ Nähdäkseni ylimpien tuomioistuinten välisiä konflikteja voi ilmetä nimenomaan sen vuoksi, että kummallekin ylimmälle tuomioistuimelle kuuluu yhtä lailla oman lainkäyttöalansa valtiosääntöoikeudellisten kysymysten ratkaiseminen. Tässä artikkelissa huomio kiinnittyi valtiosääntöoikeudellisiin viittauksiin, käsitteisiin ja tulkintamenetelmiin, ei ratkaisun aineellisiin lopputuloksiin. Aiemmin oikeustieteen piirissä on tuotu esiin ylimpien tuomioistuinten yksittäisiä erisuuntaisia perustuslakitulkinnoita esimerkiksi sananvapauden suojasta ja *ne bis in idem* -säännöstä.⁸⁹

Korkeimman oikeuden entinen presidentti Timo Esko on tuonut esiin, että korkeimpien oikeuksien ennakkopäätöstoimintaa pitäisi edelleen kehittää perustuslakiprejudikaattien suuntaan. Tällä Esko tarkoittaa, että valitusluvan myöntämistä harkittaessa olisi entistä enemmän mietittävä sitä, mitä perustuslaillisia näkökohtia asiassa voi tulla ratkaistavaksi.⁹⁰ Tällä hetkellä valitusluvan myöntämisen perusteena eivät ole perustuslakikysymykset. Nähdäkseni valituslupaperusteita olisi hyödyllistä muuttaa siten, että nimenomaisen perustuslakiprejudikaatin antaminen olisi mahdollista. Tämä tekisi ennen kaikkea näkyväksi perustuslakikysymysten keskeisyyden ylimpien tuomioistuinten toiminnassa.

Oikeudellisten toimijoiden riippumattomuutta ja puolueettomuutta haastetaan yhteiskunnallisessa ja poliittisessa keskustelussa enenevässä määrin. Myös vakiintuneita perus- ja ihmisoikeustulkintoja kyseenalaistetaan.⁹¹ Poliittisesti latautuneiden valtiosääntöoikeudellisten kysymysten ratkaiseminen tuomioistuimissa tulee tämän vuoksi olemaan varsin jännitteistä. Tämän vuoksi näkisin, että olisi aika keskustella perustuslain tulkinnasta korkeimmissa oikeuksissa ja esimerkiksi siitä, kuinka mahdolliseen perustuslakivaliokunnan politisoitu-

88. Eivind Smith, *Judicial Review of Legislation*, s. 107–132 teoksessa Helle Krunke – Björg Thorarensen (eds), *The Nordic Constitutions: A Comparative and Contextual Study*. Hart 2018, s. 116.

89. Mäenpää ynnä muut 2015, s. 68–70.

90. Esko 2020, s. 49.

91. Ks. esim. eduskunnan oikeusasiamiehen Petri Jääskeläisen asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle asiassa HE 53/2024 vp.

miseen tulisi tuomioistuimissa varautua.⁹² Korkeimpien oikeuksien yhteistyötä yhteisen jaoston muodossa on jo aiemmin esitetty esimerkiksi Ahvenanmaan lausuntoasioissa⁹³ ja lakien perustuslainmukaisuuden valvonnassa⁹⁴.

Tässä artikkelissa keskityin tuomioistuinten tuomion perusteluissa nimenomaisesti esiin tuomiin argumentteihin. Vaikka valtiosääntöoikeudellisessa argumentaatiossa voi jäädä joitain harkinnan kannalta keskeisiä argumentteja sanomatta, on kuitenkin tärkeää analysoida tuomioistuinten argumentaatiota ja sitä, mihin auktoriteetti- tai aineellisiin lähteisiin tuomioistuin valtiosääntöoikeudellisen ratkaisunsa perustaa. Oikeudellinen argumentaatio nojautuu väistämättä joillekin kielelliseen muotoon puetuille peruskäsitteille ja oikeuslähteille. Tällöin tulee myös mahdolliseksi olettaa, että mitä useammin tuomioistuimet viittaavat esimerkiksi kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, sitä merkittävämmässä asemassa ne myös todellisuudessa ovat.⁹⁵ Jatkotutkimuksessa olisi mielenkiintoista tutkia myös niitä valtiosääntöoikeudellisia argumentteja, joita tuomioistuin on käyttänyt ratkaisua tehdessään mutta jotka on jätetty tuomion perusteluista pois.⁹⁶ Näitä kirjoittamattomia argumentteja olisi mahdollista tutkia laadullisten tutkimusmenetelmien avulla esimerkiksi haastatteleamalla tuomareita.

Suomalaisessa kontekstissa tuomioistuinten argumentoinnin lisäksi olisi tärkeää tutkia myös perustuslakivaliokunnan valtiosääntöoikeudellista argumentaatiota ja verrata, poikkeako perustuslakivaliokunnan argumentaatio jollakin tapaa tässä artikkelissa analyysin kohteena olevasta ylimpien tuomioistuinten valtiosääntöoikeudellisesta argumentaatiosta. Perustuslakivaliokunnan asema ja arvostus lakien ensisijaisena perustuslainmukaisuuden valvojana liittyy keskeisesti siihen, että perustuslakivaliokunta noudattaa pääasiallisesti samoja laintulkinnan menetelmä- ja argumentaatio-oppeja kuin tuomioistuimet.⁹⁷ Poliittiset jännitteet ovat kuitenkin vahvemmin läsnä nimenomaan lakien parlamentaarisessa ennakkolisessa perustuslainmukaisuuden valvonnassa kuin tuomioistuimen harjoittamassa jälkikäteisessä lakien perustuslainmukaisuuden

92. Outi Suviranta, Perustuslain tuomioistuinvalvonta Suomessa – vertailevia näkökohtia. *Lakimies* 3–4/2021, s. 357–364, 362.

93. Gustav Bygglin, *Samarbete i högsta instans modell Finland*, s. 37–52 teoksessa Thomas Bull – Henrik Jermsten – Sara Uhrbom (red.), *Vänbok till Mats Melin*. Iustus 2018.

94. Esko 2020, s. 50 ja Pauliine Koskelo, *Lakien laki, kaikkien laki*, s. 15–32 teoksessa Profeettavallasta perustuslakituomioistuimeen: Kenen pitäisi tulkita perustuslakia. *Libera* 2016, s. 32.

95. Ks. Lavapuro 2011, s. 359–360.

96. Esimerkiksi korkeimmat oikeudet viittaavat varsin vähän oikeuskirjallisuuteen ratkaisujen perusteluissa, vaikka tosiasiasaassa tuomioistuimet hyödyntävät oikeuskirjallisuutta tuomion kirjoittamisessa varsin paljon. Ks. Pihlajamäki 2018, s. 229 ja Jyrki Virolainen, *Oikeuskirjallisuus oikeuslähteenä ja tuomion perusteluissa*. *Lakimies* 1/2012, s. 3–32.

97. Ks. esim. Juha Lavapuro, *Perustuslakivaliokunnan arvovalta ja valtiosääntökulttuurin muutos*, s. 223–237 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Olli Mäenpää – Tuomas Ojanen (toim.), *Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009, s. 228.

arvioinnissa.⁹⁸ Empiiristä tutkimusta valtiosääntöoikeudellisen argumentaation eroista ja yhtäläisyyksistä perustuslakivaliokunnassa ja tuomioistuimissa ei kuitenkaan vielä ole tehty.

Constitutional interpretation in the Finnish Supreme Courts: empirical and comparative study

MAIJA DAHLBERG, LL.D., Associate Professor, University of Eastern Finland

In this article, I analyse the constitutional interpretations in the leading constitutional cases before the Finnish Supreme Court (Korkein oikeus, KKO) and the Finnish Supreme Administrative Court (Korkein hallinto-oikeus, KHO) (a total of 80 cases). The analysis is based on data in which we gathered information about the general features of the judgments, modes of argumentation (e.g. whether a literal/teleological interpretation/international legal sources/own precedents are used), and key constitutional concepts (e.g. whether reference is made to the rule of law or the principle of proportionality). The research questions in this article are: 1) What are the differences in the constitutional reasoning of the Finnish Supreme Courts compared to other Nordic countries, and what factors may explain any possible differences? and 2) How do the KKO and KHO differ in their constitutional reasoning, and what might explain these differences? The latter question is relevant to the discussion of whether the Finnish Supreme Courts should be merged, as any potentially fundamental differences in constitutional reasoning between the Supreme Courts may support the unification of these judicial bodies. Additionally, this research highlights why the constitutional interpretation practices of the Finnish Supreme Courts may diverge from one another. This is important to understand in order to avoid different constitutional interpretations between the KHO and KKO.

98. Ks. Maija Dahlberg – Anu Kantola, Tensions in Finland's ex ante constitutional review: The interplay of politics, law, and media. *International Journal of Constitutional Law* 22(2) 2024, s. 376–399.

Hyvästit ”Humen giljotiinille”: David Humen moraalifilosofia, oikeuden teoria ja käytäntö

HAKUSANAT: Humen giljotiini, normit, tosiasiat, oikeustiede, moraalifilosofia

1. Kysymyksenasettelu

Skotlantilainen empiristi David Hume (1711–1776) tunnetaan varsinkin skeptikkona, jonka merkitys uuden ajan filosofian kehitykselle on ollut edeltäjiensä Locken ja Berkeleyyn empirismin johdonmukainen loppuunsaattaminen. Samoin Hume on ollut se ”tarkkanäköinen ihminen”, joka herätti etiikan ja samalla eurooppalaisen oikeusfilosofian ja -teorian kannalta selvästi merkittävemmän hahmon, Kantin, ”dogmaattisesta unestaan” ja jota lukiessa utilitarismin isän ja oikeusteoreetikon Benthamin ”silmitä putosivat suomet”¹ Hume on esiintynyt filosofian historiassa ensisijaisesti skeptisenä katalyyttinä, jonka kautta on syntynyt jotakin rakentavampaa.²

Oikeustieteessä Humen nimi on tunnettu ”Humen giljotiinista” eli opista, jonka mukaan tosiasioista ei voi johtaa normeja. Silloinkin, kun Humen itsensä rakentavaa filosofiaa on – poikkeuksellisesti – suomalaisessa oikeustieteessä käsitelty, Humen skeptiset lähtökohdat on otettu vakavasti.³ Se, että tosiasiat ja normit ovat erillisiä ja pysyvät sellaisina, on ollut keskeinen osa oikeustieteemme

* *Aleksi Heinilä*, OTT, apulaisprofessori, Turun yliopisto. Kiitän VTT, TM Niko Noposta ja vertaisarvioijia käsikirjoituksesta saamastani arvokkaasta palautteesta. Leipätekstin Hume-suomennotokset ovat kirjoittajan.

1. Immanuel Kant, *Prolegomena to any future metaphysics that will be able to come forward as science, with selections from the Critique of Pure Reason*. Cambridge texts in the history of philosophy. Cambridge University Press 1997, 4:260 ja Jeremy Bentham, *A fragment of government*. Printed for W. Pickering and E. Wilson 1823, s. 34.
2. Ks. esim. Esa Saarinen, *Länsimaisen filosofian historia huipulta huipulle Sokrateesta Marxiin*. WSOY 1985, s. 209–223, jossa käsitellään vain Humen skeptisismää.
3. Ks. Matti Ilmari Niemi, *Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1996, erit. s. 84–89; Matti Ilmari Niemi, *Lainopillisen tiedon objektiivisuudesta*. *Lakimies* 7–8/2017, s. 950–969 ja Matti Ilmari Niemi, *Lainopillisen tiedon erityisluonteesta*. *Lakimies* 7–8/2022, s. 1209–1231. Näissäkin Humen rakentavat ratkaisut olemisesta ja pitämisestä pääosin hylätään, ks. Niemi 1996, s. 88–89 ja Niemi 2017, s. 951–952. Viimeisimmässä artikkelissa (Niemi 2022, s. 1225–1227) Humen luomaa arvojen ja tosiasioiden yhteyttä sen sijaan hyödynnetään.

paradigmaa, ja sillä on ollut olennainen merkitys erityisesti sen tieteenteorian muodostumisessa.⁴

Humen skeptisismi oli kuitenkin vain alku hänen omalle rakentavalle filosofialleen, joka pyrki silloittamaan myös tosiasioiden ja normien loogisen kuilun.⁵ Se on ensisijaisesti moraalifilosofiaa, ja sillä on annettavaa myös oikeustieteelle.⁶ Humen naturalistinen moraalifilosofia voidaan liittää rationalismin ja uuden luonnontieteen syrjään sysäämään aristoteeliseen traditioon. Tämän Hume-tulkinnan keskeinen teksti on Alasdair MacIntyren artikkeli Hume on "is" and "ought".⁷ Humen giljotiiniksi kutsuttu oppi asettuu tässä luennassa varsin toisenlaiseen valoon kuin se oikeustieteessä on yleisesti ymmärretty.

Aristoteelinen ajattelu ei ollut huudossa silloin, kun oikeuspositivistit ja myös oikeusrealistit oikeustieteen tiukasti ymmärrettyyn tieteellisyyteen tähtäviä teorioita kehittivät.⁸ Positivistista, luonnontieteellistä tieteenihannetta ei kuitenkaan nähdä enää tieteellisyyden yksinomaisena mallina ja sen rajoitukset on tunnustettu.⁹ Toisaalta esimerkiksi aivotutkimuksen kehitys on ollut omiaan korostamaan

4. Erit. Hans Kelsen, Puhdas oikeusoppi. Werner Söderström Osakeyhtiö 1968, esim. s. 1–3. Puhetaan oikeusopin merkityksestä erottelussa ks. Jaakko Husa, Olemisen ja pitämisen metodologisesta merkityksestä – vastine Aarniolle. Oikeus 4/1996, s. 310–325, 314–316. Tieteentekemiseen liittyvien haasteiden erottelusta ks. Panu Minkkinen, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7–8/2017, s. 908–923.

5. Ks. esim. Annette C. Baier, A Progress of Sentiments. Reflections on Hume's Treatise. Harvard University Press 1991.

6. Ks. Riku Juti, Empirismi ja tieto, s. 213–237 teoksessa Petter Korkman – Mikko Yrjönsuuri (toim.), Filosofian historian kehityslinjoja. Gaudeamus 1998 ja Norman Kemp Smith, The Philosophy of David Hume. Garland Publishing 1983, s. 12–20.

7. Alasdair MacIntyre, Hume on "is" and "ought". Philosophical Review 68(4) 1959, s. 451–468. Hannu Tolonen, jonka väitöskirja (Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiointiloiden johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1984) koskee olemista ja pitämistä aristoteelisessa filosofiassa, viittaa MacIntyreen todetessaan asian olevan Humen osalta "lopultakin moniselitteinen" (1984, s. 2) mutta omaksuu vallitsevan käsityksen asettaen Humen ja Aristoteleen vastakkain (ks. esim. mt. s. 10). Niemi (1996, s. 82) toteaa MacIntyren tekstiä käsitellessään "Humen giljotiinin" yhteyden Humeen itseensä olevan epäselvä ja lopulta hylkää Humen teorian. Filosofinen keskustelu aiheen ympärillä ei loppunut mainittuun artikkeliin, ks. tässä artikkelissa viitatus lisäksi esim. John Finnis, Natural Law & Natural Rights. 2nd edition. Oxford University Press 2011, s. 36–42.

8. Ks. yleisen tieteenteorian ja oikeustieteen teorioiden suhteista Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 70–82, jossa viitataan mm. siihen, että tietenteoreettisen positivismin yhtenä keskeisenä opinkappaleena on juuri olemisen ja pitämisen tiukka erottelu. Sama vaade koski myös oikeusrealismia, ks. myös Markku Helin, Lainoppi ja metafysiikka. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988, s. 36–39. Ks. oikeuspositivismin ja skandinaavisen realismin merkityksestä suomalaiselle oikeustieteelle ja Aarnion ajattelulle myös Kimmo Nuotio, Valikoivia huomioita Aulis Aarnion analyttisestä hermeneutiikasta, s. 143–177 teoksessa Kimmo Nuotio (toim.), Oikeusteoreettisia katkelmia. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 143–144, 149.

9. Ks. esim. Thomas Kuhn, The Natural and the Human Sciences, s. 17–24 teoksessa David Hiley – James Bohman – Richard Shusterman, The interpretive turn. Philosophy, Science, Culture. Cornell University Press 1991.

naturalistista lähestymistapaa, ja esimerkiksi Locke, Hutcheson ja Hume voidaan pitää modernin empiirisen psykologian edelläkävijöinä.¹⁰ Kiinnostus Humea kohtaan onkin nykyisin erityisesti moraalifilosofista, ja Hume asema on englanninkielisessä maailmassa huomattava. Kahdella tavalla merkittävä hahmo tämän artikkelin kannalta on A. J. Ayer, jonka teosta *Language, Truth and Logic* (1936) on kuvattu vaikutusvaltaisimmaksi yksittäiseksi filosofin kirjoittamaksi teokseksi 1900-luvulla: hänen looginen positivisminsa ja radikaali empirisminsä myötävaikuttivat tosiasioiden ja arvojen jyrkkään erotteluun, mutta hän oli myös Humea – omista lähtökohdistaan – seurannut emotivististi.¹¹

Se, että Humea moraalifilosofiaa ei ole juuri huomioitu oikeustieteellisessä keskustelussa, johtunee siitä, että sen hyödyntäminen merkitsisi ”Humea lain” rikkomista ja syyllistymistä eräänlaiseen naturalistiseen virhepäätelmään – ja kuka virhepäätelmiin haluaisi syyllistyä!¹² Kun Humea ajattelua voidaan kutsua emotivismiksi tai sentimentalismiksi¹³, se näyttää myös yhteensopimattomalta oikeustieteen tieteellisyysspyrkimysten ja ratkaisutoiminnan objektiivisuus- ja rationaalisuusvaateiden kanssa. Sekä oikeusteoria että empiirinen oikeustutkimus ovat kuitenkin osoittaneet nämä vaateet ensisijaisesti ideaaleiksi.¹⁴ Kriittinen oikeustutkimus taas hakee filosofiset vaikutteensa muualta kuin brittiläisestä em-

10. Naturalismilla on eri merkityksiä, mutta sen mukaan normit ovat nimenomaan tavalla tai toisella palautettavissa tosiasioihin, ks. esim. Charles R. Pigden, *Naturalism*, s. 596–610 teoksessa Peter Singer (ed.), *A Companion to Ethics*. Blackwell Publishing 1993, suhteesta esim. G. E. Mooren intuitionismiin s. 596–597.
11. Ks. Barry Gower, A. J. Ayer: *Language, Truth and Logic*, s. 195–213 teoksessa John Shand (ed.), *Central Works of Philosophy vol. 4: The Twentieth Century: Moore to Popper*. McGill-Queen's University Press, s. 194; emotivismista ks. esim. Alasdair MacIntyre, *Hyveiden jäljillä*. Suom. Niko Noponen. Gaudeamus 2004, s. 29–41, jossa emotivismi kuvataan Humea jälkeen syntyneeksi teoriaksi, vaikka Humea moraalifilosofia jo sisälsikin emotivistisia aineksia. Humelaista ajattelua jatkavat nykyisin mm. Simon Blackburn ja Michael Smith. Merkittävä emotivististi on myös Edvard Westermarck, ks. esim. Georg Henrik von Wright, *Logiikka, filosofia ja kieli*. Suom. Jaakko Hintikka ja Tauno Nyberg. Otava 1975, s. 212–214, 254–255.
12. Naturalistisen virhepäätelmän (naturalistic fallacy) käsite on peräisin G. E. Moorelta, ks. George Edward Moore, *Principia Ethica*. Cambridge University Press 1922, esim. s. 32. Naturalistisesta virhepäätelmästä on käyty laajalti filosofista keskustelua, ks. esim. William K. Frankena, *The naturalistic fallacy*. *Mind* 48(192) 1939, s. 464–477 ja John R. Searle, *Speech Acts. An essay in the philosophy of language*. Cambridge University Press 1969, s. 131–136, 175–198. Kelsen (1968, s. 6) viittaa juuri Mooren *Principia Ethica*an todetessaan, että ”[o]lemisen ja pitämisen välistä eroa ei voida ryhtyä tarkemmin selittämään. Se on tajunnallemme välittömästi annettu.” Pigdenin (1993, s. 597) mukaan eettiseksi naturalismiksi nimetty joukko käsityksiä sai nimityksensä juuri G. E. Mooren teesistä. ”Humea giljotiini” - ja ”Humea laki” -käsitteitä käytetään artikkelissa lainausmerkeissä, sillä kyse on 1900-luvulla syntyneistä nimityksistä, joihin liittyviä opinkappaleita Hume itse ei olisi eettisenä naturalistina tässä artikkelissa kuvatulla tavoin hyväksynyt.
13. Ks. esim. Michael Slote, *Moral sentimentalism*. Oxford University Press 2009.
14. Empiirisestä tutkimuksesta ks. esim. Jeffrey J. Rachlinski – Andrew J. Wistrich, *Judging the judiciary by the numbers. Empirical research on judges*. *Annual Review of Law and Social Science* 13(1) 2017, s. 203–229.

pirismistä; lockelainen liberalismi on pikemminkin sen keskeisiä maalitauluja. Humen filosofia onkin myös aikansa tuote.¹⁵

Artikkelin lähtökohtana on ensinnäkin se, että tosiasioiden ja normien erotelun asema on keskeinen oikeudellisessa itseymmärryksessä. Humea itseään ei toisaalta ole suomalaisessa oikeustieteessä hänen nimiinsä laitetun opin osalta myöskään riittävästi kuultu. Kolmanneksi Humen oma ajattelu nimenomaisesti ylittää olemisen ja pitämisen niin sanotun kuilun. Artikkelin tutkimustehtävän voikin kuvata lainaamalla Aarniota:

”Oikeus kuuluu pitämisen maailmaan. Yhteiskuntaa koskevat empiiriset väitteet koskevat olemisen todellisuutta. Liioittelematta kummankaan ominaispiirteitä voidaan väittää, että siltaa olemisesta pitämiseen ja päinvastoin ei ole. Joka muuta väittää, on filosofisesti perusteluvelvollinen.”¹⁶

Humen moraalifilosofia toimii artikkelissa yhtäältä peilinä, toisaalta yhtenä vaihtoehtona oikeustieteen normeja ja tosiasioita koskeville käsityksille. Moraalin ja oikeuden peruskysymysten analyysi rinnakkain paljastaa myös, että käsityksellä normien ja tosiasioiden suhteesta on seurauksensa myös oikeuden ja moraalien suhteen kannalta, ainakin mikäli hylätään ajatus ihmisistä ja heidän hyvinvoinnistaan riippumattomasta moraalista. Kytköns näyttää paljolti jääneen tunnistamatta, ja vallitseva käsityksemme oikeudellisten arvostelmien tekemisestä – argumentaatioteoria – on pikemminkin ristiriidassa ”Humen giljotiiinia” koskevan dogmin kanssa.¹⁷ Oikeudellisten käytäntöjen näkökulmasta se onkin eräänlainen luonnontieteelliselle paradigmalle rakentunut jäännös, joka voi haitata ratkaisutoiminnan ydintä, oikeudellisten arvostelmien avointa perustelemista.¹⁸ Tosiasioiden ja normien erottelu on ymmärretty ontologiseksi eroiksi, jollaista oikeustiede ei itsekään kykene pitämään yllä. Humen naturalismi

15. MacIntyre kirjoittaa: “What Hume presents as human nature as such turns out to be eighteenth-century English human nature – –.” Alasdair MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?* University of Notre Dame Press 1988, s. 295. Humella ei ollut käytettävissään nykyistä tietoa ja käsitteistöä, ks. esim. Slotte 2009, s. 4.

16. Aulis Aarnio, *Oikeustieteen muuttuminen. Onko sitä tai pitäisikö olla?* Oikeus 25 (1996), s. 223–226. Ks. ja vrt. tekstiin kirjoitettu vastine Husa 1996. Kirjoituksista on aikaa, mutta aselma on säilynyt, ks. esim. Minkkinen 2017. Lainaus Aarniolta kuvaa tiiviisti oikeustieteen yleistä itseymmärrystä.

17. Ks. Aleksander Peczenik, *The Basis of Legal Justification*. Lund 1983, s. 70–73, 82–83. Aarnion argumentaatioteoriasta ks. esim. Nuotio 2003, s. 143–177, josta piirtyy kuva sisällölliselle ja käytännölliselle päättelylle rakentuvasta oikeudellisesta argumentaatiosta, joka on kiinteässä yhteydessä todellisuuteen ja jossa moraalilla on varsin keskeinen osa.

18. Oikeudellisten arvostelmien perustelemisesta ks. Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria*. WSOY 1989, s. 181–192, jossa (s. 183) mm. tuomioistuimen vastuu kuvataan vastuuksi ”tuottaa sisällöllisesti perusteltuja ja siten arvostelun kestäviä päätöksiä”. Tieteen itseymmärrystä voidaan kutsua paradigman sijasta myös tieteen hermeneuttiseksi perustaksi, ks. Kuhn 1991, s. 22.

mahdollistaa niin normien ja tosiasioiden olemassaolon ja erottelun kuin niiden kiinteät yhteydetkin.

2. Hume moraalifilosofia ja ”Hume laki”

2.1. Hume filosofian lähtökohdat

Hume filosofia voidaan nähdä kokonaisuutena, jonka moraalifilosofia rakentuu kaikelle sitä edeltävälle filosofialle.¹⁹ Hume filosofinen herääminen tapahtui juuri etiikan kautta, ja hänen filosofiset tavoitteensa olivat nimenomaan moraalifilosofisia. Tärkeimmäksi Hume filosofisista oppi-ististä nousee tältä osin Francis Hutcheson (1694–1746).²⁰

Hume keskeinen vaikutin oli myös ajatus empiirisistä ihmistieteistä. Uuden, kokeelliseen menetelmään perustuvan luonnontieteen kehittyminen synnytti pyrkimyksiä empiirisen metodin hyödyntämiseen myös etiikassa. Samalla moraalifilosofit, kuten Hutcheson, kyseenalaistivat objektivistisen käsityksen, jonka mukaan moraalin absoluuttinen mittapuu olisi järjen tai jumalallisen ilmoituksen kautta tavoitettavissa.²¹ Myös Hume tavoitteena oli moraalifilosofian luonnontieteen kaltainen tieteellisyys, mutta se toteutettiin poikkeuksellisella tavalla: naturalistisessa tietoteoriassa Hume osoitti uudenlaisen perustan lähes kaikelle rationaalisuuden alaan kuuluvana pidetylle.²²

19. Ks. Baier 1991, s. vii–viii. Hume filosofian kehittämisessä kyse oli lopulta pikemminkin tyylistä kuin sisällöstä, vaikka asiasta keskustellaan edelleen, ks. esim. Elizabeth S. Radcliffe, *Hume on the Nature of Morality*. Cambridge University Press 2022, s. 3–4 ja Emily Kelahan, “Why Utility Pleases”. *A Surprising Source of Discord*, s. 93–112 teoksessa Esther Engels Kroeker – Willem Lemmens (eds), *Hume’s An enquiry concerning the principles of morals. A critical guide*. Cambridge University Press 2021, s. 93–94. Hume esikois- ja suurteos *A Treatise of Human Nature* jäi ilmestyessään vaille huomiota, minkä syinä hän piti sen julkaisun kiirehtimistä ja vaikeaselkoista kieliasua. Hume käyttikin teoksen selittämiseen ja selkeyttämiseen suuren osan kirjallisesta urastaan. Teosta *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, jossa Hume muotoili uudelleen Treatisen moraalifilosofiaa koskevan osan, hän piti ennen kuolemaansa julkaistussa lyhyessä omaelämäkerrassaan teoksistaan selvästi parhaana. David Hume, *My Own Life*. Printed for J. Williams 1776, s. 4–7.

20. Smith 1983, s. 12–20; John P. Wright, *Hume’s A Treatise of Human Nature. An Introduction*. Cambridge University Press 2009, s. 235–236 ja ks. MacIntyre 1988, s. 285–286.

21. Juti 1998, s. 229. Treatisen syytettiinkin horjuttavan moraalin perustuksia ja johtavan ateismiin, ks. Annette C. Baier, *The pursuits of philosophy. An introduction to the life and thought of David Hume*. Harvard University Press 2011, s. 62.

22. Ks. Juti 1998, s. 230. Hume kirjoitti Treatisen johdannossa: ”[i]n pretending – – to explain the principles of human nature, we in effect propose a compleat system of the sciences built on a

Tunnetuin Hume onkin niin rationalistisen (Descartes) kuin siihenastisen empiristisenkin (Locke ja Berkley) tietoteorian kriitikkona. Molempien perusoletus oli, että ihmisellä (miehellä) voi olla välitöntä tietoa vain omista välittömistä mentaalista tiloistaan, Humen termein impressioista ja ideoista. Humen kritiikin ydin on, ettei impressioista (aistimukset) tai ideoista (järki) voida pätevästi päätellä ulkoisten objektien olemassaoloa, ja hänen edeltäjiensä yritykset välttää skeptisismi olivat siten kestäättömiä.²³ Kritiikki kohdistui myös todellisuuden lainalaisuuksiin, kausaalisuhteeseen ja induktiivisen päättelyn periaatteeseen, jotka nekin empirististä tietoteoriaa noudattaen olisi voitava johtaa välittömistä havainnoista. Kaikki tosiasioita koskevat yleistykset ja ennustukset ovat kuitenkin induktiivisen päättelyn tulosta, jolla ei Humen mukaan viime kädessä ole rationaalista oikeutusta – sen perusta on ihmisluonnossa ja sen johonkin rajaan asti empiirisesti tavoitettavissa psykologisissa lainalaisuuksissa. Se vakuuttaa meidät ulkomaailman olemassaolosta: meillä on luonnollisia uskomuksia, jotka eivät kuulu ihmisluonnon rationaalisen osan alaan vaan perustuvat pikemminkin tunteisiin, eikä järjen ole mahdollista vakuuttaa ”eläintä ihmisessä” näiden perustavimpien uskomusten suhteen. Nuo uskomukset ovat *a priori* oikeutettuja, ja järki on ja sen tuleekin olla niille alistainen, jotta tieto maailmasta on mahdollista.²⁴ Tämä uusi ihmistiede muodosti Humelle perustan moraalin tutkimukselle.²⁵

2.2. Moraalin perusta Humen filosofiassa

Humen moraalifilosofiaa voidaan lähestyä hänen edeltäjiensä ja eettisen subjektivismin ja objektivismin kautta, vaikka Humen itsensä sijoittaminen tälle akselille on vaikeaa.²⁶ Hobbes (1588–1679) oli myös vaikuttanut uudesta luonnontieteestä, ja hänen mukaansa niin fysikaaliset kuin moraalisetkin ilmiöt tulee

foundation almost entirely new, and the only one upon which they can stand with any security.”

David Hume, *A Treatise of Human Nature*. L. A. Selby-Bigge (ed.). Oxford University Press 1896, s. 43. Tämä on selvä ilmaus pyrkimyksestä skeptisismiin ylittämiseen.

23. Markus Lammenranta, *Tietoteoria*. Gaudeamus 1993, s. 35.

24. Smith 1983, s. 11, 127.

25. Charles Darwin – joka syntyi noin 30 vuotta Humen kuoleman jälkeen – kirjoitti moraalintunnon ja sen evoluutiosta luonnonhistorian näkökulmasta viitaten eläinlajien havaittuun sosiaalisuuteen ja eriasteiseen keskinäiseen myötätuntoon. Charles Darwin, *The Descent of Man*. 2. painos. John Murray 1875, s. 97–111. Heikki Sarmaja (Kuka keksi luonnonvalinnan? *Terra Cognita* 2009, esim. s. 73–74) näkee Humella ja hänen ajatteluunsa vaikuttaneilla Mandevillella, Shaftesburylla ja Hutchesonilla olleen keskeisen roolin evoluutioteorian kehittämisessä, sitä ei keksitty tyhjästä.

26. Ks. Elizabeth Radcliffe, *The Nature of Morals Founded on the Human Fabric*, s. 13–32 teoksessa Esther Engels Kroeker – Willem Lemmens (eds), *Hume’s An enquiry concerning the principles of morals. A critical guide*. Cambridge University Press 2021, s. 24, 31.

selittää samojen periaatteiden mukaan. Kun luonnosta ei voida löytää moraalien kattavaa perustaa, ihmiset ovat olennaisesti amoraalisia. Jokainen toimii vain itsekkäiden motiivien ajamana ja pitävät hyvinä vain kulloinkin haluamia asioita, jolloin ihmisten välillä vallitsee epäluottamus.²⁷ Hobbesin mukaan vain keinotekoisesti vahvistetut käyttäytymissäännöt, joiden noudattamisen suvereeni takaa, mahdollistavat yhteisöllisen elämän. Yhteisöllisen elämän säännöt ovat järjellä tunnistettavissa, mutta niiden noudattaminen on vastoin luonnollisia taipumuksiamme.²⁸

1700-luvun Skotlannissa objektivistinen käsitys moraalista kiinnittyi protestanttiseen kirkkoon, jonka uskonkappaleisiin Hume kasvatettiin.²⁹ Se jakaa hobbesilaisen näkemyksen ihmisluonnosta, mutta Jumalan kautta moraalille on löydettävissä ylhäältä annettu, absoluuttinen perusta. Ihminen kykenee moraaliseen toimintaan vain noudattamalla näitä normeja – ei siksi, että ne ovat sisällöltään tietynlaisia, vaan siksi, että ne ovat peräisin auktoriteetilta.³⁰ Näkemyksen yhteydet oikeuspositivismiin ovat ilmeiset: normien sisältö ja velvollisuus niiden noudattamiseen ovat toisistaan irrallisia. Moraalilaki on kokoelma määräyksiä ilman välitöntä kytkentää ihmisten tarpeisiin ja haluihin. Juuri tässä Hume kriitikin keskeisenä kohteena oleva protestanttinen ajattelu eroaa aristoteelisesta.³¹

Lordi Shaftesburyn eettisestä naturalismista alkaa välitön Hume ajatteluun johtanut kehityslinja.³² Shaftesbury pyrki osoittamaan, että hyve on luonnossa itsessään olevaa, ja esitti 1600-luvun lopulla teorian moraalistaistista, luonnollisesta moraalista ominaisuudesta, johon kuuluvat epäitsekkäisyyden välittäminen toisista ja kyky tunnistaa objektiivisesti perusteltuja moraaliarvostelmia.³³ Hutcheson taas

27. David Fate Norton, Hume, human nature and the foundations of morality, s. 148–181 teoksessa David Fate Norton (ed.), *The Cambridge Companion to Hume*. Cambridge University Press 1993, s. 151.

28. Ks. Thomas Hobbes, *Leviathan*. Reprinted from the edition of 1651. Oxford University Press 1929, s. 128–132 ja Juhana Lemetti – Niko Noponen, Yhteislaidunten ongelma, ihmisluonto ja ensimmäinen poliittinen kysymys, s. 112–131 teoksessa Simo Kyllönen – Juhana Lemetti – Niko Noponen – Markku Oksanen (toim.), *Kiista yhteismaista*. Garrett Hardin ja selviytymisen politiikka. Niin & näin 2011, s. 119–121.

29. Ks. Hume suhteesta protestanttiseen uskontoon esim. MacIntyre 1988, s. 281–282.

30. A. J. Ayer, Hume. Oxford University Press 1980, s. 1; Baier 2011, s. 9 ja MacIntyre 1959, s. 464–467.

31. MacIntyre 1959, s. 467, joka kirjoittaa: “[t]he Greek moral tradition asserted – no doubt with many reservations at times – an essential connection between ‘good’ and ‘good for,’ between virtue and desire. One cannot, for Aristotle, do ethics without doing moral psychology; one cannot understand what a virtue is without understanding it as something a man could possess and as something related to human happiness. Morality, to be intelligible, must be understood as grounded in human nature.” Protestantin teologian merkityksestä käänteestä tähän ks. esim. MacIntyre 2004, s. 76.

32. David Hume, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*. J. B. Schneewind (ed.). Hackett Publishing Company 1983, s. 14 ja MacIntyre 1959, s. 466–468.

33. Wright 2009, s. 235 ja Norton 1993, s. 154.

totesi empiirisesti, että ihmiset toimivat itsekkäiden motiivien ohella altruistisesti, mikä on selitettävissä vain olettamalla ihmisille moraalinen aisti (moral sense), joka sekä motivoi hyödyllistä ja hyväntahtoista toimintaa että arvostaa muiden vastaavaa toimintaa.³⁴ Moraaliaisti on tahdosta riippumaton ja puolueeton: nähdessämme esimerkiksi kidutusta tunnemme välittömästi teon vääräksi, vaikka se palvelisi intressejämme. Aisti perustuu tunteelle: arvoarvostelmat ovat samanlaisessa suhteessa arvostelman kohteeseen kuin muutkin aistimukset fyysisiin ehtoihinsa. Suhde on välttämätön ja epärationaalinen.³⁵

Edeltäjiään seuraten Hume ei hyväksynyt eettistä skeptisismää mutta hylkäsi näiden uskonnollisen metafysiikan.³⁶ Vaikka ihmisen toiminta perustuu osin itsekkyteen (self-love), siinä on havaittavissa vilpiton ja objektiivinen välittäminen muista ihmisistä. Sen taustalla on, ainakin osin, tämän tunteen hyödyllisyys meille, sillä se palvelee tarpeitamme ja onnellisuuttamme. Moraalisesti arvostamamme asiat edistävät ihmiskunnan onnellisuutta.³⁷

Välitöntä, epäitsekästä huolta toisten hyvinvoinnista ilmentävä taipumus, hyväntahtoisuus (benevolence), motivoi yleistä etua edistävää toimintaa.³⁸ Yksityisen ja yleisen näkökulman ero ilmenee myös kielessä: moraalin kieli on nimenomaan yhteisen näkökulman omaksuvaa, toisten vastaaviin käsitteisiin ja käsityksiin ja viime kädessä inhimillisyyteen vetoavaa. Se ilmaisee tunteita, jotka puhuja odottaa kuulijoidensa jakavan.³⁹ Moraalissa on näin viime kädessä kyse yleisestä ja yhteisöllisestä kysymyksestä.⁴⁰ Meillä on yhteisiä sääntöjä, koska meillä on yhteisiä intressejä – tarpeita, pyrkimyksiä, haluja.⁴¹

Jaetun inhimillisyyden tunne (humanity) on Humelle moraalin empiirisistä havainnoista yleistettävissä oleva kelseniläisen perusnormin tapaan toimiva nor-

34. Norton 1993, s. 154–155.

35. Smith 1983, s. 26–27.

36. Willem Lemmens, *The Pride of Pericles. Hume on Self-Love, Benevolence, and the Enjoyment of Our Humanity*, s. 33–52 teoksessa Esther Engels Kroeker – Willem Lemmens (eds), *Hume's An enquiry concerning the principles of morals. A critical guide*. Cambridge University Press 2021, s. 33.

37. Ks. Radcliffe 2021, erit. s. 15–16 ja Lemmens 2021, s. 34.

38. Hume 1983, s. 74 ja Lemmens 2021, s. 35–37. Hume erottelee hyväntahtoisuuden partikulaariseen ja yleiseen, joista jälkimmäinen kohdistuu niihin, joihin kokijalla ei ole välitöntä suhdetta.

39. Hume 1983, s. 75, ks. myös A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic*. With an introduction by Ben Rogers. Penguin Books 2001, s. 111. Hume'n aineistona *Enquiry*ssa on erityisesti moraalialia koskeva kielenkäyttö, ks. Hume 1983, s. 16 ja Radcliffe 2021, s. 14–15. Moraalikielen käyttämistä voidaan tietenkin harjoittaa myös strategisesti.

40. Hume 1983, s. 48–49, ks. Lorne Falkenstein, *Moral disagreement*, s. 238–256 teoksessa Esther Engels Kroeker – Willem Lemmens (eds), *Hume's An enquiry concerning the principles of morals. A critical guide*. Cambridge University Press 2021, s. 247.

41. Ks. MacIntyre 1959, s. 458. Toisaalta Hume (1983, s. 43 alav. 19) toteaa miksi-kysymyksen olevan toissijainen suhteessa kyvyn olemassaoloon. Joka tapauksessa Hume näkee moraalin alkuperän ihmisen luontaisessa sosiaalisuudessa – käsitys, jonka hän jakaa muiden skottilaisen valistuksen ajattelijoiden kanssa. Lemmens 2021, s. 33.

matiivisuuden lähtökohta, jolle moraalit perustuu.⁴² Se rakentuu myötätunnon ja kokemuksen ja ymmärryksen siinä, että muut ihmiset ovat samanlaisia tuntevia yksilöitä.⁴³ Vaikka itsekeskeisiä tunteita usein pidetään voimakkaampina kuin inhimillisyyttä, vain tällainen jaettu ja yleinen tunne voi olla perusta moraalille. Tämä seuraa moraalin odotusarvoisesti yleisestä, kaikkiin samalla tavoin soveltuvasta luonteesta.⁴⁴ Yksittäisen ihmisen pyrkimykset eivät ole samoja kuin toisen, mutta inhimillisuus on yhteistä jokaiselle ihmiselle ja mahdollistaa yhteiset moraalit tuntekset.⁴⁵

Vaikka Humea voidaan pitää subjektivistina siinä mielessä, että kokijasta, moraaliarvostelun tekijästä, irrallista moraalit ei todellisuudesta löydy, ei hän ole moraaliskeptikko.⁴⁶ Emotivismi on toisinaan esitetty relativismin muotona, jossa moraalinen kielenkäyttö on vain yksilöiden omien preferenssien ilmaisemista, jolloin ne olisivat kaikki samanarvoisia ja vailla totuusarvoa. Hume mukaan moraalinen kielenkäyttö nimenomaan ylittää yksityiset intressit, se on puolueetonta (disinterested), vastavuoroisuuden odotuksen sisältävää, intersubjektivistista. Kulloisetkin moraalitandardit muotoutuvat sosiaalisissa käytännöissä.⁴⁷ Hume on vakuuttunut sekä moraalin olemassaolosta ihmisluonnossa että sen universaaleista periaatteista, vaikka moraalinormien ja -käsitteiden vaihtelevuus on empiirinen tosiasia. Erot moraalin pintarakenteissa voivat Hume mukaan olla satunnaisia, alla vaikuttavien periaatteiden ollessa samoja, tai niistä voidaan tehdä virheellisiä päätelmiä.⁴⁸ Yksilöt ja yhteisöt voivat olla enemmän taikka vähemmän yhteydessä tähän kykyyn esimerkiksi ympäristöön tai psykologiaan liittyvien olosuhteiden, tosiseikkojen, johdosta. Tästä seuraa, että yksittäiset arvostelmat eivät ole käytännössä optimaalisia.⁴⁹ Tämä kapasiteetti on

42. Ks. Lemmens 2021, s. 37. An Enquiry Concerning the Principles of Morals perustuu juuri empiirisille tarkasteluille, kun Treatise oli ”spekulatiivista” filosofiaa – tämä sopii paremmin ”epätäydellisen ihmisluonnon” tutkimiseen. Hume 1983, s. 16. Hume (mp.) kirjoitti: ”Men are now cured of their passion for hypotheses and systems in natural philosophy, and will hearken to no arguments but those which are derived from experience. It is full time they should attempt a like reformation in all moral disquisitions; and reject every system of ethics, however subtle or ingenious, which is not founded on fact and observation.”

43. Lemmens 2021, s. 37–38. Humeen oma kielenkäyttö hieman vaihtelee, mm. inhimillisuus osin samastetaan (yleisen) hyväntahtoisuuden kanssa, mt. s. 34 ja Radcliffe 2021, s. 25, 29.

44. Ks. Radcliffe 2021, s. 17–18.

45. Hume 1983, s. 75. Hume argumenteista egoististen teorioiden kumoamiseksi ks. esim. Lemmens 2021, s. 44–52.

46. Ks. Wright 2009, s. 254 ja MacIntyre 1988, s. 289. Olisi erikoista vetää oikeuden näkökulmasta todellisuuden ja tosiasioiden raja siten, että ihmiset ja ihmisten käyttäytyminen eivät todellisuuteen kuuluisi. Ajatusta, johon tämä rajanveto perustuu, voi kutsua luonnon ja kulttuurin erotteluksi, ks. Husa 1996, s. 311, 319.

47. Ks. Falkenstein 2021, s. 247 ja Lemmens 2021, s. 37. Ks. myös Ayer 2001, s. 115–117.

48. Ks. Falkenstein 2021, s. 249–210.

49. Ks. Radcliffe 2021, s. 20–22.

kuitenkin kultivoitavissa nimenomaan vuorovaikutuksen ja järkeilyn kautta.⁵⁰ Toisaalta se voi myös tukahtua tai vääristyä.⁵¹ Tosiseikkoja koskevat erimielisyydet, kuten ymmärrys yhteisten intressien olemassaolosta, voivat estää yhteisymmärryksen normeista.⁵² Itse lähtökohta on kuitenkin systemaattinen ja pysyvä.

Kyseessä on pikemminkin yhteisymmärryksen potentiaali, samalla kun syvätkin moraaliset erimielisyydet ovat mahdollisia.⁵³ Me tunnemme moraalista paheksuntaa emmekä muuta voi, mutta se ei tarkoita, että yksilöllinen moraalin-tuntomme olisi oikeampi kuin jonkun toisen. Se ei tarkoita myöskään sitä, että kenen tahansa arvostelma jokaisessa tilanteessa olisi samanarvoinen.⁵⁴ Meillä on sekä jaettu kyky ja taipumus moraalisuuteen että kyky sitä koskevaan keskusteluun ja järkeilyyn.

2.3. Järki ja tunne

Moraalin perusta on Humelle siis löydettävissä ihmisluonnosta, jaetun inhimillisyyden tunteesta. Tunne ei kuitenkaan kykene selittämään esimerkiksi tekojen motiiveihin ja mahdollisiin seurauksiin liittyviä näkökohtia. Ne edellyttävät järjen käyttöä, tosiasioiden vertailua ja punnintaa. Hume kuitenkin kiistää rationalistien väitteen yksinomaan järkeen perustuvien moraaliarvostelmien mahdollisuudesta erottamalla järjen ja tunteen asiat toisistaan sen nojalla, että jotkin tunteet ovat luonteeltaan toimintaa aikaansaavia.⁵⁵ Hume esittää tässä antiikista peräisin olevan ajatuksen haluista ja tunteista mieltä (sielua) liikuttavana voimana.⁵⁶ Toden ja epätoden kysymyksiä käsittelevänä järki ei kykene tunnistamaan hyvää tai pahaa, ellei mielen tunteva osa niitä identifioisi:

”Vaiennettakoon kaikki hyveisiin kohdistuvat lämpimät tunteet ja myönteiset ennakkokäsitykset ja kaikki vastenmielisyys ja inho paheita kohtaan: tehtäköön ihmisistä

50. Ks. Hume 1983, s. 48–49, 114–115; Radcliffe 2021, s. 22 ja Falkenstein 2021, s. 249–251.

51. Radcliffe 2021, s. 22, joka viittaa esimerkiksi jatkuvan julmuuksien todistamisen vaikutuksiin – ympäristöllä on suuri merkitys.

52. MacIntyre 1959, s. 458. Humen teesin mukaisesti voidaan sanoa, että mikäli kaikki tosiasioita koskevat erimielisyydet tulisivat ratkaistuksi, ei moraalisia erimielisyyksiä jäisi jäljelle, ks. mt. s. 466 ja Ayer 2001, s. 114–115.

53. Ks. Falkenstein 2021, s. 256. Pidgenin (1993, s. 606) mukaan Humen filosofia merkitsee, että ideaalitalanteessa, täydellisin tiedoin ja tilanteeseen nähden puolueettomana tarkkailijana, jokainen tekisi ihmisluontonsa mukaisesti saman arvostelman oikeasta. Humenkin ajattelu voidaan siten tulkita objektivistiseksi.

54. Radcliffe 2021, s. 20–21 ja Falkenstein 2021, s. 255–256.

55. Hume 1983, s. 14–15.

56. Esimerkiksi Platonin vertauksessa järki yksin on kuin hevosvaljakko ilman hevosiä, ks. Platon, *Faidros* 246b–248b. Hume toisaalta kritisoi antiikin ajatusta tunteen ja järjen suhteesta kampaaluna, ks. Hume 1896, s. 413 ja Wright 2009, s. 216.

täysin välinpitämättömiä näille erotteluille, ja moraalitiede ei ole enää käytännöllinen tiede, eikä sillä ole mitään taipumusta säännellä elämäämme ja tekojamme.”⁵⁷

Normatiivisuus liittyy nimenomaan käytännölliseen ajatteluun ja (intentionaali-
seen) toimintaan.⁵⁸ Ja tunne on ratkaisevassa asemassa arvioitaessa sitä, mikä on
hyvää tai pahaa, kaunista tai rumaa. Tunne kuitenkin vain reagoi sille ilmeneviin
ärsykkeisiin. Ulkoisesti samanlaisina näyttäytyvät teot voivat saada aikaan erilai-
sen tunnereaktion riippuen tosiasioista tai motiiveista niiden taustalla. Hume
mukaan järki ja tunne osallistuvatkin viime kädessä yhdessä moraalisiin johto-
päätöksiin ja ratkaisuihin. Järjen avulla punnitaan muun muassa tekojen erilaisia
mahdollisia seurauksia. Nämä punninnat ovat usein monimutkaisia ja vaativia,
erityisesti oikeudenmukaisuuden ollessa kyseessä, jolloin yksittäisen tapauksen
ohella on tarkasteltava erityisesti yleisen säännön seuraamisen merkitystä. Täl-
löin välitön arvostelma ei tunnista tilanteen kaikkia ulottuvuuksia.⁵⁹ Järki itse ei
kuitenkaan kykene antamaan niille moraalista arvoa.⁶⁰

Ihmislunnon ei-rationaalinen osa valitsee vaihtoehdon, joka tuntuu oi-
kealta. Teot ja tosiasiat sinänsä eivät ole hyviä tai pahoja; ihmismieli liittyy niihin
arvostavan ominaisuuden kuten ihminen aistii värejä:

”Pahetta ja hyvettä voi näin verrata ääniin, väreihin, lämpimään ja kylmään, jotka
nykyaikaisen tieteen mukaan eivät ole objektien ominaisuuksia vaan aistimuksia
mielessä. Tätä löytöä moraalifilosofiassa, samoin kuin mainittua havaintoa fysiikassa,
on pidettävä huomattavana edistysaskeleena – vaikkakaan kummallakaan ei ole juuri
vaikutusta käytäntöihin. Mikään ei kuitenkaan voi olla todellisempaa taikka koskea
meitä enempää kuin omat miellyttävät ja epämiellyttävät tunteemme. Mikäli ne ovat
myönteisiä hyville ja kielteisiä paheita kohtaan, ei mikään muu voi toimia edel-
lytyksenä käyttäytymisemme sääntelylle.”⁶¹

57. Hume 1983, s. 15, ks. myös s. 88.

58. Ks. esim. Robert Audi, *Of moral conduct*. Cambridge University Press 2023, s. 11–14. Intentionaalisuudella on useampia merkityksiä, tarkoituksellisuus ja toisaalta suuntautuneisuus tai representatiivisuus. Seppo Sajama, *Tunteiden intentionaalisuus*, s. 258–267 teoksessa Ilkka Niiniluoto – Juha Räikkä (toim.), *Tunteet*. Yliopistopaino 1996, s. 259–260. Searlen määritelmässä intentionaalisuus on ”that property of many mental states and events by which they are directed at or about or of objects and states of affairs in the world”. John R. Searle, *Intentionality*. An essay in the philosophy of mind. Cambridge University Press 1983, s. 1, jossa muun muassa uskomukset, pelot, toiveet ja halut luetaan intentionaalisiksi, joskaan kaikki tunteet eivät sitä välttämättä ole. Ks. myös MacIntyre 1988, s. 303.

59. Ks. Hume 1983, s. 15, 82–83, 93–98. Hume erottaa moraaliarvostelmat kahteen luokkaan, kaikkea järkeilyä edeltäviin (natural virtues) ja sellaisiin, joissa nämä yhdistyvät arvostelmiin, jotka edellyttävät tosiasiatietoa koskevaa järkeilyä (artificial virtues). Ks. myös MacIntyre 1988, s. 285. Oikeudenmukaisuus kuuluu jälkimmäisiin, ks. Hume 1896, s. 477–484. Kun luonnollisten hyveiden tuottama hyvä toteutuu jokaisessa yksittäisessä teossa, oikeudenmukaisuus toteutuu tekojen kokonaisuudessa. Hume 1983, s. 93–94.

60. Hume 1983, s. 83.

61. Hume 1896, s. 469.

Hume alistaa ihmisjärjen tunteiden palvelijaksi: ”järki on, ja sen pitääkin olla, tunteiden orja, eikä sen tule koskaan uskotella olevansa mitään muuta kuin tunteiden kuuliainen palvelija”.⁶² Tämä koskee tietoa niin ulkomaailmasta kuin moraalistakin: kuten ulkomaailmasta on mahdotonta saada tietoa ilman yleisinhimillisiä luonnollisia uskomuksia, on moraalista mahdotonta saada tietoa ilman universaalia inhimillisyyden tunnetta.⁶³ Näiden välillä on sinänsä merkittävä ero: totuus tosiasioista on viime kädessä havainnosta, uskomuksista ja käsitteistä riippumaton asia, kun taas moraaliala ja estetiikkaa koskevat standardit kiinnittyvät objekteihin vain tunteiden välityksellä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö kyseessä olisi todellinen ominaisuus.⁶⁴ Järki voitaisiin näin rinnastaa nimenomaan olemiseen ja tunne pitämiseen: se mitä on (tosi/epätosi), on järjen asia; pitäminen (oikea/väärä) puolestaan edellyttää halua, jotakin mitä tavoitellaan (tai ei tavoitella) olevaksi.⁶⁵ Tunteet toimivat pitämisessä useammassa olennaisessa roolissa: me toimimme, koska meillä on tarpeita ja haluja eli päämääriä, joiden toteuttaminen ja koordinoiminen ovat yhteisessä intressissämme.⁶⁶

Moraalissa ei kuitenkaan ole kyse siitä, mikä tuntuu oikealta, vaan siitä, mikä on oikein.⁶⁷ Humeen filosofia ensisijaisesti pyrkii selittämään sen, että meillä on taipumus ja tarve moraalisiin, ja sen, kuinka teemme moraaliarvostelmia, yksin ja yhdessä.⁶⁸ Järki ja tunne toimivat yhdessä, ja esimerkiksi tunteiden ja tarpeiden reflektointi on mahdollista.⁶⁹ Ihminen ei Humeen filosofiassakaan ole epärationaalinen, ja Humeen projektia on kuvattu myös pyrkimyksenä laajentaa käsitystämme järjestä pikemmin kuin syrjäyttää se. ”Puhdas” ihmisjärki on ennalta sosiaalistunut, yhteisymmärrykseen kykenevä ja myötätuntoinen.⁷⁰

62. Hume 1896, s. 415.

63. Smith 1983, s. 11.

64. Ks. Hume 1983, s. 86–87, Wright 2009, s. 253 ja Swanton 2015, s. 46. Järki käsittelee asioita, joilla on meistä riippumaton totuusarvo: “Truth is disputable; not taste: what exists in the nature of things is the standard of our judgement; what each man feels within himself is the standard of sentiment. Propositions in geometry may be proved, systems in physics may be controverted; but the harmony of verse, the tenderness of passion, the brilliancy of wit, must give immediate pleasure.” Hume 1983, s. 14.

65. Ks. Hume 1983, s. 88, Wright 2009, s. 217–218, ks. myös Sajama 1996, s. 263–265 Brentanon ja hänen oppilaidensa käsityksistä.

66. Esim. Lemmens 2021, s. 37 ja Radcliffe 2021, s. 25–30.

67. Stephen Toulmin, Reason in ethics. Cambridge University Press 1970, s. 121.

68. Wright 2009, s. 247–248.

69. Toulmin 1970, esim. s. 225. Ks. MacIntyre 1988, s. 311–314 ja Lemmens 2021, s. 37.

70. Baier 1991, s. 278; vrt. Páll S. Árdal, Depression and reason. Ethics 103(3) 1993, s. 540–550, jonka mukaan (s. 540) Humeen filosofiaa ei voida lukea ”paranneltuna tai laajennettuna rationalismina” eikä se rationalismia olekaan.

2.4. Sisäinen näkökulma ”Humen giljotiiniin”

Humen giljotiiniksi kutsuttu oppi näyttäytyy edellä sanotun valossa täysin toisenlaisena kuin se on esimerkiksi oikeustieteessä yleisesti esitetty.⁷¹ Kun pitäminen välttämättä kuuluu ihmisluontoon, olemisen ja pitämisen kuilu ylitetään.⁷² Itse kuilu on tulkittu ilmaistuksi Treatisen todennäköisesti eniten siteeratussa kappaleessa:

”Jokaisessa tähän mennessä tutustumassani moraalijärjestelmässä olen havainnut kirjoittajan etenevän aluksi argumentaatioissaan tavanomaisen järkeilyn tapaan perustaen sen Jumalan olemassaololle taikka tehden ihmiselämää koskevia huomioita kunnes yhtäkkiä yllätyn havaitessani, että tavanomaisten toisistaan seuraavien päätelemien, ’on’ ja ’ei ole’, sijasta törmään väittämiin, jotka kytkeytyvät toisiin ilmaisilla ’pitäisi’ taikka ’ei pitäisi’. Tämä muutos on tuskin havaittava. Kuitenkin asialla on suunnaton merkitys, sillä kun ’pitäisi’ tai ’ei pitäisi’ ilmaisee jonkin uudenlaisen relaation tai perustelun, tämä seikka olisi välttämätöntä huomioida ja selittää. Samanaikaisesti olisi perusteltava se, kaiken kaikkiaan käsittämätön, seikka, kuinka tämä aivan uudenlainen relaatio voisi olla pääteltävissä sitä edeltävistä, täysin erilaisista väittämistä. Koska kirjoittajat eivät useinkaan noudata tällaista varovaisuutta, rohkeiden suositella sitä heidän lukijoilleen ollen vakuuttunut, että huomion kiinnittäminen tähän seikkaan kaataisi kaikki sivistymättömät moraalijärjestelmät ja saisi meidät näkemään, että hyveen ja paheen erottelu ei perustu yksinomaan objektien välisiin suhteisiin eikä se ole järjellä tiedostettavissa.”⁷³

Humen on tulkittu tässä esittävän, ettei minkäänlaisista ei-normatiivisista tosiasiapremisseistä voi loogisesti johtaa moraalista johtopäätöstä, normia.⁷⁴ Edelleen on tulkittu, ettei Hume siksi pidä mahdollisena, että moraalille voisi olla perusta, joka ei itsessään jo olisi moraalinen.⁷⁵ Formaali lähestymistapa etiikkaan

71. Ks. aiemmin viitatus ohella esim. Siltala 2003, s. 223, 604, 729 ja Aulis Aarnio, Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY 2006, s. 140, 172.

72. Mikäli ”naturalistinen virhepäätelmä” halutaan välttää, on Humen moraalifilosofian järjestelmä hylättävä. Frankena 1939, s. 466.

73. Hume 1896, s. 469–470. MacIntyre (1959, s. 451) kirjoittaa: “Very often indeed Hume’s contribution to ethics is treated as if it depended largely on this one passage, and this passage is accorded an interpretation which has acquired almost the status of an orthodoxy. [Richard M.] Hare has even spoken of ‘Hume’s Law.’” MacIntyre tarkastelee artikkelissaan yksityiskohtaisesti Humen sanavalintoja tässä kappaleessa mm. sen valossa, missä merkityksessä sanoja Humen aikana käytettiin. Tämä on huomioitu suomennoksessa.

74. Loogista päättelyä koskeva teesi pitää paikkansa, jos hyväksytään ajatus siitä, että eettiset ominaisuudet (pitäminen) ovat luonteeltaan erilaisia kuin ei-eettiset (oleminen) ominaisuudet. Frankena 1939, s. 467. Pidgen (1993, s. 599) toteaa logiikan konservatiivisuuden ja rajallisuuden eli sen, että pätevän päättelyn johtopäätökset sisältyvät sen premisseihin: ”[y]ou can’t get ‘hedgehog’ conclusions from hedgehog-free premises (at least, not by logic alone).”

75. MacIntyre 1959, s. 452. Frankena (1939, s. 467), joka tarkastelee erityisesti intuitionistien, kuten G. E. Mooren, argumentaatiota, toteaa, että olemisen ja pitämisen kahtiajaosta on tehty päättelykieltoa pidemmälle meneviä johtopäätöksiä.

kuitenkin johtaa kiusalliseen lopputulokseen: yhteys moraalien ja ihmisten tosiasiallisen onnellisuuden välillä muodostuu täysin kontingentiksi ja sattumanvaraiseksi.⁷⁶

Humelle itselleen yhteys oli ratkaisevan tärkeä. Ihmisten yhteiset intressit ovat tosiseikka, joka toimii moraalikäytäntöjen perustana.⁷⁷ Humeen filosofian valossa kappaleen viesti on, että siirryttäessä puhumaan olemisen sijaan pitämisestä tämä siirtymä tosiasioista normeihin tulee perustella – selittää, kuinka normiväite on järjestyttävä luonteeltaan täysin poikkeavista tosiasioista.⁷⁸ Kappaleessa ei esitetä, ettei moraalilla olisi perustaa, vaan sen lopussa viitataan Humeen omaan filosofiaan, jonka mukaan olemisen ja pitämisen välinen suhde on edellä kuvatuin tavoin kiinteä ja psykologinen.⁷⁹ Siirtyminen tapahtuu haluamisen kautta, ja se ei kuulu rationaalisuuden vaan tunteen alaan.⁸⁰ Käsitteet, kuten haluaminen, tarvitseminen ja onnellisuus, ovat eräänlaisia siltakäsitteitä, joiden avulla kiulu ylitetään.⁸¹

Humeen moraali filosofia kiinnittyy näin tärkeäksi osaksi aivan eri traditiota kuin mihin kuuluisan kappaleen se tulkinta johtaa, jossa tarkastelu lopetetaan siihen, ettei tosiasioista voi loogisesti johtaa normeja, tai jossa kappaleesta on tehty vielä pidemmälle meneviä johtopäätöksiä.⁸² Hume itsekin katsoo käsityksensä tältä osin juontavan juurensa antiikista muun muassa Shaftesburyn välityksellä.⁸³ Logiikan merkitys korostui 1900-luvun ja erityisesti sen alkupuolen filosofiassa, jolle myös vallitsevaa suomalaista oikeustieteen tieteenteoriaa

76. MacIntyre 1959, s. 461–462, yleisemmin MacIntyre 2004, s. 79–80.

77. MacIntyre 1959, s. 457–458.

78. MacIntyren (1959, s. 464) mukaan Humeen viittaamalla sivistymättömillä (vulgar) moraalijärjestelmillä ei voitu tuon aikaisessa kielenkäytössä viitata filosofiin vaan yleisiin moraalijärjestelmiin, käytännössä uskontoon.

79. MacIntyre 1959, s. 461.

80. Ks. tunteen ja halun yhteydestä esim. Sajama 1996, s. 258. Myös Aristoteles (Nikomakhoksen etiikka, 2.5, 1105b22) lukee halun tunteen alaan: ”[t]unteiksi sanon halua, suuttumusta, pelkoa, rohkeutta, kateutta, iloa, ystävällisyyttä, vihaa, kaipausta, kilpailunhalua, sääliä ja ylipäänsä kaikkea, minkä kokemiseen liittyy nautintoa tai kärsimystä.” Falkenstein (2021, s. 245) kirjoittaa: “There can only be utility for a being that has ends, and there can only be ends where there are desires.”

81. MacIntyre 1959, s. 468. Ks. praktisen päättelyn kiinnittymisestä nimenomaan toimijan pyrkimyksiin yhdistämällä tietoisuuden ja todellisuuden esim. Kauko Wikström, Oikeuskäytännön tulkinnasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1979, s. 122–124 ja siinä viitattu.

82. MacIntyren (1959, s. 467) mukaan Humeen rooli tässä historiassa on merkittävä: “– I think that Hume stands at a turning point in that history and that the accepted interpretation of the ‘is’ and ‘ought’ passage has obscured his role.” Esim. fenomenologian arvoteoriassa niin Aristoteleelta kuin Humeltakin peräisin olevilla ajatuksilla on roolinsa, ks. Seppo Sajama, Mannermainen arvofilosofia. Johdanto, s. 21–33 teoksessa Markku Oksanen – Veikko Launis – Seppo Sajama, Etiikan lukemisto. Gaudeamus 2010, erit. s. 21–22.

83. Hume 1983, s. 14.

on keskeisiltä osin rakennettu.⁸⁴ MacIntyren keskeinen kritiikin kohde onkin formaali suhtautuminen etiikkaan – se rajoittaa normatiivisen argumentaation tarkastelua hyvin vahingollisella tavalla.⁸⁵

Hume’n mukaan me siis arvotamme samalla tavoin kuin näemme värejä. Meille on ihmisinä – vaikkakaan ei tutkijoina – periaatteessa yhdentekevää, että nämä arvot eivät ole meistä riippumatta olemassa; meistä riippumaton todellisuus ilmenee sekin vain ihmislunontomme välityksellä. Normatiiviset arvostelmat edellyttävät faktuaalista tietoa ja järkeilyä niin tosiasioista kuin normeistakin, mutta me arvotamme havaintojamme välttämättä. Humelle on selvää, että tosiasioihin liittyvät näkökohdat voivat oikeuttaa moraalisaantöjä tai epäonnistua niiden oikeuttamisessa.⁸⁶

Normatiivisuuden liittyessä intentionaaliseen toimintaan tulee käytännöllinen päättely keskeiseen asemaan.⁸⁷ On perusteltua esimerkiksi päätellä, että jos 1) ihmiset haluavat jatkaa olemassaoloaan (empiirinen tosiasia), 2) maapallon elinkelpoisuus on edellytys lajin säilymiselle planeetalla (empiirinen tosiasia) ja 3) ilmastonmuutos ja luontokato ovat uhka maapallon elinkelpoisuudelle (empiirinen tosiasia), olisi premissien vallitessa ryhdyttävä toimenpiteisiin mainittujen uhkien ehkäisemiseksi. Päättelyyn ei sisälly loogista virhettä; kyse on vain premissien oikeellisuudesta.⁸⁸

Jos ja kun yksin tosiasioista ei voida loogisesti päätellä normeja vaan normipäätelmissä on aina oltava normatiivinen premissi, seuraa päättymätön ketju normatiivisia päätelmiä yhden pätevyden riippuessa aina toisesta. Kuten Kelsenin puhdas oikeusoppi edellyttää hypoteettista perusnormia, päättyy moraaliala koskeva päättely johonkin, josta ei päästä pidemmälle ja johon on vain sitouduttava.⁸⁹ Hume kunnioittaa olemisen ja pitämisen eroa mutta löytää lähtökohtiaan kunnioittavin keinoin perustan, jolla skeptisismi voidaan välttää.⁹⁰ Olemisen ja

84. Ks. esim. Siltala 2003, s. 70–76. Tieteenfilosofiselle positivismin kehittyi erityisesti ihmistieteissä haastajia, kuten hermeneutiikka. Ks. esim. Georg Henrik von Wright, *Explanation and Understanding*. Cornell University Press, s. 1–7.

85. MacIntyre 1959, s. 455.

86. MacIntyre 1959, s. 456–457.

87. Ks. esim. Tolonen 1984, s. 16–18, 39–45 ja Wikström 1979, s. 122–124 ja siinä viitattu. MacIntyre (1959, s. 463) kirjoittaa: “Aristotle’s examples of practical syllogisms typically have a premise which includes some such terms as ‘suits’ or ‘pleases’. We could give a long list of the concepts which can form such bridge notions between ‘is’ and ‘ought’: wanting, needing, desiring, pleasure, happiness, health-and these are only a few. I think there is a strong case for saying that moral notions are unintelligible apart from concepts such as these.”

88. Ks. Frankena 1939, s. 468.

89. Ks. Alasdair MacIntyre, *A short history of ethics*. Routledge 1998, s. 261–262 ja Kelsen 1968, s. 207–208. Hume’n mukaan (1983, s. 87) perusta siis rakentuu tunteelle: “It appears evident, that the ultimate ends of human actions can never, in any case, be accounted for by *reason*, but recommend themselves entirely to the sentiments and affections of mankind, without any dependance on the intellectual faculties.”

90. MacIntyre 1959, s. 466.

pitämisen jyrkällä erottelulla on siis kuitenkin paljon Humeen filosofiaa laajempi merkitys:

”Ajatus siitä, mitä ’tosiasioilla’ eli ’faktoilla’ tarkoitetaan ihmisistä puhuttaessa, muuttuu aristoteelisen näkemyksen vaihtuessa mekanistiseksi näkemykseksi. Ensin mainitun näkemyksen mukaan inhimillistä toimintaa ei ainoastaan voida luonnehtia vaan sitä myös täytyy luonnehtia viittaamalla niiden hyvien asioiden hierarkiaan, jotka ovat inhimillisen toiminnan päämäärinä. Inhimillistä toimintaa selitetään siis teleologisesti. Jälkimmäisen näkemyksen mukaan inhimillistä toimintaa ei ainoastaan voida luonnehtia vaan sitä myös täytyy luonnehtia viittaamatta mihinkään tällaisiin asioihin. Ensimmäisen näkemyksen mukaan inhimillistä toimintaa koskevien tosiasioiden joukkoon kuuluvat ihmisille arvokkaita asioita koskevat tosiasiat, eivät pelkästään tosiasiat siitä, mitä ihmiset pitävät arvokkaana. Jälkimmäisen näkemyksen mukaan ei ole olemassa asioiden arvokkuutta koskevia tosiasioita. ’Tosiasioista’ tulee arvovapaita. ’Se mitä *on*,’ ei enää liity ’siihen, mitä *pitää* olla.’ Sen seurauksena, että ’on’ ja ’pitää’ ovat erkaantuneet toisistaan, käsitys selittämisestä ja käsitys arvottamisesta tai arvioimisesta muuttavat luonnettaan.”⁹¹

Tämä on tapahtunut myös oikeustieteen teoriassa, joka rakentuu viime vuosisadan alun tosiasioita ja normeja koskevalle tulkinnalle, jossa on viitattu Humeen mutta joka ei perustu Humeen filosofiaan. Ihmisiä ja heidän tarpeitaan ja hyvinvointiaan koskevat tosiseikat eivät, ainakaan muodollisesti, ole kelvanneet oikeudellisen normatiivisen argumentaation premisseiksi ainakaan ilman, että ne on sisällytetty tietyn normin oikeustositseikastoon. Ne ovat kuuluneet kategoriaan, joka on oikeustieteen teoreettisten sitoumusten mukaan oikeudesta ontologisesti erillinen ja josta ei ole ollut lupa tehdä normatiivisia päätelmiä. Sitoutuminen tähän oppiin ei kuitenkaan toteudu edes vallitsevan oikeudellisten arvostelmien tekemistä koskevan itseymmärryksen osalta.⁹²

91. MacIntyre 2004, s. 109–110, ks. myös MacIntyre 1959, s. 462. Kyse on teleologisen tieteellisen maailmankuvan muuttumisesta kausaaliseksi valistuksen myötä. Humeenkin filosofia oli toisaalta, osana valistusta, myös mukana tässä kehityksessä, ks. MacIntyre 2004, s. 77–79.

92. Vallitsevan ajattelumme voitaneen sanoa rakentuvan paljolti Aarnion (erit. 1989) ja Peczenikin (esim. 1983) ajattelulle erilaisin muunnelmin ja esimerkiksi perusoikeuksia ja eurooppaoikeutta koskevin päivityksin.

3. Humen moraalifilosofia ja argumentaatioteoria

3.1. Oikeuden kielen teleologisuus

Meille on siis opetettu, että oleminen ja pitäminen ovat ehdottoman erillisiä ja että olemisesta ei voi päätellä pitämistä. Toisaalta arvottaminen on Humen mukaan luonnollista ja väistämätöntä siinä missä värien havaitseminen.⁹³ Myös oikeudellisista yhteyksistä voidaan löytää esimerkkejä tilanteista, joissa on ollut vaikea tunnistaa, onko ja missä määrin kyse jostakin tosiasiallisesta vai normatiivisesta. Ympäristönsuojelulain (527/2014, YSL) 17 §:n mukaista pohjaveden pilaamiskieltoa koskevasti on pitkään laadittu ”luonnontieteellisiin kriteereihin perustuvia tieteellisiä inventointeja” tärkeistä tai muuhun vedenhankintakäyttöön soveltuvista pohjavesiesiintymistä. Ne on luokiteltu soft law -oikeuslähteeksi, vaikka ne sisältävät yksinomaan luonnontieteellistä tietoa pohjavesialueista.⁹⁴ Tärkeys ja vedenhankintakäyttöön soveltuvuus viittaavatkin normatiiviseen ulottuvuuteen, joka tosiasioille annetaan. Tarvitsemme vettä ja siksi tavoittemme siihen liittyviä tiettyjä asiointiloja ja pyrimme välttämään toisia.

Hyvän hallintotavan osalta on ”Humen giljotiiniin” viitaten pohdittu, seuraako pelkästä käsitteestä velvollisuus noudattaa hyvää hallintotapaa.⁹⁵ Onkin ilmeistä, että tällainen hallintotapa on tavoiteltava ja muunlaisesta hallintotavasta voi olla ansaittua saada moitteet. Hyvä hallinto ei siis ole vain tosiasia.⁹⁶ MacIntyre käyttää esimerkkiä, jossa tosiasialmuksista ”hän on merikapteeni” voidaan päätellä, että ”hänen pitää tehdä, mitä merikapteenin pitää tehdä”. Mainituissa käsitteissä on tietenkin kyse niin sanotuista institutionaalisista tosiseikoista, joihin sisältyy tosiasian – joku on merikapteeni – ohella myös normeja – merikapteenin lakisääteiset velvollisuudet, kuten hyvän merimiestäidon noudattami-

93. Esim. Sajama (1996, s. 266) kirjoittaa: ”Fysiikan teorioiden mukaan sen enempiä värejä kuin arvojakaan ei ole olemassa; molemmat ovat pelkästään ’katsojan silmässä’. Jos tieteen arvovaltaan vedoten halutaan kieltää arvokeskustelun rationaalisuus, samalla pitäisi kieltää värejä, makuja, hajuja ja muita niin sanottuja sekundaarisia ominaisuuksia koskevan keskustelun rationaalisuus. Kovin vähän jää järkeviä ja mielenkiintoisia puheenvaiheita niille, jotka omaksuvat ’tieteellisen maailmankuvan.’”

94. Ks. Tapio Määttä, Soft law kansallisen oikeuden oikeuslähteenä. Tutkimus oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisen perusteista ympäristöoikeudessa. Oikeustiede–Jurisprudentia XXXVIII:2005, s. 337–460, 356–358.

95. Ks. Ida Koivisto, Hyvän hallinnon muunnelmat. Julkisoikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2011, s. 132–133 ja siinä viitattu, jossa mainitaan päättelyn olevan ongelmallinen, sillä siinä tosiasioista johdetaan normeja. Hyvän hallinnon ongelmallisuus liittyy tältä osin kuitenkin lähinnä sitä koskevan sääntelyn avoimuuteen, erityisesti oikeusseuraamusten puuttumiseen.

96. Hyvästä tavoiteltavana naturalismin näkökulmasta ks. Pidgen 1993, s. 604–605.

sesta huolehtiminen.⁹⁷ Me kuitenkin väritämme arvostavasti hyvin monenlaisia tosiasioita, muitakin kuin oikeudellisesti kvalifioituja. Esimerkiksi äidin tai isän käsitteeseen – ilmeisesti määrettä ”hyvä” – liitämme erilaisia arvoarvostelmia ja eettisiä velvollisuuksia riippumatta vanhempien lakisäateisistä velvollisuuksista. Tuori on kuvannut institutionaaliset tosiasiat siten, että ne ”yhdistävät olemisen ja pitämisen: ne ovat yhteiskunnallisten tai psykologisten tosiasioiden ja niiden normatiivisten tulkintakeemojen yhdistelmiä”.⁹⁸ Humelaisten linssien läpi huomattava osa tosiasioistamme on institutionaalisia, sekä faktuaalisia että enemmän tai vähemmän normatiivisia. Varsin puhtaakin tosiasiakäsitteet sisältävät arvostavia ulottuvuuksia sillä perusteella, mitä ne merkitsevät meille: asiat ovat meille eri tavoin hyviä ja siis tavoiteltavia. Usein niitä tavoitellaan oikeuden keinoin.

MacIntyre viittaa myös kelloa koskeviin tosiasialauseisiin, kuten ”tuo kello ei ole toimintavarma”, ”tuo kello näyttää aikaa hyvin epäsäännöllisesti”, joista voidaan perustellusti tehdä arvottava johtopäätös, että kyseessä on huono kello. Tämä johtuu käsitteen funktionaalisuudesta, eli kello määritellään sen päämäärien ja tehtävien perusteella. Kellon käsite ei siis ole irrallinen hyvän kellon käsitteestä.⁹⁹ Lääketieteessä ollaan yhtä lailla kiinnostuneita sisäelinten tehtävistä ja niiden suorittamiseen vaikuttavista tekijöistä kuin itse soluista koostuvista elimistä.¹⁰⁰ Myös lainsäädännöllä ja sen instrumenteilla ja toisaalta oikeudellisella ratkaisutoiminnalla yleensä on omat funktionsa, jotka voivat vaihdella ja jotka ovat jännitteisiä.¹⁰¹ Ne tuovat jo yleisellä tasolla tosiasiat osaksi ratkaisutoimintaa.

97. Ks. Searle 1969, s. 50–53; Siltala 2003, s. 604 ja merilain (674/1994) 6 luvun 9 §. YSL 17.1 §:ssä tärkeisiin tai muihin vedenhankintakäyttöön soveltuviin pohjavesialueisiin liittyy oikeusseuraamuksia. Mm. institutionaalisia faktoja koskevasta päättelystä ks. Searle 1969, s. 131–136, 175–198.

98. Kaarlo Tuori, Sekä että, s. ix–xxii teoksessa Kaj-Henrik Impola – Kimmo Nuotio – Päivi Paasto – Jyrki Tala – Kaarlo Tuori – Kauko Wikström (toim.), Hannu Tolonen: Oikeuden kaleidoskooppi. Kirjoituksia oikeudesta ja sen historiasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. xvii.

99. MacIntyre 2004, s. 81.

100. Ks. Georg Henrik von Wright, Hyvän muunnelmat. Kustannusosakeyhtiö Otava 2001, s. 34–35, jossa von Wright erottaa esimerkiksi välineellisen hyvyyden, teknisen hyvyyden, terveydellisen ja utilitaarisen hyvän. Moraalinen hyvä ei von Wrightille (s. 7–8, 196–198) ole itsenäinen, näistä erillinen hyvän laji vaan toissijainen, useampien ja tapauskohtaisesti vaihtelevien hyvän lajien yhdistelmä ja ”utilitaarisen hyvän alamuoto”. Von Wrightille (s. 197) teon ”moraalinen hyvyys tai huonous riippuu siitä, onko se luonteeltaan hyväntekevä vai haitallinen, toisin sanoen se riippuu siitä tavasta, miten se vaikuttaa eri olentojen hyvään”. Ajatus on yhtäpitävä Humen moraalifilosofisen ajattelun kanssa. Kuitenkin myös von Wright (esim. s. 24, 248) asettaa käsityksensä vastapooliksi normin ja tosiasian jyrkälle erottelulle rakentuvan ”humelaisen moraalifilosofian tradition” laittaen tämän kuitenkin Humen nimiin ”varauksin”.

101. Modernilla positiivisella oikeudella ylipäätään voidaan nähdä funktio. Habermasin mukaan se yhdistää poliittiset yhteisöt, joita enää modernin olosuhteissa eivät yhdistä jaetut arvot ja tavoitteet mutta jotka kykenevät tunnistamaan itsensä ”kumppaneiksi oikeuden alaisuudessa”. Juuri siksi moderni oikeus on Habermasin mukaan positiivista eikä johdettu mistään ikui-

Niemi kirjoittaa oikeuden ja sen tulkinnan funktionaalisuuden auki: ”Tulkinnan tavoitteena on ymmärtää sovellettavat tai soveltuvat säännökset. Kysymys on lainopillisen tiedon ytimestä. Keskeinen kysymys on: mikä on säännöksen tavoite eli sääntelyn todellinen normatiivinen merkitys.”¹⁰²

Olemisen ja pitämisen yhteyden hyväksyminen on oikeustieteessä edellyttänyt oikeuspositivismia liberaalimpaa suhtautumista ”Humen giljotiiniin”. Suomessa tällaista näkemystä ovat edustaneet esimerkiksi Brusiin, Klami ja Tolonen. Klamille päättelykielto ”ei ole – – kovinkaan keskeinen, sillä intentionaalinen inhimillinen toiminta on perusluonteeltaan juuri arvostavia kannanottoja olevien ja mahdollisten asiointilojen välisiin suhteisiin”.¹⁰³ Brusiin ymmärsi tosiasiat ja normit osaksi samaa sosiaalista todellisuutta:

” – [O]ikeusjärjestyksen perinpohjainen tunteminen ei ole mahdollista ilman niiden yhteiskunnallisten realiteettien tuntemista, jotka ovat oikeuden pohjana. – – [O]ikeus samoin kuin muutkin yhteiskunnallista käyttäytymistä säännöstelevät normit kuuluu yhteiskunnalliseen todellisuuteen – –. Jos näin ajatellaan, käsitämme myös, miksi tavan, moraalien ja oikeuden normeja ei voida syvällisesti ymmärtää muusta yhteiskunnallisesta todellisuudesta keinotekoisesti irrotettuina, vaan ainoastaan koko yhteiskunnallisen todellisuuden osana. Jos taasen yrittäisimme syvällisesti ymmärtää yhteiskunnallista todellisuutta eliminoimalla siitä pois normit, olisi tämäkin mahdotonta – –.”¹⁰⁴

Tolonen hyödynsi aristoteelista filosofiaa ja sittemmin hermeneutiikkaa.¹⁰⁵ Hermeneuttinen ajattelu onkin valaisevaa pohdittaessa oikeutta tässä kontekstissa.¹⁰⁶ Humen filosofian tapaan se koskee viime kädessä inhimillisen olemisen, tiedon

sista periaatteista, koska pluralistisessa yhteiskunnassa yhteisymmärrys sellaisista puuttuu. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT Press 1996, s. 75–76, 111. Vaikka Habermas pyrkii näin kunnioittamaan oikeuden ja moraalien erottelua, myös hän päättyy teoriassaan universalistisiksi kritisoiutuihin tuloksiin, ks. esim. Chantal Mouffe, *On the political*. Routledge 2005, s. 83–86.

102. Niemi 2022, s. 1222.

103. Hannu Tapani Klami, *Ihmisen säännöt*. Turun yliopisto 1983, s. 120. Laajemmin Hannu Tapani Klami, *Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifiointista ja kontrollista*. Turun yliopisto 1979, s. 42–57.

104. Ks. Otto Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1938, s. 113.

105. Ks. Tolonen 1984, passim ja Hannu Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*. WSOY Lakitieto 2003, esim. s. 59–63. Myös Brusiinin ajattelu sai ilmeisesti vaikutteita hermeneutiikasta, ks. esim. Hannu Tolonen, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Otto Brusiinin väitöskirjan tarkastelua aikalais- ja nykykeskustelussa, s. 167–210 teoksessa Impola ja muut 2008, s. 170, 172–175, 195.

106. Esim. Hassemerin mukaan ”[h]ermeneuttinen ajattelu on kuin side, joka pystyy pitämään koossa muutoin toisistaan erkanevia tieteenaloja sekä tiedettä ja käytäntöä”, se ”tarkastelee oikeusjärjestelmää osana maailmaa ja tiedettä”. Winfried Hassemer, *Lainopillinen hermeneutiikka*. Suom. Jarkko S. Tuusvuori. Niin & näin 2/2005, s. 87–95, 87–88.

ja kokemuksen ehtoja ja sen teesit olemisesta ja pitämisestä ovat osin samankaltaisia.¹⁰⁷ Hermeneutiikka korostaa myös olemisen ja ymmärtämisen kielellisyyttä ja intersubjektiivisuutta. Kieli konstituoii todellisuutta, jonka ymmärtämisessä yhdistyvät käsitteidemme kaikki tosiasialliset ja normatiiviset ulottuvuudet ja konnotaatiot.¹⁰⁸ Hume'n moraalifilosofia kuvaa normatiivisen ja tosiasiallisen yhteen kietoutumisen luontaisuutta.

Empirismi ja hermeneutiikka asettuvat toisaalta tiettyssä katsannossa toistensa vastapoleeiksi, kun hermeneutiikka on paljolti kehittynyt kiistämään luonnontieteen mallin soveltuvuuden ihmistieteisiin – se taas oli Hume'nkin uuden ihmistieteen lähtökohtana.¹⁰⁹ Mutta vaikka Hume on niin empiristi kuin naturalistikin, ei humelainen ihmisluonnon tutkimus lopulta suuresti eroa hermeneuttisesta hengentieteestä. Myös Hume teki edellä kuvatusti eron meistä riippumattoman todellisuuden tutkimuksen ja ihmistieteen välille, ja Hume'n moraalifilosofia tarkastelee todellisuutta sellaisena kuin se ihmisille näyttäytyy tai on. Gadamer asettaa Shaftesburyn, Hutchesonin ja Hume'n osaksi humanistista perinnettä.¹¹⁰ Myös Hume'n empiirinen metodi teoksessa *An Enquiry Concerning the Principles of Morals* on ymmärrettävä väljästi, ja Hume tarkastelee moraalista kielenkäyttöä muun muassa antiikin tekstien perusteella.¹¹¹ Olisi anakronistista tehdä tulkintoja Hume'n kannasta suhteessa moderniin hermeneutiikkaan taikka tieteenteoreettiseen positivismiin, kun kumpakaan ei Hume'n aikana ollut olemassa, mutta Hume'n moraalin tutkimus ei helposti asetu niin sanotun kovan tieteen muottiin.

3.2. Oikeudellinen ratkaisu, normit ja tosiasiat

Oikeudellisissa ratkaisussa olemisen ja pitämisen yhtyminen on asiaankuuluvaa, mutta erottelu on heijastunut myös sitä koskeviin käsityksiin. Se on klassisesti

107. Ks. Hanna Meretoja, *Hermeneutiikan kriittisestä ja emansipatorisesta potentiaalista*, s. 64–73 teoksessa Veikko Launis – Markku Oksanen (toim.), *Viisauden ystävyys*. Kirjoituksia Juhani Pietariselle. Turun yliopisto 2002, s. 64 ja Hassemer 2005, s. 91–92.

108. Gadamer viittaa siihen, että Aristoteleen mukaan ihminen on olento, jolla on logos. Tämä on kanonisoinutun järjeksi, mutta Gadamerille se tarkoittaa ennen kaikkea kieltä, ja käsite viittaa siihen, että ihminen osaa ajatella ja puhua. Hans-Georg Gadamer, *Hermeneutiikka*. Ymmärtäminen tieteissä ja filosofiassa. Valikoinut ja suomentanut Ismo Nikander. Vastapaino 2004, s. 79.

109. Ks. esim. Husa 1997, s. 1006–1009.

110. Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*. 2. uud. painos. Continuum Publishing Company, s. 24–25. Saksalainen käsite *Geisteswissenschaften* yleisty J. S. Millin *A System of Logic*in saksannoksen kautta, jossa käsite oli käänös ilmauksesta "moral sciences", ks. esim. mt. s. 3.

111. Ks. toisaalta Husa 1997, s. 1008, jossa viitataan Dilthey'n "eräänlaiseen empirismiin", jonka hermeneutiikan taustalla on empiirisessä todellisuudessa koettu kokemus tosiasiallisena ilmiönä – kuten Hume'n moraalifilosofiassa. Ks. myös esim. Gadamer 2003, s. 6–7.

kuvattu praktisena syllogismina, jonka ylälause viittaa yleiseen oikeussääntöön ja alalause yksittäistapauksen tosiasioihin.¹¹² Puhutaan oikeus- ja faktapremisseistä, ja lain soveltaminen on ollut tapauksen tosiasioiden sijoittamista yleisen oikeussäännön tunnusmerkistöön. Mallin rajoittuneiksi tiedettyihin taustaoletuksiin kuuluu ajatus olemisen ja pitämisen jyrkästä erottelusta, siitä, että näihin liittyvät kysymykset ovat erillisiä ja ne pitäisikin ratkaista erillisinä.¹¹³ Normatiivisen ja faktuaalisen yhteys on kuitenkin välittömämpi. Oikeusnormit muodostuvat oikeustositseikoista ja oikeusseuraamuksista, jotka normatiivinen oikeusjärjestys liittää toisiinsa, ja normipremissi sisältää näin lähes aina myös faktuaalisen elementin.¹¹⁴ Normatiivisen ja faktuaalisen suhde on dynaaminen: normi konkretisoidaan tosiasioiden kautta ja tapauksen tosiasiat muodostetaan normien avulla. Ne edellyttävät toisensa ennalta.¹¹⁵ Normien tulkinta on aina myös tosiasioiden tulkintaa ja ymmärtämistä. Samalla tämä merkitsee, että lain tulkinta ei ole mitään lain soveltamisesta irrallista. Lakia voidaan tulkita *in abstracto*, mutta taustalla on aina käsitys totiseikoista, joiden vallitessa säännöksiä sovelletaan tai ei sovelleta. Oikeudellinen ratkaisu on kannanotto myös siihen, mikä on totta. Myös todellisuutta konstruoidaan, vaikka tuomioistuimen tehtävä kohdistuukin nimenomaan oikeuteen.¹¹⁶ Emme voi olla antamatta tosiasioille normatiivista väriä mutta yhtä vähän voimme tarkastella norveja irrallaan tosiasiallisesta:

”Normia ei voi ymmärtää mieltämättä olosuhteita, joihin sen pitäisi ’sopia’. Kuka tahansa kuvitteleekin jonkin pitämisen sisältöä, hän yhdistää tuon pitämisen ajattelmiinsa tai havaitsemiinsa tosiasioihin. Yhtä vähän kuin on ’olemassa’ kaikesta olemisesta abstrahoitua normia, on ’olemassa’ kaikesta normista abstrahoitua asiaintilaa.”¹¹⁷

Ratkaisijan punnitessa kantaansa päätöspremissien sisältöön hänellä on väitettävä jokin käsitys eri ratkaisuvaihtoehtojen lopputuloksista ja erilaisista seurauksista.¹¹⁸ Teleologinen tai reaalin argumentaatio onkin valaisevaa sen ollessa normatiivisten tulkintavaihtoehtojen erilaisten faktuaalisten seurausten

112. Ks. aristoteelisesta syllogismista esim. Tolonen 1984, s. 39–55. Kyse on juuri yleisestä universaalipremissistä ja yksittäistapauksellisesta partikulaaripremissistä tehtävästä päätelmästä.

113. Aarnio 1989, s. 174. Ks. mallista ja sen ongelmista myös esim. Kaarle Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1981, s. 238–245 ja Wikström 1979, s. 124–131.

114. Ks. esim. Seppo Sajama, Oikeuskysymykset, tosiasiakysymykset ja ennakkotapaukset, s. 85–89 teoksessa Launis – Oksanen 2002, s. 86, jossa todetaan mm., että faktapremissi on väitelausa ja näin sitoutunut kuvaamiensa faktojen olemassaoloon, normipremissin oikeustositseikat taas ovat vain hypoteettisia. Oikeustositseikaston tosiasialuonne ei tosin aina ole selvä, kun tilanteet, joissa oikeusseuraamuksen tulee tai se voi seurata, ovat joskus avoimesti ilmaistuja – jos ovat lainkaan. Ks. Klami 1979, s. 60.

115. Hassemer 2005, s. 89–90.

116. Hassemer 2005, s. 92.

117. Hassemer 2005, s. 92.

118. Ks. esim. Niemi 1996, s. 341–342.

kartoittamista ja sen vaihtoehdon valitsemista, jonka seuraukset asetetaan etusijalle.¹¹⁹ Tulkintaa ja soveltamista ei ole mahdollista erottaa niin, että tulkinta merkitsisi tulkintavaihtoehdon valintaa, normiformulaation täsmentämistä normiksi, minkä jälkeen vasta tapahtuisi sen soveltaminen. Tulkinta ja ymmärtäminen on aina soveltavaa, käytännöllistä.¹²⁰

Yhteistä Humen ajattelulle ja hermeneutiikalle on sekin, että järki yksin ei kykene normatiivisten valintojen tekemiseen. Mikään sääntö, tulkintaoppien avustuksellakaan, ei kykene itse määrittelemään soveltamistaan vaan edellyttää aina valinnan tekemistä.¹²¹ Humelle tunne on nimenomaan uutta luovaa, kun järki voi vain löytää sen, mikä jo on.¹²² Kyse on aina uudesta soveltamistilanteesta ja oikeuden luomisesta.¹²³ Siksi Kelsenille oikeustieteen tehtävänä ei ole tehdä tällaisia valintoja vaan ainoastaan eritellä oikeusnormin mahdollisia merkityksiä. Muutoin esitettäisiin ”vilpillisesti tieteellisenä totuutena sellaista, mikä on pelkkä poliittinen arvoarvostelma”.¹²⁴ Oikeudellisessa ratkaisussa arvostelma, tosiasiasa joukko arvostelmia, tehdään, vaikka selvissä ratkaisuisa valinta on niin selvä, että se ei ehkä valinnalta tunnu. Humen moraalifilosofian valossa se ei ole viime kädessä tiedollinen operaatio, vaikka järkeilyllä onkin keskeinen rooli. Aristoteleen mukaan ”valinta on harkittu halu”.¹²⁵

Todellisuuden ymmärtäminen on historiallista, se lähtee tietystä esiyymmärryksestä. Tämä ymmärrys kehittyy aidossa ymmärtämisprosessissa, jonka tuloksena myös ymmärtäjä muuttuu.¹²⁶ Myös käsitys oikeasta arvostelmasta kehittyy. Vaikka ymmärryksen historiallisuus ei mahdollista kaiken kyseenalaistamista – varsinkaan oikeudellisissa yhteyksissä, joissa ratkaisumahdollisuudet ovat erityisen sidoksissa oikeudelliseen traditioon – se mahdollistaa ymmärtämisen paremmin ja siten myös kriittisen reflektion.¹²⁷ Myös oikeusfilosofisella her-

119. Ks. Aarnio 1989, s. 240–241. Kyse on käytännöllisestä päättelystä. Vaikka loogisesti pätevällä päättelyllä on roolinsa oikeudellisessa argumentaatiossa, se on rajallinen. Esim. *e contrario* -päättely ei ole loogisesti pätevä päättelyn muoto.

120. Gadamerin (2003, s. 341) mukaan “[a]pplication does not mean first understanding a given universal in itself and then afterward applying it to a concrete case. It is the very understanding of the universal – – itself.”

121. Ks. Habermas 1996, s. 199 ja Hassemer 2005, s. 91.

122. Esim. Hume 1983, s. 88.

123. Ks. Gadamer 2004, s. 227–228 ja Ronald Dworkin, *Law’s Empire*. Harvard University Press 1986, s. 228–229, jossa Dworkin toteaa myös, että “– – creative interpretation takes its formal structure from the idea of intention, not (at least not necessarily) because it aims to discover the purposes of any particular historical person or group but because it aims to impose purpose over the text or data or tradition being interpreted”.

124. Kelsen 1968, s. 370–371.

125. Aristoteles, *Nikomakhoksen etiikka* 6.2 1139a24. Aristoteles (1139a21–31) puhuu tässä käytännöllisestä ajattelusta.

126. Hassemer 2005, s. 93. Esiyymmärrys ei ole satunnainen vaan myös jaettu ja kestävä, esimerkiksi sosialisointi ja ammatillisen koulutuksen tuotetta (mp.).

127. Meretoja 2002, s. 67.

meneutiikalla on yhteys luonnonoikeudelliseen traditioon: oikeudella nähdään yhteys myös sisällöllisesti oikeaan, vaikka kyse ei ole muuttumattomista, ikuisista periaatteista.¹²⁸

Oikeudella ja moraalilla on siten kytkeänsä. Oikeudellisen hermeneutiikan osalta tämä on esitetty juuri olemisen ja pitämisen käsitteiden kautta: ” – oikeus on olemisen ja pitämisen vastaavuutta”, ” – oikeudenetsintä on elämänasiain-tilan ja normin ’vastaavuuteen-saattamista’”.¹²⁹ Kyse on muodon, positiviteetin, ja sisällön, oikeudenmukaisuuden, jännitteen purkamisesta ideaalitalanteesta, samasta ajatuksesta kuin esimerkiksi Aarnion ja Peczenikin malleissa yleisen normin mukaisuuden ja tapauskohtaisen sopivuuden yhteensovittamisesta.¹³⁰ Se edellyttää päätösten tosiasiallisten vaikutusten ja seurausten huomioimista ja myös mahdollisesti oikeudesta irrallista käsitystä siitä, mikä on oikeudenmu-kaista tai kohtuullista kyseisessä tapauksessa.¹³¹

Olemisen ja pitämisen jyrkästä erottamisesta seuraa edellä kuvatulla tavoin moraalin erottaminen sen hyödyllisyydestä ihmisille ja ihmisten onnellisuudesta. Samalla erottelusta seuraa myös oikeuden ja moraalin erottaminen toisistaan.¹³² Oikeus ja moraalit voidaan ja pitääkin käsitteellisesti ja muodollisesti erottaa kuten normit ja tosiasiat, mutta vailla kytköksiä ne eivät ole.¹³³ Esimerkiksi Benthamin ja Millin ystävä Austin, keskeinen hahmo oikeuspositivismin kehityksessä, jakoi aikalaistensa ajatukset, jotka olivat monessa velkaa Humen moraalifilosofialle. Vaikka Austin erotti lain sisällön sen velvoittavuudesta, oli laille myös sisällöllinen, jumalallisesta laista tuleva mitta, joka oli löydettävissä ihmisten onnellisuuteen ja hyvinvointiin tähtäävän utilitarismin periaatteen avulla. Myös Austin oli naturalisti. Paljolti empiiristä tutkimusta, joka kohdistuu

128. Hassemer 2005, s. 91, joka puhuu ”konkreettisesta luonnonoikeudesta”, joka ylittää ”abstraktin ja ylihistoriallisen luonnonoikeusajattelun tietoteoreettisen naiivisuuden”.

129. Hassemer 2005, s. 91.

130. Ks. esim. Aulis Aarnio, *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*. D. Reidel Publishing Company 1987, s. 5–8 ja Peczenik 1983, s. 82–83, ks. myös Niemi 1996, s. 341–342 ja Niemi 2022, s. 1222–1224.

131. Esim. Niemen (1996, s. 341–342) mukaan ”ratkaisussa harkitaan myös tulkinnan ja seuraamusten hyväksyttävyyttä suhteessa tapahtuneeseen kaikkine yksityiskohtineen. Voidaan sanoa, että hyvä ratkaisu sisältää aina kuvatun kokonaisarvion – –.” Niemen presumptiivinen positivismi onkin formalismin ja aineellisen lähestymistavan synteesi, ja ”[n]ormaalista poikkeava ratkaisu on aina mahdollinen, joten sen mahdollisuus on aina tutkittava; eli sisällöllinen hyväksyttävyyden jokaisessa ratkaisussa myös erikseen harkittava”.

132. Tämä ei täytä oikeuteen kohdistuvia sisällöllisiä vaateita, ja lähtökohtaista oikeuspositivismia täydennetäänkin säännönmukaisesti esimerkiksi edellä kuvatun kaltaisilla soveltamisstandardeilla. Perusoikeusajattelulla on tässä olennainen rooli. Perusoikeudet ja materiaallinen tilannekohtainen tarkastelu yhdistetään mm. Juha Karhun uudessa varallisuus oikeudessa (2. painos. Talentum 2003). Gadamer (2003, s. 510) huomautti jo vuonna 1965: ”In every field jurisprudence is retreating from legal positivism – – and it regards as a central question the extent to which the concrete application of law presents a special juridical problem.”

133. Ks. esim. Peczenik 1983, s. 28–29.

oikeuteen sellaisena kuin sen pitäisi olla, Austin kutsui lainsäädännön tieteeeksi (the science of legislation).¹³⁴ Erityisesti tällaisen luonnollisen lain, joka sinänsä kattaa sekä moraalin että oikeuden alan, tunnistamisessa ja noudattamisessa myös tunteilla tai moraalialistilla oli Austinilla rooli.¹³⁵ Normien ja tosiasioiden jyrkkä erottelu edellyttäisi tällaisten kytkösten kieltämistä, eikä sitä olekaan esimerkiksi vallitsevassa argumentaatioteoriassa ylläpidetty. ”Humen giljotiini” on jäänyt irralliseksi opinkappaleeksi.

4. Yhteenveto ja johtopäätökset

Humen giljotiiniksi kutsuttu oppi on historiallisesti oikeustieteessä otettu tietenteoreettisen positivismin oppien mukaisesti paitsi loogisena myös ontologisena kuiluna: normit ja tosiasiat on nähty kuuluviksi auttamatta erillisiin maailmoihin.¹³⁶ Tämä ei ole Humen kanta. Naturalismin mukaan normien perusta on tosiasioissa, ja Humen versio on vain sen yksi variantti. Humelle ihmisluento ratkaisee moraaliskeptismin haasteet. Jää merkityksettömäksi, että normeja ei ole meistä riippumattomassa todellisuudessa, kun ne ovat meille olemassa ja seurattavissa, keskusteltavissa ja tutkittavissa. Naturalismista huolimatta normien

134. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Hackett Publishing Company 1998 ja Austin 1998, s. 34–50, 126–130, 164, 184–185. Ks. tämänkaltaisesta naturalismista Pidgen 1993, s. 605–606.

135. Austin 1998, s. 4–7, 101–102, 123–124. Austin (mt. s. 94) ei pitänyt Humen tekstejä erityisen suurella arvossa: ”In this essay [An Inquiry Concerning the Principles of Morals], as in all his writings, he is rather acute and ingenious than coherent and profound: handling detached topics with signal dexterity, but evincing an utter inability to grasp his subject as a whole.” Humen käsitys oikeudesta oli paljolti samankaltainen Austinin käsityksen kanssa (oikeus on ihmisten asettamaa ja sikäli ”keinotekoista”), paitsi että oikeuden sisällölliset kriteerit eivät nojaa Jumalan olemassaoloon vaan siihen, että ne ovat ihmislajin hyvinvoinnin kannalta välttämättömiä, ”ihmisluonnon oikeutta”: ”When I deny justice to be a natural virtue, I make use of the word, *natural*, only as oppos'd to *artificial*. In another sense of the word; as no principle of the human mind is more natural than a sense of virtue; so no virtue is more natural than justice. Mankind is an inventive species; and where an invention is obvious and absolutely necessary, it may as properly be said to be natural as any thing that proceeds immediately from original principles, without the intervention of thought or reflexion. Tho' the rules of justice be *artificial*, they are not *arbitrary*. Nor is the expression improper to call them *Laws of Nature*; if by natural we understand what is common to any species, or even if we confine it to mean what is inseparable from the species.” Hume 1896, s. 484. Humen aikana ateistisiksi tulkittavissa olevat ajatukset pyrittiin usein häivyttämään, ks. Sarmaja 2009, esim. s. 182–183.

136. Ks. Pidgen 1993, s. 601–605, jossa etiikan autonomia jaetaan kolmeen eri muotoon, loogiseen, semanttiseen ja ontologiseen.

olemassaoloa ei tarvitse kiistää.¹³⁷ Kuten Austinin esimerkki osoittaa, naturalismi ei muodosta estettä oikeuspositivismillekaan. Kun moraalit ja oikeus liittyvät ihmisten tarpeisiin ja toimintaan – vaikka fyysisen todellisuuden ominaisuudet muodostavatkin sille reunaehdoja – jää olemisen ja pitämisen välinen looginenkin päättelykielto kuitenkin sivurooliin. Vastattaessa kysymyksiin ”mitä pitää tehdä” tai ”miten asia pitää ratkaista” tosiasioilla on olennainen merkitys.

Vaikka erottelulla on analyttinen merkityksensä, sen ymmärtämiseen liittyy myös sen rajoitusten ymmärtäminen. Teorian olisi syytä vastata todellisuutta. Se, että se ei tältä osin niin tee, voi ratkaisutoiminnassa johtaa siihen, että ratkaisujen tosiasiallisia perusteita ei tuoda julki, tai siihen, että relevantteja seikkoja jätetään käyttämättä ratkaisuperusteina.¹³⁸

Olemisen ja pitämisen ontologinen erottelu on aiheuttanut myös teoreettista riesaa.¹³⁹ Se rakentuu ajatukselle, että vain olemisen osalta asioilla voi olla totuusarvo. Kuitenkin se on otettu ehdottomaksi lähtökohdaksi ja etsitty samanaikaisesti perusteita sille, että myös pitämisen osalta voitaisiin käyttää samaa totuuskäsitteistöä.¹⁴⁰ Binäärinen totuus kuitenkin tuo mukanaan esimerkiksi yhden oikean ratkaisun. Kun tällainen formalismi on jo unohdettu, kuilua tuskin tarvitaan myöskään fundamenttina oikeustieteen olemassaolon tai tieteellisyuden perustelemissa.¹⁴¹ Oikeustiede ei redusoidu muihin tieteisiin, vaikka yhteydet tunnustetaan.

Käytännössä erottelun merkitys onkin vähäisempi, mutta ajatus istuu sitkeässä. Sanottu ei lopulta vaikuta sisäisen näkökulman omaksuvan tulkinnan rooliin oikeustieteessä. Oikeuden tutkimusta ovat kuitenkin myös oikeuden vaikutusten tutkiminen sekä sen selvittäminen, minkälaista oikeuden pitäisi olla, ja näillä kaikilla on yhteytensä. Tämä tulee näkyväksi vallitsevassa argumentaatio-teoriassa, jossa erottelu on ollut lähinnä looginen, ei ontologinen.¹⁴² Oikeuden

137. Ks. skandinaavisen realismin normiontologisesta käsityksestä esim. Peczenik 1983, s. 22–24. Von Wright (1975, s. 168) mainitsee Ayerin emotivismiin ”muistuttavan suuresti” Axel Hägerströmin arvonihilismia.

138. Ks. Aarnio 1989, s. 190–192 ja Niemi 1996, s. 340, joka viittaa mm. peiteltyihin poikkeamisiin oikeuslähteistä ja tosiasiallisten perusteluiden lausumatta jättämiseen.

139. Näistä hankaluuksista esim. Siltala 2003, s. 73–76.

140. Sentimentalistinen moraalifilosofia kohtaa saman ongelman, mikäli totuus on järjen asia, ks. Radcliffe 2021, s. 26–27, joka toisaalta niin ikään yrittää ratkaista haasteen. Mm. Ayerin loogiselle positivismille ja radikaalille empirismille rakentuva emotivismi kiistetään, että esimerkiksi yleisen normin ilmaus ”varastaminen on väärin” olisi väite, joka voi olla tosi tai epätosi. Kyse on vain moraalisen tunteen (paheksunnan) ilmaisemisesta. Ayer 2001, s. 111.

141. Esim. Minkkinen (2017) näkee kuilun ongelmana oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta todeten toisaalta myös (s. 920 alav. 37), että ”[a]jatus ’sisäisen näkökulman’ välttämättömyydestä on sikäli ongelmallinen, että se vain oikeuttaa oikeussalin ulkopuolisen yhteiskuntatodellisuuden sivuuttamisen ’oikeuslähteenä’ lainkäytössä ja sitä myötäilevässä oikeustieteessä”.

142. Ks. esim. alussa siteerattu Aarnio 1996, s. 225–226. Aarnion tiukat kannanotot erottelusta liittyvät nimenomaan oikeustieteen ja (muiden) yhteiskuntatieteiden rajankäyntiin, ks. esim. Aulis Aarnio, Mitä seuraavaksi? Lakimies 6–7/1998, s. 983–991, 984: ”Näiden kahden maail-

tehtävät yhteiskunnassa edellyttävät joka tapauksessa tavoittelemaan esimerkiksi ratkaisutoiminnan autonomisuutta ja objektiivisuutta kuten ennenkin.¹⁴³

Humen filosofia on pikemminkin optimistista kuin skeptistä. Meillä kaikilla on ihmisluontomme kautta kyky empatiaan ja moraaliin – ajatus, joka ei nykypäivänä tunnu itsestään selvältä – ja normatiivisten valintojen tekemiseen ylipäättäen.¹⁴⁴ Tämän perustuminen tunteeseen ei Humen mukaan johda relativismiin. On mahdollista ja osin välttämätöntä tehdä niin moraalikuin oikeusnormeja koskevaa pohdintaa ja järkeilyä, ja niistä voidaan keskustella ja oppia. Tuskin kukaan kiistää sitä, että oikeuteen kohdistuu myös sisällöllisiä vaateita. Tosiasiat ovat kaikessa tässä olennaisia.¹⁴⁵

Farewell to “Hume’s guillotine”: The moral philosophy of David Hume, legal theory and practice

ALEKSI HEINILÄ, LL.D., Assistant Professor, Turun yliopisto

The philosophy of David Hume is often presented as sceptical, even though the aspects of his philosophy may be said to be just a starting point for his constructive philosophy, the goals of which are primarily moral-philosophical. In jurisprudence, Hume is mostly known for “Hume’s law”, the logical maxim according to which no set of nonmoral premises can entail a moral conclusion, which is taken to mark an absolute distinction between “is” and “ought”. Crossing this division would result in “naturalistic fallacy”. However, Hume’s own moral philosophy is built on bridging this gap. The article examines Hume’s moral philosophy and how the division between “is” and “ought” should be understood from this point of view in jurisprudence and legal decision-making. It is argued that the sharp division, still largely maintained in theory if not in practice, is not nearly as significant as it has often been held to be, and there is, in general, no need to maintain such an ontological division.

man ylittämiseksi on tehty lukemattomia yrityksiä, mutta kuilu jää aina yhtä koskemattomaksi.” Laintulkinnan teoriassa Aarnion suhde erotteluun on sitä vastoin ilmiselvästi yhteydet tunnustava, ks. edellä viitattu ja esim. Nuotio 2003, s. 156–159.

143. Sloten (2009, s. 141–151) mukaan empatialla on tärkeä osa objektiivisuudessa, eri näkökulmien puolueettomassa tarkastelussa, ja näin järkeilyssä, intellektuaalisessa kyvyssä.

144. Tämän kyvyn ihminen näyttää voivan (aivovaurion myötä) menettää, vaikka järjen kyvyt olisivat tallella. Ks. Antonio Damasio, Descartesin virhe. Suom. Kimmo Pietiläinen. Terra Cognita 2001, esim. s. 58–72.

145. Audin (2023, s. 170), jonka ajattelu poikkeaa Humen ajattelusta monin tavoin, mukaan “[e]stablishing that there is moral perception and that it is, like everyday observation of things around us, genuinely a response to the world supports the objectivity of ethics and the hope of improving cross-cultural understanding and communication”.

Oikeuden kieli ja automaatio – mahdoton yhtälö?

HAKUSANAT: oikeuden kieli, harkintavalta, automaattinen päätöksenteko, laillisuusperiaate, julkinen valta

1. Aluksi: oikeuden kieli ja automaation haaste

Ihmisten lisäksi oikeutta soveltavat nykyään myös koneet. Automaatiosta on tullut oikeudellisten käytäntöjen olennainen osa. Ennen kaikkea tietokoneiden laskeutteen kasvu ja teknologian kehittyminen ovat mahdollistaneet automaation laajenemisen. Kun koneet ovat tulleet osaksi oikeudellista päätöksentekoa, on tämä luonut painetta sääntelyyn. Niin sääntöpohjainen automaatio kuin tekoälyn ällistytävä kehitys ovatkin herättäneet EU:n (EU:n tekoälysäädös, AIA) ja sen jäsenvaltiot sääntelemään automaation käyttöä myös oikeuden maailmassa.

Niinpä yllätyksenä saattaa tulla, että monet automaatioon – erityisesti julkishallinnon automaatioon – liittyvät oikeudelliset ongelmat ovat olleet tiedossa ja ratkaisematta jo viimeistään 1970-luvulta lähtien.¹ Näitä ovat esimerkiksi automaation ja laillisuusperiaatteen suhde sekä kysymykset syrjimättömydestä ja läpinäkyvyydestä. Ratkaisematta on myös kysymys siitä, miten oikeuden kieli voidaan muuttaa tietokonekoodiksi. Kuten tässä artikkelissa esitän, tällä kysymyksellä on syvä yhteys siihen, miten joustavana tai jäykkänä näemme oikeuden kielen. Onko se perustavanlaatuisen epämääräistä ja tulkinnanvaraista vai voidaan se muuttaa ongelmitta koodiksi? Kysymyksellä on edelleen vaikutus siihen, missä oikeuden automaation rajat voivat kulkea oikeudellisesti, poliittisesti ja teoreettisesti.

Julkishallinnon automaatio ja siihen liittyvät ongelmat eivät siis ole uusia asioita, mutta laajuus, jossa niistä puhutaan, on. Hallintotoimintaa on automaatoitu laajasti viime vuosina. Suomessa yksittäisen hallintoasian ratkaisemisella

* *Ida Koivisto*, OTT, apulaisprofessori, Helsingin yliopisto. Kiitän anonyymeja vertaisarvioijia hyödyllisistä ja kannustavista kommentteista. Kiitän myös Susanna Lindroos-Hovinheimoa käsikirjoituksen kommentoinnista sekä Dag Wiese Schartumia ja Jon Næseria valaisevista keskusteluista.

1. Ks. esim. Riikka Koulu, Digitalisaatio ja algoritmit – oikeustiede hukassa? *Lakimies* 7–8/2018, s. 840–867.

automaattisesti on ollut oikeudellinen perusta toukokuusta 2023 lähtien.² Aikaisemmin automaattista päätöksentekoa ei ollut säännelty mutta päätöksiä tehtiin automaattisesti yhtä kaikki. Tästä koitui ajan oloon oikeusturvaan ja -varmuuteen liittyviä ongelmia, joihin ylimmät laillisuusvalvojat sekä perustuslakivaliokunta kiinnittivät huomiota.³

Perustuslakivaliokunnan toimeksiannosta oikeusministeriö ja valtionvarainministeriö alkoivat valmistella automaattisen päätöksenteon sallivaa yleislainsäädäntöä. Valmisteluprosessissa jouduttiin pohtimaan monia hankalia kysymyksiä.⁴ Missä määrin oikeudellista ratkaisutoimintaa voidaan muokata sellaiseen muotoon, etteivät oikeusturva ja hyvä hallinto vaarannu?⁵ Entä voidaanko sellaiset käsitteet kuin painava syy tai tuen tarpeessa automatisoida? Millaisiin tehtäviin tarvitaan välttämättä ihmistä? Lainvalmisteluprosessissa havaittiin, että automaatiota rajoittaa usein harkintavalta eli virkamiehen tai muun lakia soveltavan henkilön toimivalta päätyä moniin yhtä oikeutettaviin soveltamisratkaisuihin lain avointa sanamuotoa tulkitsemalla.⁶

Valmisteluprosessissa päädyttiin ratkaisuun, jossa vain rutiiniluontoisia ja niin sanottuja tyyppitapauksia voidaan ratkaista automaattisesti, kun taas yksilöllistä harkintaa sisältävät tapaukset edellyttävät ihmiskäsittelijää. Tämä puolestaan tarkoittaa, että viranomaisen on harkittava ennen automaatioprosessin aloittamista, mihin päätöstyyppiin sisältyy yksittäistapauksellista harkintaa.⁷ Perustelut tälle ratkaisulle ovat esitöissä niukat: niissä viitataan vain EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen ja kansallisen lainsäädännön vaatimuksiin.⁸ Harkintaval-

2. Ks. Sofia Heikkinen – Ida Koivisto – Riikka Koulu, Finland: Regulation and Doctrinal Challenges of Automated Decision-Making in Public Administration, s. 71–114 teoksessa Hanne Motzfeldt (ed.), *Public Digitalisation in a Legal Perspective: Status, Challenges and Opportunities for Nordic-Baltic Cooperation*. TemaNord No. 503. Nordic Council of Ministers 2024.
3. Perustuslakivaliokunnan lausunto 62/2018 vp (HE 224/2018 vp laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi); perustuslakivaliokunnan lausunto 70/2018 vp (HE 298/2018 vp potilasvakuutuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi) ja perustuslakivaliokunnan lausunto 78/2018 vp (HE 52/2018 vp sosiaaliturva- ja vakuutuslainsäädännön muuttamiseksi EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen johdosta). Ks. myös eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen verohallintoa koskevat ratkaisut EOAK/3116/2017 ja EOAK/3393/2017 sekä valtioneuvoston oikeuskanslerin Kelaa koskeva ratkaisu OKV/131/70/2020.
4. Arviomuistio hallinnon automaattiseen päätöksentekoon liittyvistä yleislainsäädännön sääntelytarpeista. Oikeusministeriön julkaisuja 2020:14.
5. Ida Koivisto – Riikka Koulu, Miten hyvä hallinto digitalisoidaan? Haaste oikeustieteelliselle tutkimukselle. *Lakimies* 6/2020, s. 798–821. Ks. myös Tuomas Pöysti, Kohti digitaalisen ajan hallinto-oikeutta. *Lakimies* 7–8/2018, s. 868–903.
6. Harkintavallan eri ulottuvuuksista ks. Timo Konstari, Harkintavallan väärinkäytöstä. Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 1979 ja Toomas Kotkas, Hallinto-oikeudellisen harkintavaltaopin päivitys kotimaisen sosiaali oikeudellisen lainsäädännön valossa. *Lakimies* 6/2011, s. 1130–1151.
7. Hallintolain (434/2003) 8 b luku, erityisesti 53 e §:n 2 momentti.
8. Hallituksen esitys eduskunnalle julkisen hallinnon automaattista päätöksentekoa koskevaksi lainsäädännöksi 145/2022 vp, s. 96–98.

lalla on kuitenkin läheinen yhteys oikeuden kieleen, sillä harkintavalta on usein tunnistettavissa vain kielellisen muotoilun avoimuudesta. Sangen harvoin lakitekstissä suoraan lukee, että jokin asia on viranomaisen harkinnassa.⁹

Kaiken oikeudellisen sääntelyn ei kuitenkaan katsota sisältävän harkintavaltaa vaan sen katsotaan olevan merkitykseltään riittävän yksiselitteistä automaation tarpeisiin. Niinpä tällaisen oikeuden kielen tulisi mukautua automaatioon tavalla tai toisella. Miten tämä mukautuminen tapahtuu? Hallintolain (434/2002) 53 e §:n 2 momentin mukaan [hallintoasian automaattisen] ratkaisemisen on perustuttava sovellettavan lain ja etukäteisen harkinnan perusteella laadittuihin julkisen hallinnon tiedonhallinnasta annetun lain (906/2019) 2 §:n 16 kohdassa tarkoitettuihin käsittelysääntöihin. Käsittelysäännöt tarkoittavat tiedonhallintalain perusteella ”luonnollisen henkilön ennalta laatimia automaattisen tietojenkäsittelyn ohjaamiseen tarkoitettuja sääntöjä”. Ne eivät siis tarkoita (vain) tietokonekoodia vaan luonnollisella kielellä laadittuja sääntöjä automaation rajoista. Niistä päättäminen sisältää harkintaa.¹⁰

Muuttuuko oikeuden kielen luonne tai merkitys automaation myötä? Vaikka automaattinen päätöksentekojärjestelmä toimisi koodin pohjalta, ei ole viitteitä siitä, että oikeuden kielen kommunikatiivinen merkitys oikeusjärjestyksessä vähenisi. On tärkeää huomata, että automaattisestikin tehdyn päätöksen lopputulos on kieltä, jotta sen kohde – ihminen – voi ymmärtää ja hyväksyä tai riitauttaa tuon päätöksen. Oikeuden kieli ja luonnollinen kieli, johon se perustuu, ovat ihmisten käyttämä päätöksenteon ja kommunikaation koodi. Tämä lienee syynä myös sille, että luonnollisen henkilön on laadittava automaattisen päätöksentekojärjestelmän käsittelysäännöt ja että ne tulee kirjoittaa luonnollisella kielellä.

Tietokoneet eivät puolestaan kommunikoi luonnollisella kielellä; niiden merkitysjärjestelmä on erilainen. Se, miten oikeuden kieli käännetään koodiksi, on vaikea kysymys, johon ei toistaiseksi ole löytynyt yhtä ratkaisua. Paljon on kuitenkin pelissä, sillä automaattiseen päätöksentekoon ja muihin automatisoituihin oikeudellisiin käytäntöihin liittyy paitsi toiveita tehokkuudesta ja säästöistä

9. Poikkeuksena tästä voidaan mainita laki viranomaistoiminnan julkisuudesta (621/1999), jonka useassa säännöksessä mainitaan, että asiakirjan antaminen on viranomaisen harkinnassa.

10. Ks. HE 145/2022 vp, s. 105: ”Käsittelysäännöllä ei tarkoitettaisi ohjelmointikielellä laadittua koodia, vaan luonnollisella kielellä laadittua asiantuntijan kuvausta siitä, miten lainsäädännöstä tulevat edellytykset muutetaan tietojenkäsittelyksi ja miten luonnollisen henkilön rooli toimintaprosessissa korvataan soveltuvin osin automaattisella tietojenkäsittelyllä. Käsittelysääntöjen laadinta edellyttää siis laatijaltaan automatisoitavan toimintaprosessin tuntemista, oikeudellista harkintaa sekä tietojenkäsittelyn toimintaperiaatteiden ymmärtämistä. – – Keskeistä käsittelysäännöissä olisi se, että niiden tulisi olla luonnollisen henkilön ennalta laatimia. Tämä olisi keskeinen ihmiskontrollin väline toimintaprosessin automatisoinnin suunnittelu- ja kehittämisvaiheessa. Käsittelysäännöt muuntuvat varsinaisiksi ohjelmistoa tai tietojärjestelmää koskeviksi vaatimuksiksi siten, että automatisoidulle toimintaprosessille asetetaan erilaisia vaatimuksia, joiden mukaisuuden varmistamisesta säädettäisiin 28 b §:ssä.” [IK: Tiedonhallintalain pykälänumerointi muuttui eduskuntakäsittelyvaiheessa.]

myös uusia valta-asetelmia ja oikeusturvatarpeita.¹¹ Tämä näkyy muun muassa EU:n yleisen tietosuojasetuksen (GDPR) 22 artiklassa, jossa säädetään oikeudesta olla joutumatta automaattisen päätöksenteon kohteeksi, tosin monin rajoituksin ja poikkeuksin.¹² Kyse on ennen kaikkea siitä, millaisia automaattisen päätöksenteon vaikutukset ovat niiden kohteiden oikeusasemalle.¹³ Oikeutta olla joutumatta ihmisen tekemän päätöksenteon kohteeksi ei puolestaan ole. Automaatioon katsotaan sisältyvän sellaisia erityislaatuista riskejä, joita ihmisten tekemään päätöksentekoon ei sisälly.

Jos oikeudellista päätöksentekoa tai muita käytäntöjä halutaan automatisoida, luonnollisella kielellä ilmaistusta oikeudesta on tultava teknologisessa rekisterissä toimivaa oikeuden kieltä. Oikeuden kielen pitäisi pystyä toimimaan luotettavasti ja ennakoitavasti myös silloin, kun ihminen ei ole tulkitsemassa sitä, olkoonkin, että myös inhimillinen tulkinta on vajavaista.¹⁴ Kuten on mainittu, ongelma on vanha ja ratkaisujakin siihen on tarjottu. Niin lainsäädännössä (esimerkiksi GDPR ja AIA) kuin akateemisessa keskustelussakin korostetaan nykyään jokseenkin yksimielisesti sitä, että oikeudelliset säännöt ja periaatteet tulisi sisällyttää automaatiota mahdollistaviin teknologisiin suunnitteluratkaisuihin. Tätä kutsutaan akateemisissa keskusteluissa englanniksi käsitteellä *by design* (esimerkiksi *transparency by design*, *privacy by design*, *the rule of law by design*).¹⁵ Ei kuitenkaan ole selvää, onko tämä riittävää, jotta oikeus toimisi tehokkaasti ilman ihmistä.¹⁶

11. Ks. Jenni Hakkarainen, *Why Me and Not Us? A Study on Algorithmic Discrimination, Collectivity and Access to Justice*. Helsingin yliopisto 2024.
12. Ida Koivisto, *Thinking Inside the Box: The Promise and Boundaries of Transparency in Automated Decision-Making*, s. 66–94 teoksessa Deirde Curtin – Mariavittoria Catanzariti (eds), *Data at the Boundaries of European Law*. Oxford University Press; Maja Brkan, *Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making and Data Protection in the Framework of the GDPR and Beyond*. *International Journal of Law and Information Technology* 27(2) 2019, s. 91–121 ja Lee A. Bygrave, *Minding the machine v2.0: The EU General Data Protection Regulation and Automated Decision-Making*, s. 248–262 teoksessa Karen Yeung – Martin Lodge (eds), *Algorithmic regulation*. Oxford University Press 2019.
13. Ks. asia C-634/21 Schufa Holding, ECLI:EU:C:2023:957 sekä yhdistetyt asiat C-26/22 ja C-64/22 Schufa Holding, ECLI:EU:C:2023:958. Ks. myös Francesca Palmiotto, *When Is a Decision Automated? A Taxonomy for a Fundamental Rights Analysis*. *German Law Journal* 25(2) 2024, s. 210–236.
14. Ks. Susanna Lindroos-Hovininheimo, *Toistuvia pettymyksiä: pohdintaa perustuslain tulkinnan vaikeudesta*. *Lakimies* 7–8/2022, s. 1186–1208.
15. Mireille Hildebrandt, *Legal Protection by Design: Objections and Refutations*. *Legisprudence* 5(2) 2011, s. 223–248.
16. Ks. esim. Bert-Jaap Koops – Ronald Leenes, *Privacy Regulation Cannot Be Hardcoded. A Critical Comment on the 'Privacy by Design' Provision in Data-Protection Law*. *International Review of Law, Computers & Technology* 28(2) 2014, s. 159–171 ja Riikka Koulu, *Crafting Digital Transparency: Implementing Legal Values into Algorithmic Design*. *Critical Analysis of Law* 8(1) 2021, s. 81–100.

Tässä artikkelissa tarkastelen joitakin näkökulmia, joissa lähestytään oikeuden kieltä ja automaation mahdollisuutta eri tavoin. Joissakin näkökulmissa otetaan tähän suoraan kantaa, toisissa käsitellään oikeuden kieltä yleisemmin. Sivuan kysymyksenasetteluja automaattisesta päätöksenteosta julkishallinnossa, sillä tässä kontekstissa kysymys oikeuden kielestä on hiljattain problematisoitunut. Tavoitteeni on rikastaa oikeudellista automaatiota koskevaa keskustelua tuomalla siihen kriittisen oikeustieteen argumentteja. Esittelen erilaisia näkemyksiä siitä, miten, millä perusteella ja millä hinnalla oikeuden kieli soveltuu automatisoitavaksi.

Artikkelia ohjaavat seuraavat kysymykset. Miten oikeuden kielen epämääräisyyttä ja siinä esiintyviä avoimia kielellisiä muotoiluja voidaan teoreettisesti lähestyä? Voidaanko oikeuden kieltä yksinkertaistaa automaation tarpeisiin vai onko tehtävä mahdoton? Entä missä määrin oikeuden automaatio haastaa harkintavallan perusteita? Vastaukset näihin kysymyksiin kytkeytyvät likeisesti siihen, millaisena oikeuden kieli nähdään. Alustavia hypoteeseja on kaksi: 1) harkintavalta on kehikko, jonka puitteissa oikeudellisen kielen avoimuutta tai epämääräisyyttä lähestytään ainakin (suomalaisessa) julkisoikeudellisessa ajattelussa; 2) oikeuden kielen epämääräisyys hahmotetaan automaatiota hankaloittavana vaan ei sitä estävänä asiana. Väitän, että automaation muodossa tullaan samalla luoneeksi ihmisille uusia kieleen kytkeytyviä rooleja, joita ei vielä ole oikeustieteessä kunnolla käsitteellistetty.

Artikkelin tiedonintressi on teoreettinen ja näkökulma julkisoikeudellinen. Havainnollistan artikkelin kysymyksenasettelua esimerkein automaattista päätöksentekoa koskevasta lainsäädännöstä ja sen valmistelusta Suomessa. En käsittele tekoälyä erillisenä teemana vaan sääntöpohjaista automaatiota hallinnollisen päätöksenteon oikeudellisena lähtökohtana. On nimittäin huomattava, että koneoppivat tekoälymenetelmät oppivat suurista massoista luonnollista kieltä toisin kuin sääntöpohjaiset menetelmät, joissa luonnollinen kieli muutetaan koodiksi. Tässä mielessä kieliproblematiikka on näissä menetelmissä erilaista, enkä käsittele oikeuden kielen haasteita suurten kielimallien asiayhteydessä. Artikkelissa lähtökohta on tilanne, jossa oikeuden kieltä muutetaan koodiksi.

Artikkeli rakentuu seuraavasti. Seuraavassa eli toisessa luvussa esittelen joitakin oikeuden yleisiä piirteitä vallan kielenä. Kolmannessa luvussa käsittelem oikeuden kielen epämääräisyyttä oikeusteoreettisena kysymyksenä H. L. A. Hartin ja Critical Legal Studies -liikkeen ajattelun valossa: onko oikeuden kieli kauttaaltaan vai paikallisesti epämääräistä? Neljännessä luvussa tarkastelen niin sanottua automaatioystävällisen lainsäädännön ajatusta ja siihen liittyviä teoreettisia lähtökohtia oikeuden kielen automatisoitavuudesta. Viidennessä luvussa pohdin eri näkökulmien merkitystä oikeuden automatisoitavuudelle. Lopuksi arvioin alun hypoteeseja artikkelissa käsiteltyjen näkemysten valossa ja esitän, että oikeuden kieli on automatisaation aikakaudella asia, joka on muuttamassa ihmisen roolia epämääräisyyden hallitsijaksi hallinnollisessa päätöksenteossa.

2. Oikeus vallan kielenä

Oikeuden ja kielen suhde on erityislaatuinen. Oikeutta ei olisi ilman kieltä. Oli kyseessä sitten työehtosopimuksen käsite, osakeannin sääntely, perusoikeuden ydinalue tai hallinto-oikeudellinen periaate, yhteistä niille on, että ne koostuvat kielestä: sanoista ja lauseista. Sen lisäksi, että oikeus on kieltä, se kommunikoidaan kielellä eli ilmaistaan esimerkiksi se, kuka tai mikä on oikeutettu tai velvoitettu mihinkin. Näin oikeuden kielen muodossa ja valtuuttamana käytetään edelleen yhteiskunnallista valtaa sekä luodaan oikeudellisia käytäntöjä, instituutioita ja rooleja. Kyse on siis perustavanlaatuisesta asiasta, jota on teoretisoitu useista eri näkökulmista. Seuraavassa tukeudun erityisesti Mireille Hildebrandtin ja Martti Koskenniemen näkemyksiin.

Ihmisten käytöstä voidaan ohjata myös ei-oikeudellisilla ja ei-kielellisillä tavoilla, kuten esimerkiksi Lawrence Lessigiä mukaillen sosiaalisilla normeilla, taloudella tai arkkitehtuurilla, joista viimeksi mainittua myös tietokoneohjelmien tekniset suunnitteluratkaisut edustavat.¹⁷ Niitä keinoja ei kuitenkaan ensi sijassa mielletä oikeudeksi. Oikeusjärjestyksemme ei tunne ei-kielellistä oikeutta, vaikka sellaisenkin mahdollisuutta pohditaan. Esimerkiksi Mireille Hildebrandt on käsitellyt tuotannossaan sitä, voitaisiinko tekstipohjaisesta oikeudesta siirtyä data- tai koodipohjaiseen oikeuteen.¹⁸ Toistaiseksi tällaista oikeutta ei ole oikeustieteellisen mielikuvituksen ulkopuolella. Oma kysymyksensä toki on sekin, että myös ohjelmointikielet ovat kieltä, vaikka ne eivät aukeakaan suurelle yleisölle.¹⁹ Tällöin oikeuden eksoteerinen – periaatteessa kaikkien ymmärrettävissä oleva kieli – muuttuisi esoteeriseksi, vain pienelle asiantuntijaryhmälle aukeavaksi kieleksi. Tässä en kuitenkaan syvenny enempää ohjelmointikieleen kielenä vaan oikeuden kieleen teknologisenä käännökseenä.

17. Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*. Basic Books 1999.

18. Mireille Hildebrandt, *Boundary Work between Computational Law and 'Law' as 'Law-as-We-Know-it'*, s. 30–64 teoksessa Deirdre Curtin – Mariavittoria Catanzariti (eds), *Data at the Boundaries of European Law*. Oxford University Press 2023; Mireille Hildebrandt, *The Adaptive Nature of Text-Driven Law*. *Journal of Cross-Disciplinary Research in Computational Law* 1(1) 2020 (2020a), s. 2–15; Mireille Hildebrandt, *Code-Driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past*, s. 67–83 teoksessa Simon Deakin – Christopher Markou (eds), *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*. Bloomsbury Publishing 2020 (2020b); Mireille Hildebrandt, *Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence: Speaking Law to the Power of Statistics*. *University of Toronto Law Journal* 68(1) 2018, s. 12–35 ja Mireille Hildebrandt, *Smart Technologies, and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*. Edward Elgar 2015.

19. Laurence Diver, *Interpreting the Rule(s) of Code: Performance, Performativity, and Production*. MIT Computational Law Report 2021 osoitteessa <https://law.mit.edu/pub/interpretingtherule-of-code> (vierailtu 1.10.2024).

Oikeutta itsessään on vaikea erottaa oikeuden kielestä; usein kysymykset oikeuden kielestä kääntyvät kysymyksiksi oikeuden itsensä luonteesta ja toisinpäin. Voidaan jopa kysyä, voidaanko oikeutta edes tunnistaa oikeudeksi, jos sillä ei ole kielellistä muotoilua. Jotta oikeuden muuttaminen on mahdollista, on oltava kriteerejä, joilla oikeus tunnistetaan ei-oikeudesta, kuten vaikka sosiaalisista normeista. Väitän, että yksi tällainen kriteeri modernissa oikeudessa on sen kielellisyys. Kieli mahdollistaa menettelyt ja säännöt sille, miten oikeutta voidaan muuttaa. Samalla on täsmennettävä, että oikeuden kielellisyys kietoutuu materiaaliin ja institutionaaliin käytäntöihin, joiden muodossa ja avulla voidaan keskustella siitä, millainen ja kenen ilmaisema oikeus on oikeutta ylimalkaan, oikeutena pätevää ja erotettavissa muista normeista. Ehkä voitaisiin ajatella, että oikeutta ylläpitävät monenlaiset sosiomateriaaliset koneistot, jotka voidaan ilmaista kielellä mutta jotka eivät pelkisty kieleen.

Oikeuden kielellisyyttä voidaan katsoa myös oikeuden välitysmekanismin näkökulmasta. Oikeuden media on teksti ja tuon tekstin media kieli: Hildebrandtia mukailleen ensin puhuttu, sitten käsin kirjoitettu ja viimeksi painettu kieli.²⁰ Kieli välittää oikeuden merkityssisältöjä, joiden yhtäältä muuttumattomuutta ja toisaalta välitettävyyttä teksti medianäkökulmasta mahdollistaa. Hildebrandtin mukaan tekstin avulla hallitseminen (rule by text) on älykästä kybernetiikkaa, sillä kirjuriluokka on alkujaan välittänyt suhteita hallitsijan ja luku- ja kirjoitus-aidottomien hallittujen välillä.²¹

Automatisoituvan oikeuden tulee kuitenkin tasapainotella kahden median, tekstin ja koodin, välillä. Kuten Mika Viljanen esittää, konetta on vaikea ohjelmoida noudattamaan ihmisille tarkoitettuja sääntöjä. Kone tarvitsisi yksiselitteisiä, tarkasti määriteltyjä formaaleja sääntöjä, jotka voidaan kääntää koneiden kielelle. Ihmisten kielellisesti ilmaistut säännöt eivät ole sellaisia. Kysymys kuuluukin, missä määrin oikeutta voi tai tulisi yksinkertaistaa tätä tarkoitusta varten.²² Palaan asiaan luvussa 4. On kuitenkin huomattava, että suuret kielimallit ovat mullistamassa tätä kysymyksenasettelua, kun luonnollinen kieli kelpaakin koneille. Mitä tulee tämän artikkelin aiheeseen, sääntöpohjaiseen automaattiseen päätöksentekoon, tasapainottelu kahden median välillä jatkuu.

Mireille Hildebrandt käsittelee oikeuden kieli- ja tekstisidonnaisuutta algoritmisen hallinnan käsitteen kautta. Se tarkoittaa ihmisten toiminnan yhteiskunnallista ohjailua algoritmien avulla. Hildebrandt lähestyy algoritmista hallintaa kyberneettisestä näkökulmasta eikä täten sido hallintaa yksinomaan oikeuteen. Hänen mukaansa algoritmisen hallinta saattaa tulevaisuudessa korvata ihmispohjaisen hallinnan. Tällöin on erityisen tärkeää pohtia modernin oikeuden

20. Hildebrandt 2020a, s. 6–8.

21. Hildebrandt 2020a, s. 8.

22. Mika Viljanen, Menikö juna jo? Tekoälyn sääntelemisen mahdollisuuksista. Lakimies 7–8/2023, s. 1204–1231, 1216.

tekstisidonnaisuutta ja positiivisen oikeuden voimaa (the force of law). Oikeuden toimintamekanismin käännöksestä koodiksi kuitenkin seuraa ongelmia. Kun oikeus käännetään koneille, oikeuden identiteetti muuttuu ja oikeuden olemus köyhtyy.²³ Viljasen sanoin koneita varten oikeuden epävarmuudet ja epämääräisyydet on poistettava ja sen avoin, jatkuvasti päivittyvä tekstuuri on suljettava.²⁴

Ihmisten kielelliset ja tekstipohjaiset säännöt eivät ole yksinomaan konditionaalisia, jos-niin-logiikalla toimivia vaan usein myös finaalisia, tulevaisuuteen vaikuttamaan pyrkiviä. Oikeudella luodaan tulevaisuutta. Hildebrandt – kuten moni muukin – sitoo modernin tekstipohjaisen oikeuden toimintaperiaatteen John L. Austinin puheaktiteoriaan.²⁵ Puheaktiteoriassa kielelliset teot jaetaan eri luokkiin sen mukaan, millainen vaikutus niillä on, todetaanko esimerkiksi jokin asiointila vai luodaanko uusi.²⁶ Perinteiset esimerkit koskevat laivan kastamista ja avioliittoon vihkimistä. Uusia asiointiloja saadaan aikaan kielellisin lausumin. Oikeudessa tällaisilla lausumilla on erityistä painoarvoa, sillä ne nivELYTYVÄT oikeudelliseen vallankäyttöön – esimerkiksi avioliitto on oikeudellinen instituutio, joka edelleen palautuu valtion väkivaltamonopoliin.²⁷

Ajatus ei sinänsä ole uusi tai omaperäinen: oikeuden tosiasioita luova luonne on tunnistettu oikeustieteessä jo aikoja sitten ja erilaisista teoreettisista näkökulmista. Yksinkertaisimmillaan tämä tarkoittaa, että sanoilla tehdään asioita eikä niillä ainoastaan heijasteta ei- tai esikielellisen maailman luontoa. Samalla kuitenkin myös kuvaukset ovat tärkeitä, sillä niihin sitoutuu oikeuden valtaa. Voidaankin väittää, että oikeus yhtäältä kuvaa maailmaa ja toisaalta puuttuu siihen tavalla, joka saa maailman mukautumaan oikeuteen. Erityisen hyvin tämä käy ilmi Martti Koskenniemen sanoista:

”Oikeudellinen kieli sekä kuvaa että luo oikeuden maailmaa. Lääketiede ja biologia eivät saa aikaan sitä, että ihmisellä on nuha tai että vilja kasvaa pellolla. Sitä vastoin, kun oikeus puhuu vaikkapa valtiosta tai omistamisesta, perinnönjaosta tai arvo-osuuksista, se puhuu tavasta, jolla oikeus itsessään saa aikaan sen, että joukko ihmisiä tietyllä alueella jäsentyy ’valtioksi’, tai tietty esine tulee ’omistamisen’ kohteeksi. Oikeus tulkitsee jonkin tapahtumasarjan ’perinnönjaoksi’ tai tietyn toiminnan ’arvo-osuuden siirroksi.’”²⁸

Oikeus on valtakäytäntö, joka saa ilmaisunsa kielessä. Koskenniemen mukaan oikeuden kieli kuvaa sitä, mitä oikeus on. Samalla se kuitenkin myös luo oikeutta ja jäsentää näin auktoritatiivisesti ihmisten välisiä valtasuhteita.²⁹ Kriitti-

23. Hildebrandt 2020a, s. 9.

24. Viljanen 2023, s. 1216 av. 57.

25. John L. Austin, *How to Do Things with Words*. Oxford University Press 1975.

26. Hildebrandt 2018; Hildebrandt 2020a, s. 9 ja Hildebrandt 2023, s. 52–53.

27. Robert M. Cover, *Violence and the Word*. *Yale Law Journal* 95 (1986), s. 1601–1629.

28. Martti Koskenniemi, *Mistä oikeustieteessä on kysymys?* *Lakimies* 7–8/2022, s. 1016–1030, 1016.

29. Koskenniemi 2022, s. 1017.

sesti voidaan kuitenkin todeta, ettei ero muiden tieteenalojen ja oikeuden välillä ole niin jyrkkä kuin Koskenniemi esittää: lääketiede ei ehkä saa aikaan nuhaa, mutta se on saanut aikaan esimerkiksi hysterian ja liittänyt siihen medikaalisen katseen ja syvällekkäviä valtakäytäntöjä. Myös muilla tieteenaloilla on valta luoda kohteensa, joskin tämä luominen ei ole niin selväpiirteistä ja yksittäisiin puheakteihin sidottua kuin oikeustieteessä.

Vaikka Koskenniemi ehkä väheksyy muiden tieteenalojen diskursiivista luomisvoimaa, sitoudun muutoin hänen luonnehdintaansa oikeudesta. Hän jakaa edelleen oikeuden vallan – tämä lienee osapuulleen sama asia, jota Hildebrandt tarkoittaa ilmaisullaan ”the force of law” – kahteen eri osaan, kehystämismaltaan ja artikulaatiovaltaan. Yhtäältä oikeus on kehystämismaltaa: se antaa ihmisten välisille suhteille tietyn kuvauksen värittää ne osaksi oikeudellista maailmankuvaa. Tämä tarkoittaa, että oikeus kehystää ihmisten välisiä suhteita auktoriteettisuhteiksi: ”valtio”, ”hallitus”, ”poliisi”, ”omistaja”, ”kauppa”. Nämä kielelliset ilmaisut luovat institutionaalisia hierarkioita, jotka muodostavat suuren osan maailmasta, jossa ihmiset elävät systeemin osina – ”kansalaisina”, ”veronmaksajina”, ”vuokralaisina”, ”sopimuspuolina” ja niin edelleen.

Toisaalta oikeuden vallankäyttö on artikulaatiovaltaa. Tämä tarkoittaa, että oikeuden kielessä pätevyityneillä puhujilla – juristeilla – on valta määrittää oikeuden totuus tavalla, joka saa muut taipumaan siihen. Se antaa juristille vallan artikuloida yksittäinen ihmissuhde hierarkkiseen muotoon: jollakulla on ”velvollisuus” toista kohtaan, toisella taas ”oikeus”, jota muiden tulee kunnioittaa.³⁰ Oikeuden artikulaatiovalta kiinnittyy näin sosiomateriaalisiin, yhteiskunnallisesti vakiintuneisiin valtasuhteisiin.

Oikeuden kieli on siis luonteeltaan sekä kuvaavaa, asiantiloja luonnehtivaa, että luovaa ja normatiivista. Oikeuden kielen ensisijainen tarkoitus ei ole kuvata asioiden tilaa vaan muuttaa ihmisten ja instituutioiden käytöstä pysyvästi ja jatkuvasti. Silti myös kuvaaminen on välttämätöntä normatiivisuuden oikein kohdistamiseksi ja asioiden kehystämiseksi oikeudellisesti merkityksellisiksi. Oikeus luo kielellään erilaisia toimijoita ja niille tehtäviä ja toimivaltaa – kuten vaikkapa julkishallinnon elimiä – joita ei olisi ilman tällaista sääntelyä. Kuvaukset myös muuttuvat ja kehystävät asioita eri asiayhteyksissä ja eri aikoina eri näkökulmista. Esimerkiksi on eri asia, kehystetäänkö ihminen hallintoalamaiseksi, hallinnon asiakkaaksi vai automaattisen prosessin loppukäyttäjäksi.³¹

Julkisoikeudessa oikeuden kieli ja sen asioita aikaansaava luonne kietoutuvat yhteen hallinnon laillisuusperiaatteen kanssa. Sitä voidaan pitää sekä oikeudellisenä periaatteena että julkisen vallankäytön eräänlaisena metaoikeudellisena

30. Koskenniemi 2022, s. 1020.

31. Ida Koivisto – Riikka Koulu – Stefan Larsson, User Accounts: How Technological Concepts Permeate Public Law Through the EU’s AI Act. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2024 osoitteessa <https://doi.org/10.1177/1023263X241248469>.

lähtökohtana. Periaatteella on erilaisia ilmaisuja ja doktrinaalisia muotoja eri oikeusjärjestelmissä. Suomen perustuslain (731/1999) 2 §:n 3 momentissa laillisuusperiaate muotoillaan seuraavasti: ”Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.” Tämän artikkelin viitekehityksessä ensimmäinen lause voidaan ymmärtää siten, että oikeuden kehystämävallan on sitouduttava lakiin. Artikulaatiovallalla on vielä laajempi ala: kaikessa julkisessa toiminnassa on tarkoin noudatettava lakia.³² Noudattamisen arvioiminen puolestaan on juristien tehtävä.

Kyse on siitä, että oikeuden on oltava sidottu säädännäiseen oikeuteen ja oikeutta on myös noudatettava. Tästä periaatteesta on hyvin vaikea, ellei mahdollon tinkiä oikeusvaltiossa. Niinpä jos siirryttäisiin ihmishallinnasta algoritmiseen hallintaan, kysymys laillisuusperiaatteen noudattamisesta väistämättä monimutkaistuu. Laillisuusperiaate ja sen noudattaminen ovatkin aiheuttaneet päänvaivaa automaatiopyrkimyksissä, mikä näkyy myös akateemisen keskustelun laajuutena.³³

Laillisuusperiaatteen merkitystä pohdittiin muun muassa silloin, kun laadittiin automaattista päätöksentekoa koskevaa lainsäädäntöehdotusta. Valmistelussa päädyttiin siihen, ettei päätöksenteossa saisi käyttää datavetoisia tai koneoppivia menetelmiä, sillä jos näitä käytettäisiin, ei voitaisi varmistua siitä, että julkisessa toiminnassa noudatettaisiin tarkoin lakia.³⁴ Tällainen päättely ei olisi sellaista lain tarkoin noudattamista, jota valtiosäntö edellyttää, vaikka näin voitaisiinkin oikeusrealismin hengessä ilmaista ja ylläpitää vallitsevaa tulkintakäytäntöä ja täten edelleen noudattaa sitä. Lain tarkka noudattaminen kuitenkin edellyttää tarkan lain olemassaoloa, mikä usein on liikaa pyydetty, kuten seuraavassa luvussa esitän.

Yhteenvetona todettakoon, että kysymys oikeuden kielen luonteesta on kysymys siitä, miten valta välittyy sekä avoimesti että vaihikkaisesti oikeuden kielellä. Oikeus kehystää asioita oikeudellisesti merkityksellisiksi ja artikuloi valtasuh-

32. Vrt. Hildebrandt (2020a, s. 3), joka sitoo oikeuden tekstipohjaisuuden oikeusvarmuuteen ja ihmisten kieleen sitoutuvaan epämääräisyyteen. Frank Pasquale (A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation. *George Washington Law Review* 87(1) 2019, s. 1–55, 5) puolestaan esittää, että kieli on ainoa media, jonka avulla oikeusperiaatteet voidaan toteuttaa.

33. Ks. esim. Paul Burgess, AI and the Rule of Law the Necessary Evolution of a Concept. *Hart Publishing* 2024; Markku Suksi (ed.), *The Rule of Law and Automated Decision-Making. Exploring Fundamentals of Algorithmic Governance*. Springer 2023; Rónán Kennedy, *The Rule of Law and Algorithmic Governance*, s. 209–232 teoksessa Woodrow Barfield (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge University Press 2020; Monika Zalnieriute – Lyria Bennet Moses – George Williams, *The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making*. *The Modern Law Review* 82(3) 2019, s. 425–455 ja Monika Zalnieriute – Lisa Burton – Janina Boughey – Lyria Bennett Moses – Sarah Logan, *From Rule of Law to Statute Drafting – Legal Issues for Algorithms in Government Decision-Making*. *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge University Press 2021, s. 25–272, 257.

34. OM 2020:14, s. 29.

teita oikeudellisesti hyväksyttäväiksi. Osa oikeuden kielen erityislaatuista on se, että sen avulla oikeutta voidaan tulkita luovasti erilaisissa elämäntilanteissa ilman, että sen auktoriteetti tästä kärsisi. Seuraavissa luvuissa tarkastelen oikeuden kielen suhdetta automaation vaatimukseen lähemmin kahdesta, osin vastakkaisestakin näkökulmasta: siitä, että oikeus on olemuksellisesti määräytyvätöntä, ja siitä, että oikeuden epämääräisyyttä voidaan vähentää automaation mahdollistamiseksi.

3. Oikeuden kieli on epämääräistä – kaksi näkökulmaa

Oikeuden kielen epämääräisyys, monitulkintaisuus ja sen avoin rakenne ovat oikeusteoriassa ja kriittisessä oikeustieteessä usein tarkasteltuja aiheita. Keskustelun voi olettaa saaneen erityistä pontta aikanaan yhteiskuntatieteissä tapahtuneesta niin sanotusta kielellisestä käänteestä³⁵ – kielen todellisuutta rakentavan vaikutuksen korostamisesta – ja etenkin Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofiasta, jossa kielen merkityksen katsotaan olevan sen käytössä.³⁶ Vaikka kielellisestä käänteestä on jo aikaa, kieleen liittyvät kysymykset ovat taas ajankohtaisia: automaation aikakaudella oikeuden kielen monitulkintaisuus on muuttunut ratkaisua vaativaksi ongelmaksi tai ainakin seikaksi, johon on syytä muodostaa perusteltu näkemys.

Wittgensteinin myöhäisvaiheen kielifilosofiaan liittyy kielipelin ajatus, jonka mukaan termien käyttö määrittyy niiden käytön mukaan. Kielipelissä kieli on toimintaa, ei jäykkä merkityssystemi. Kun olemme osa kielipeliä, osaamme käyttää sanoja siten, että niiden suhde toisiin sanoihin on mielekäs. Samalla sanalla saattaa olla eri merkitys eri kielipeleissä, ja merkitykset voivat myös muuttua. Tämä tarkoittaa, että kielenkäyttö on elävää toimintaa. Wittgenstein käytti muun muassa perheyhtäläisyyden käsitettä, jonka mukaan käsitteet punoutuvat toisiinsa tiettyjen samankaltaisuuksien ja päällekkäisyyksien muodossa.³⁷

35. Kootusti kielellisen käänteen murtautumisesta osaksi oikeusteoreettisia keskusteluita ks. Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 1188–1191.

36. Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations: The German Text, with a revised English Translation* (GEM Anscombe tr, Blackwell 2003). Suomessa Wittgensteinin ajattelusta ammentavaa näkökulmaa oikeuden kielen analyysiin on soveltanut esimerkiksi Susanna Lindroos-Hovinheimo väitöskirjassaan *Justice and the Ethics of Interpretation*. Routledge 2012. Kielipelin ajatus näkyy yleensäkin laajasti suomalaisessa oikeusteoriassa esim. Aulis Aarnion, Kaarlo Tuorin, Juha Karhun ja Raimo Siltalan tuotannossa. On kuitenkin korostettava, että Wittgensteinin mielestä filosofian tehtävä on vain kuvata kielenkäyttöä eikä esittää teesejä. Wittgenstein 2003, s. 49–51.

37. Wittgenstein 2003, erityisesti s. 32.

Wittgensteinin filosofian voi otaksua vaikuttaneen myös yhden 1900-luvun vaikutusvaltaisimmista oikeusfilosoifeista, H. L. A. Hartin, ajatteluun.³⁸ Hän puhuu klassikkoteoksessaan *The Concept of Law* (1961) oikeuden avoimesta rakenteesta (an open texture of law), joka ilmenee oikeuden kielessä.³⁹ Hartista on kirjoitettu hyllymetreittäin, ja hänen vaikutuksensa oikeusteorian kaanoniin on kiistaton. Myös Hartin ja hänen monien kriitikkojensa – Ronald Dworkinin, Lon L. Fullerin, Stanley Fishin ynnä muiden – välisistä keskusteluista on kirjoitettu paljon.⁴⁰ Tämän tiedostaen keskityn esittelemään hänen käsitystään oikeuden kielen luonteesta, koska juuri tämä käsitys toistuu oikeuden automaatiota koskevilla keskusteluilla.

Hart esittelee teoksessaan näkemyksen oikeuden kielestä, joka on joustava ja määräytymätön. Hän esittää, etteivät oikeudelliset käytännöt voi ennakoida kaikkia niitä tilanteita, joihin niitä mahdollisesti sovelletaan. Koska ihmiselämä on vaihtelevaa ja monimutkaista, lakeja on mahdotonta laatia täysin tarkoiksi ja kattaviksi. Tämä tarkoittaa, että oikeuden kieli on epämääräistä ja että tästä epämääräisyydestä – aikomusten epämääräisyydestä ja siitä, että faktat tiedetään usein vaillinaisesti – edelleen seuraa tulkintaa ja harkintaa. Tulkinta ja harkinta puolestaan merkitsevät oikeudellisissa käytännöissä sitä, että tuomarien ja virkamiesten täytyy ottaa kunkin tapauksen erityiset olosuhteet huomioon ja arvioida niiden valossa sitä, miten lakia tulisi yksittäistapauksessa soveltaa.⁴¹

Hartin mukaan epämääräisyys ei kuitenkaan ole samanlaista kaikissa asiayhteyksissä vaan joskus sitä on enemmän, joskus vähemmän. Tähän hän viittaa käsittein selvyyden ydin ja epäilyksen raja-alue (a core of certainty and a penumbra of doubt, sananmukaisesti ”puolivarjo”).⁴² Hartilla ydin koostuu selkeistä tapauksista, joissa säännön soveltaminen on selvää ja suoraviivaista. Raja-alue sen sijaan sijoittuu ytimen ulkokehälle: on epäselvää, soveltuuko sääntö ja millä ta-

38. Ks. Brian Bix, H. L. A. Hart and the “Open Texture” of Language. *Law and Philosophy* 10(1) 1991, s. 51–72. Bixin mukaan (s. 55 av. 21) Wittgensteinin ohella myös Waissmanin ja Russelin ajatukset saattoivat vaikuttaa Hartin näkemykseen oikeuden kielen luonteesta.

39. Hart 1961, s. 124– 125: “Whichever device, precedent or legislation – – will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an *open texture*.”

40. Ks. etenkin ns. Hart–Dworkin-kiista. Dworkin arvosteli Hartin käsitystä oikeudesta teoksissaan *Taking Right Seriously* (Harvard University Press 1977), *A Matter of Principle* (Harvard University Press 1985) sekä *Law’s Empire* (Harvard University Press 1986). Hart vastasi kritiikkiin 1992 uudella epilogilla *The Concept of Law* -teokseen. Tiivistelmästä ns. Hart–Dworkin-debatin keskeisistä kysymyksistä ks. Scott Shapiro, *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide to the Perplexed*. Working Paper Series, WP 77. Michigan Law School 2007 osoitteessa <http://ssrn.com/abstract=968657>.

41. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*. Oxford University Press 1961. Erityisesti luku VII Formalism and Rule-Skepticism, s. 121–150.

42. Ks. Hart 1961, s. 119–120: “Nothing can eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules.” Ks. myös Hart 1961, s. 12, 131.

voin. Tämä edellyttää lainsoveltajan tulkintaa ja harkintaa.⁴³ Niitä ohjaavat usein korkeamman abstraktiotason säännöt: oikeusperiaatteet ja politiikat, päämäärät, joiden ilmaiseman tarkoituksen valossa lainsäädäntöä tulkitaan. Tavoitteena on varmistaa, että lakia sovelletaan tavalla, joka on yhdenmukainen sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden kanssa.⁴⁴

Oikeuden avoin rakenne tarkoittaa siis sen joustavuutta ja sopeutumiskykyä. Avointa rakennetta voidaan pitää välttämättömänä: oikeuden on mukauduttava muuttuviin ja odottamattomiinkin tilanteisiin. Näin Hart vastusti formalismia eli ajatusta, jonka mukaan oikeuden soveltaminen on mekaaninen prosessi, jossa sovelletaan selkeitä ja yksiselitteisiä sääntöjä. Toisin sanoen lain soveltamisessa kyse ei ole vain loogisesta päättelystä vaan myös tulkinnasta ja harkinnasta etenkin silloin, kun kyse on epämääräisistä oikeudellisista säännöistä.⁴⁵

Myös Critical Legal Studies -liikkeessä (CLS) on esitetty kritiikkiä niitä kohtaan, jotka pitävät oikeuden kieltä määräytyneenä. CLS oli voimissaan Yhdysvalloissa erityisesti 1970- ja 1980-luvuilla, ja sen voi väittää syntyneen amerikkalaisen oikeusrealismin perinnölle. Lisäksi CLS ja Hart kytkeytyvät toisiinsa erityisesti Ronald Dworkinin välityksin: Dworkin painottaa oikeuden yhteyttä moraaliin. Dworkin kritisoi Hartin näkemystä oikeuden luonteen liiasta sääntöperustaisuudesta ja painotti oikeusperiaatteiden merkitystä,⁴⁶ kun taas CLS:ssä arvosteltiin Dworkinin näkemystä oikeusperiaatteiden poliittisuudesta.⁴⁷ Tämän artikkelin mitassa ei ole mahdollisuutta käsitellä Dworkinia laajemmin, vaikka hänen ajattelunsa eräässä mielessä muodostaakin yhteyden Hartin ja CLS:n edustajien näkemysten välille.

CLS:ssä ajatuksena oli kyseenalaistaa käsitykset oikeuden objektiivisuudesta, ristiriidattomuudesta ja niin sanotuista vääristä välttämättömyyksistä sekä paljastaa oikeuteen sisältyvät yhteiskunnalliset hierarkiat.⁴⁸ Sittemmin CLS:n niin sanotun ensimmäisen aallon merkitys on vähentynyt, mutta sen vaikutuksesta nykykeskusteluihin ilmestyy yhä tuorettakin kirjallisuutta.⁴⁹ Tässä esitän joitakin

43. Ks. kuitenkin Bix (1991, s. 69), joka pitää tällaista luentaa Hartin ajattelusta liian yksinkertaisena. Hänen mielestään Hartin ”an open texture of law” sisältää elementtejä puhujien antamien merkitysten korostamisesta, sanojen merkitysten korostamisesta sekä oikeudellisen tulkinnan teoriasta.

44. Hart 1961, s. 138–144.

45. Hart 1961, s. 132.

46. Ks. edellä Hart–Dworkin-kiista.

47. Roberto Mangabeira Unger, *Critical Legal Studies Movement*. Harvard University Press 1986.

48. Suomessa ja muissa Pohjoismaissa kriittisellä oikeustieteellä on pitkät perinteet. Ks. Juhana Salojärvi, *A Menace to Society: Radicalism and Legal Scholarship in the United States, Scandinavia and Finland 1965–1980*. Helsingin yliopisto 2013. Ensimmäisiä avauksia Suomessa on Juha Pöyhönen (nyk. Karhu), *The Critical Legal Studies Movement – yhdysvaltalaisista kriittistä lainoppia*. Oikeus 1984, s. 90–106.

49. Ks. esim. Samuel Moyn, *Reconstructing Critical Legal Studies*. Yale Law Journal 134 (2023) osoitteessa https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4531492 ja James Gilchrist

CLS:ää yhdistäneitä perusteesejä enkä keskity sen yksittäisiin edustajiin – keskeisiä nimiä ovat muun muassa Robert Unger, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, David Kennedy, Martti Koskenniemi – tai sen eri edustajien näkemysten eroihin.⁵⁰

CLS:ää ei voi ohittaa, kun puhutaan oikeuden kielen perustavanlaatuisesta epämääräisyydestä. CLS:n edustajien esittämä kritiikki on osin samansuuntaista kuin Hartin, mutta se on perustavanlaatuisempaa, sisällöllisempää ja poliittisempaa. Hartin lailla myös CLS:n edustajat suhtautuivat epäilevästi oikeuden formaalisuuden ajatukseen eli siihen, että oikeuden soveltaminen voisi olla mekaaninen prosessi, josta inhimillisuus on häivytetty. Kun Hartin kritiikki kuitenkin päättyy siihen, että oikeuden tulee mukautua elämän vaihtelevuuteen, CLS:n edustajat korostavat tulkinnan ja harkinnan poliittista luonnetta. CLS:n edustajien mukaan formalismi ei ota huomioon laajempia poliittisia ja sosiaalisia asiayhteyksiä, joissa oikeutta sovelletaan.⁵¹

CLS:n edustajat arvostelivat myös sellaisia käsityksiä oikeudesta, joiden mukaan oikeus olisi puolueetonta ja järkipäistä. Erityisesti taustalla oli CLS:n edustajien esittämä liberalismiin kritiikki, johon sisältyi usean liberalismiin kätkeytyvän ristiriidan tunnistaminen: liberalismiin 1) samanaikainen sitoutuminen yhtäältä mekaaniseen sääntöjen soveltamiseen ja toisaalta ad hoc -poikkeuksiin; 2) samanaikainen sitoutuminen yhtäältä eettiseen subjektivismiin ja faktojen objektiivisuuteen ja toisaalta siihen, että on olemassa tiedettävissä olevia sosiaalisia ja eettisiä totuuksia; 3) samanaikainen sitoutuminen yhtäältä intentionaaliseen diskurssiin, jossa ihmisen käytöstä tulkitaan itsemääräämiseen perustuvana toimintana, ja toisaalta deterministiseen diskurssiin, jonka mukaan ihmisen toimintaa ohjaavat olemassa olevat rakenteet.⁵² Liberalistista oikeutta, joka perustuu tällaisiin ristiriitoihin, ei voisi pitää puolueettomana ja järkipäisenä.

CLS:n edustajien mukaan oikeudellisiin päätöksiin vaikuttavat usein ulko-oikeudelliset tekijät, kuten yhteiskunnalliset normit, oikeudellisten toimijoiden henkilökohtaiset ennakkoluulot sekä kulttuuriset arvot. Tämä oikeuden kietoutuminen ulko-oikeudellisiin tekijöihin on omiaan tuottamaan epämääräistä oikeutta. CLS:n edustajat painottavat lakitekstien usein ristiriitaista ja epäselvää luonnetta. Koska lakitekstit eivät edusta tai rakenna selvästi vain yhtä loogista

Stewart, *The Rise and Fall of Critical Legal Studies*. Law, Politics, Culture. Edinburgh University Press 2024.

50. Mark Kelman on tiivistänyt CLS:n tärkeimmät opinkappaleet teoksessa *A Guide to Critical Legal Studies*. Harvard University Press 1987, s. 3–4. Kattavasti CLS-kirjallisuudesta ks. myös Richard W. Baumann, *Critical Legal Studies. A Guide to the Literature*. Routledge 2021. Suomalaisesta yleisesityksestä ks. Anne Alvesalo, *Critical Legal Studies: kriittinen lähestymistapa oikeuteen*. Lakimiesliiton Kustannus 1997.

51. Unger 1986, formalismin ja objektivismiin kritiikki, ks. myös Duncan Kennedy, *Legal Formality*. *The Journal of Legal Studies* 2(2) 1973, s. 35–398.

52. Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*. Free Press 1975. CLS:n edustajien liberalismikäsitteistä ks. Kelman 1987, s. 3 ja Alvesalo 1997, s. 55.

normijärjestelmää, ne mahdollistavat useita tulkintoja. Myös tämä vaikeuttaa johdonmukaisten ja ennustettavien oikeudellisten tulosten saavuttamista.⁵³

CLS:n edustajien mukaan epämääräisyys johtuu siis sekä oikeuden kielen luontaisesta monimutkaisuudesta ja epämääräisyydestä että sen subjektiivisesta ja poliittisesta tulkinnasta. Taustalla vaikuttavat lisäksi yhteiskunnalliset hierarkiat ja valtasuhteet, joiden merkitys ei selviä oikeudesta itsestään.⁵⁴ Hieman yksinkertaistaen CLS:n edustajat näkevät oikeuden työkaluna, jota voidaan käyttää erilaisten yhteiskunnallisten ryhmien etujen ajamiseen.⁵⁵ Tällainen puolueellisuus johtaa epäjohdonmukaisiin ja vinoutuneisiin tuloksiin. Niinpä CLS:n edustajat suhtautuvat kriittisesti oikeudellisten periaatteiden ja doktriinien mahdollisuuksiin vähentää epämääräisyyttä, missä mielessä heidän esittämänsä kritiikki eroaa Hartin esittämästä. CLS:n edustajien mukaan myös tällaiset periaatteet ovat tulkinnanvaraisia ja niiden soveltaminen lisää oikeuden epämääräisyyttä eri tilanteissa.

Toisin sanoen CLS:n edustajat eivät sijoita oikeuden epämääräisyyttä oikeudellisten sääntöjen raja-alueelle vaan niiden ytimeen. Epämääräisyys ei täten ole vain kielenkäytön sivuvaikutus vaan siihen vaikuttavat ja sitä ylläpitävät myös yhteiskunnalliset ja poliittiset valtasuhteet.⁵⁶ Toisin kuin Hart CLS:n edustajat eivät hyväksy oikeuden puolueettomuuden ajatusta, vaan oikeus hahmotetaan läpikotaisin poliittisena ja inhimillisen subjektiivisuuden värittämänä kokonaisuutena. CLS:n edustajat pitävät oikeutta yhteiskunnallisen hallinnan välineenä, ja se näkyy myös tuomiovallan käytössä. Kun Hart pitää tuomiovallan käyttöä välttämättömänä sille, että oikeuden avoimen rakenteen kanssa voidaan tulla toimeen, ja epämääräisyydelle luoda tulkintakehyksiä, CLS:n edustajat ovat pessimistisempiä: myös tuomarit ja muut lainsoveltajat heijastavat omat arvonsa ja vinoumansa lain soveltamiseen eivätkä täten vähennä vaan lisäävät oikeuden epämääräisyyttä.⁵⁷ Ajatuksena on, ettei ihminen voi sulkea asenteitaan ja arvo maailmaansa lain soveltamistoiminnan ulkopuolelle.

Kokoavasti voidaan todeta, että olisi sangen ongelmallista väittää, että oikeuden käsitteillä olisi tarkkarajainen ja muuttumaton merkityssisältö, joka mahdollistaisi oikeuden formalistisen, mekaanisen tulkinnan. En väitä, että näin kukaan suoranaisesti tekeekään.⁵⁸ Tämän lisäksi oikeuden epäselvyyttä lisää se,

53. Unger 1975 ja Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*. Harvard Law Review 89 (1975), s. 1685–1779.

54. Ks. Joseph Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*. The Yale Law Journal 94(1) 1984, s. 1–70.

55. Ks. kuitenkin Martti Koskenniemi, kirja-arvostelu teoksesta Tuori, Kaarlo, *Oikeuden ratio ja voluntas* (WSOYPro 2007). Lakimies 1/2008, s. 119–127.

56. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Lakimiesliiton Kustannus 1988.

57. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication, Fin de Siècle*. Harvard University Press 1998.

58. Ks. kuitenkin Maija Aalto-Heinilä, *Laintulkinnan objektiivisuus epistemisten riskien hallinnan näkökulmasta*. Lakimies 7–8/2022, s. 1031–105.

että oikeutta on joskus vaikeaa löytää, sillä sen tekstit ovat hajallaan. Tämä on omiaan lisäämään oikeuden käytännöllistä epämääräisyyttä kielellisten epämääräisyyksien oheen. On kuitenkin huomattava, että siinä määrin kuin oikeudellista ratkaisutoimintaa halutaan automatisoida esimerkiksi täysautomatoitujen hallintopäätösten muodossa, joudutaan väistämättä ottamaan kantaa formalistisen tulkinnan mahdollisuuteen ja reunaehtoihin, kuten seuraavassa esitän. Toisin sanoen vaikka formalismiin ei teoreettisesti sitoutuisikaan, sitä voi tulla pitäneeksi automaatiokontekstissa käytännöllisesti mahdollisena ja hyväksyttävänäkin.

4. Voidaanko oikeuden kielen epämääräisyyttä vähentää automaation tarpeisiin?

Kuten on esitetty, jotta oikeus voi toimia automaattisesti sääntöpohjaisessa järjestelmässä esimerkiksi automaattisen päätöksenteon mahdollistamiseksi, se on muutettava koodiksi. Tämä muuttaminen tai kääntäminen ei ole helppo tehtävä. Herää joukko kysymyksiä: Kenellä tai millä on oikeus määritellä, miten käänös tapahtuu? Miten oikeuden kielestä saadaan mahdollistavaa tai jopa koneluettavaa? Mitä oikeudelle tapahtuu tässä prosessissa? Miksi juuri tämä käänös eikä jokin toinen? Palaammeko kysymykseen oikeuden formalistisesta tulkinnasta?

Kysymystä oikeuden avoimesta rakenteesta on sivuttu jo varhaisessa oikeuden ja teknologian tutkimuksessa.⁵⁹ Hartin tunnistama oikeuden avoin rakenne ja sen sitoutuminen ihmisen kokemukseen on tunnistettu ja tunnustettu oikeuden perustavanlaatuiseksi piirteeksi, joka täytyy ottaa huomioon automaatiohankkeissa. Oikeuden kielen epämääräisyyden ei kuitenkaan välttämättä ole katsottu estävän automaatiota, vaan se näyttäytyy sivuhuomautuksena tai ratkaistavana ongelmana. Esimerkiksi jo vuonna 1958 Lucien Mehl on esittänyt ajatuksen, jonka mukaan oikeuden käsitteitä voitaisiin (pitäisi) ajatella uusiksi automaation tarpeisiin.⁶⁰ Ajatus on sittemmin toistunut myöhemmissä keskusteluissa, kuten esitän seuraavassa.

59. Ks. esim. David T. Shannon – Forouzan Golshani, *On the Automation of Legal Reasoning*, *Jurimetrics Journal* 28(3) 1987, s. 305–315.

60. Lucien Mehl (*Automation in the Legal World: From the Machine Processing of Legal Information to the 'Law Machine'*, s. 755–787 teoksessa *Mechanisation of Thought Processes: Proceedings of a Symposium Held at the National Physical Laboratory on 24th, 25th, 26th and 27th November 1958*, Vol. II, London: Her Majesty's Stationery Office 1958) peräänkuulutti sellaisia uusia oikeudellisia käsitteitä, jotka eivät olisi epämääräisiä vaan riippumattomia niiden kielellisestä kuvauksesta (s. 760–764). Oikeuden avoimen tekstuurin merkityksestä varhais-

Computational law -tutkimussuuntauksessa on korostettu edellisen luvun hengessä sellaisia oikeuden ominaispiirteitä, jotka väistämättä menetetään automaatioprosessissa. Sen keskeisen edustajan, Hildebrandtin, mukaan lailisuusperiaate – ymmärrettynä siten, että se sekä edistää yhdenvertaisuutta että mahdollistaa päätösten ennakoitavuuden ja riitauttamisen – edellyttää sellaisia oikeudellisia normeja, jotka rakentuvat luonnollisen kielen avoimelle rakenteelle. Tällaiset normit välttäisivät myös tietokonekoodin yli- ja ali-inklusiivisuuden eli sen, että tietyn termin alaan osuu liikaa tai liian vähän aiottuja merkityksiä.⁶¹

Nähdäkseni Hildebrandt tarkoittaa, että tekstipohjaisen oikeuden mukautuvaa luonnetta tulisi tukea enemmän kuin vaihtaa se koodipohjaiseen oikeuteen.⁶² Kaikki eivät ole samaa mieltä vaan suhtautuvat myönteisemmin oikeuden muuttamiseen koodiksi tai koneluettavaan muotoon tai korostavat jopa code first -lähestymistavan mahdollisuutta. Siinä oikeuden abstraktioita muunnettaisiin suoraan koodiksi ilman, että ne ensin olisi muotoiltu oikeuden kielellä.⁶³ On myös esitetty, että harkintavaltaa ohjaavilla periaatteilla voisi olla annettavaa automaatiossa.⁶⁴

Siitä, voitaisiinko oikeudesta tehdä helpommin automatisoitavaa, on jonkin verran tutkimusta, joskin se on melko hajanaista.⁶⁵ Erityisesti Tanskassa⁶⁶ ja

sa automaatiokeskusteluissa ks. Riikka Koulu – Suvi Sankari – Hanne Hirvonen – Tatjana Heikkinen, *Artificial Intelligence and the Law: Can We and Should we Regulate AI Systems?*, s. 427–449 teoksessa Bartosz Brożek – Olija Kanevskaia – Przemysław Pałka (eds), *Research Handbook on Law and Technology*. Edward Elgar Publishing 2023, s. 431–432.

61. Hildebrandt 2020a, s. 10. Hildebrandt ei tosin näytä käsittelevän sitä, että myös oikeuden termit voivat olla yli- ja ali-inklusiivisia eli niidenkin alaan voi tulla sisältyneeksi liikaa tai liian vähän aiottuja merkityksiä.

62. Hildebrandt 2020a, s. 10.

63. Oliver R. Goodenough – Preston J. Carlson, *Words or Code First? Is the Legacy Document or a Code Statement the Better Starting Point for Complexity-Reducing Legal Automation?* *Philosophical Transactions of the Royal Society A* 382(2270) 2024, 20230160.

64. Marion Oswald, *Algorithm-Assisted Decision-Making in the Public Sector: Framing the Issues Using Administrative Law Rules Governing Discretionary Power*. *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 376(2128) 2018, 20170359.

65. Ks. Sarah B. Lawsky, *Formalizing the Code*. *Tax Law Review* 70(377) 2017, s. 377–408; Herbert Fiedler, *Functional Relations between Legal Regulations and Software*. *Computer Science and Law* 1980, s. 137–144 ja Christopher Markou – Simon Deakin, *Ex Machina Lex: Exploring the Limits of Legal Computability*, s. 31–66 teoksessa Simon Deakin – Christopher Markou (eds), *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*. Hart Publishing 2020. Ks. myös Alice Witt – Anna Huggins – Guido Governatori – Joshua Buckley, *Encoding Legislation: A Methodology for Enhancing Technical Validation, Legal Alignment and Interdisciplinarity*. *Artificial Intelligence and Law* 32(2) 2024, s. 293–324.

66. Michael Götze, *Digitally Ready Legislation in Danish Law: The Strengths and Weaknesses of Digital Simplicity in New Legislation*, s. 132–144 teoksessa Russell L. Weaver – Herwig C. H. Hofmann (eds), *Digitalisation of Administrative Law and the Pandemic-Reaction*. Cambridge Scholars Publishing 2022. Myös Johannes Næser Århusin yliopistosta on viimeistelemässä väitöskirjaa aiheesta.

Norjassa⁶⁷ on käyty jo vuosia keskustelua niin sanotusta automaatioystävällisestä lainsäädännöstä. Ajatuksena on, että jos ja kun lainsäädäntöä automatisoidaan, se pitäisi jo demokraattisissa prosesseissa säätää sellaiseksi, että automaatio olisi helppoa. Näin vastustetaan ajatusta, jossa oikeuden automatisoimisesta ja siinä tehtävistä valinnoista vastaisivat muut kuin lainsäätäjät. Tällöin oikeuden kääntämisestä koodiksi tulisi teknisen suunnitteluprosessin asia, johon ei voitaisi demokraattisesti vaikuttaa.⁶⁸

Lähtökohta on täten käytännöllinen ja automaatioon myönteisesti suhtautuva. Automaatioystävällisestä lainsäädännöstä onkin kirjoitettu verrattain vähän akateemista tutkimusta. Alan klassikkona voidaan pitää Jon Bingin artikkelia *Automatiseringsvennlig lovgivning* vuodelta 1977. Bingin keskeinen argumentti on, että automaatioystävällinen lainsäädäntö olisi omiaan tekemään oikeusjärjestyksestä tehokkaamman ja tarkemman. Samalla se myös pysyisi helpommin teknisen kehityksen tahdissa. Tällaisena siitä olisi kauaskantoista hyötyä yhteiskunnalle, koska lakien toimeenpano tehostuisi. Samalla Bing kuitenkin korostaa, että päätös automatisoida julkishallintoa – tai jättää se automatisoimatta – on poliittinen.⁶⁹ Toisin sanoen hän ei väitä, että lainsäädäntöä olisi välttämättä automaatoitava.

Bingin mukaan automaatioystävällistä lainsäädäntöä luonnehtivat erityisesti seuraavat piirteet: Ensinnäkin lainsäädäntö tulisi laatia selkeäksi ja yksiselitteiseksi, mikä vähentäisi virheiden ja väärintulkintojen todennäköisyyttä, kun koneet soveltavat lakeja. Toiseksi lait tulisi standardoida siten, että lainsäädännössä käytettäisiin yhtenäisiä ja johdonmukaisia määritelmiä, jotka voitaisiin helposti koodata algoritmeiksi. Kolmanneksi lakitekstien ja määräysten tulisi olla kone-luettavassa muodossa. Neljänneksi lainsäädäntö tulisi suunnitella sellaiseksi, että sitä voitaisiin muuttaa helposti yhteiskunnallisten tarpeiden ja teknologisen kehityksen edellyttämällä tavalla. Viidenneksi automaation tulisi olla läpinäkyvää, syrjimätöntä ja eettisesti kestävää. Kuudenneksi lainsäätäjien, oikeustieteilijöiden ja teknologian asiantuntijoiden tulisi tehdä jatkuvaa yhteistyötä, jotta voitaisiin ymmärtää ja ottaa huomioon automatisoitujen järjestelmien mahdollisuudet ja rajoitukset.⁷⁰

Yhtäältä edellä mainitut ulottuvuudet ovat merkittäviä ja toisiinsa lomittuvia, ja monet artikkelissa esitetyt ajatukset ovat aikaansa edellä: esimerkiksi kysymykset syrjimättömistä algoritmeista ja läpinäkyvästä automaatiosta ovat nykyäänkin polttavia, vaikka teknologia on ottanut aimo harppauksen sitten vuoden 1977.

67. Ks. esim. Dag Wiese Schartum, *Law and Algorithms in the Public Domain*. *Etikk I Praksis – Nordic Journal of Applied Ethics* 10(1) 2016, s. 15–26.

68. Vastaavaa kritiikkiä Pohjoismaiden ulkopuolella on esittänyt mm. Laurence Diver väitöskirjassaan *Digisprudence: Law as a Code Rebooted*. Edinburgh University Press 2023.

69. Jon Bing, *Automatiseringsvennlig lovgivning*. *Tidsskrift for rettsvitenskap* 90(2–3) 1977, s. 195–229, 197.

70. Bing 1977, s. 195–229.

Samoin vielä nykyäänkin teknologisen ja oikeudellisen asiantuntemuksen välillä tuntuu olevan juopa, jota ei ole täysin kyetty silloittamaan. Toisaalta kuitenkin ajatukset oikeuden nopeasta päivitettävyydestä tuntuvat utopistisilta.

Tämän artikkelin kannalta erityisen kiinnostava on luettelon ensimmäinen kohta. Voidaanko lait todella kirjoittaa yksiselitteisiksi, etenkin, kun otetaan huomioon edellisessä luvussa esitetyt väitteet oikeuden kielen epämääräisyydestä? Bing esittää, että lainsäädännössä tulisi käyttää mahdollisimman yksiselitteistä terminologiaa, jotta välttyttäisiin monitulkintaisuudelta. Näin automaattiset järjestelmät voisivat soveltaa oikeutta ongelmitta.⁷¹ Lisäksi oikeuden epämääräisyyttä vähentäisi Bingin mukaan se, että oikeudellisilla käsitteillä olisi standardoidut merkitykset, joita käytettäisiin läpi oikeusjärjestyksen. Tällainen sanasto – Bingin käsittein yksi käsite, yksi sana -periaate – yhdessä sääntelyn loogisen ja strukturoidun rakenteen kanssa helpottaisi automaation onnistumista kauttaaltaan, kun terminologiaa ei muutettaisi laista lakiin tyylyisistä.⁷²

Dag Wiese Schartum esittää samansuuntaisia ajatuksia.⁷³ Hän käsittelee muun muassa sitä mahdollisuutta, että epämääräiset oikeudelliset käsitteet voitaisiin jakaa niin hienojakoisiin alakäsitteisiin, että oikeuden kielen epämääräisyys ei enää tuottaisi ongelmia. Näillä hienojakoisemmilla käsitteillä pyrittäisiin edelleen ”täyttämään” yläkäsitteen kattama ala siten, että epämääräisyys poistuisi ja automaatio tulisi mahdolliseksi silloinkin, kun operoidaan epämääräisillä yläkäsitteillä. Ala, joka näin jäisi alakäsitteiden ulkopuolelle, olisi siinä määrin vähäinen, ettei sillä olisi merkittäviä vaikutuksia käsitteen tulkintaan.⁷⁴

Jotta julkishallinnon automaatio olisi laajasti mahdollista, olisi Schartumin mukaan houkutus poistaa epämääräisiin käsitteisiin liittyvä harkintavalta ja ottaa sen sijaan käyttöön rajoitettu määrä tiukempia ehtoja, jotka korvaisivat epämääräiset käsitteet, kuten ilman hyvää syytä ja kohtuullinen mahdollisuus.⁷⁵ Schartum kuitenkin toteaa, että lain tai asetuksen lainmukainen soveltaminen saattaa nimenomaan edellyttää harkintavaltaa. Jos näin on, usein käytetty ratkaisu on yksinkertaisesti jättää harkintavaltaa sisältävät säännökset automaattisen järjestelmän ulkopuolelle ja korvata ne syötteillä, jotka ilmaisevat harkinnanvaraisten arvioiden tuloksia (ilman hyvää syytä = K/E), kuten on tehty Suomessa.

71. Bing 1977, s. 206–207.

72. Bing 1977, s. 207.

73. Dag Wiese Schartum, *From Legal Sources to Programming Code: Automatic Individual Decisions in Public Administration and Computers Under the Rule of Law*, s. 301–336 teoksessa Woodrow Barfield (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge University Press 2020.

74. Vrt. Mehl 1958: ”However complete the checking of the legal material may be, however elaborate the classifications, it is probable that certain special cases, certain marginal situations, will escape the designers of the machine – .”

75. Wiese Schartum 2020, s. 315–316.

Tämän tyyppinen ratkaisu ei kuitenkaan Schartumin mukaan ole tyydyttävä, sillä harkinnanvaraisten elementtien erottaminen ei-harkinnanvaraisista on kallista, hankalaa ja selvästi käsittelytahtia hidastavaa. Hänen mukaansa ensisijainen kysymys kuitenkin on se, onko harkinnanvaraisen arvioinnin korvaaminen oikeudellisesti mahdollista. Toinen kysymys taas on se, olisiko käytännössä ja teknisesti mahdollista suunnitella sellainen automaattinen menettely, joka korvaisi harkintavallan tyydyttävällä tavalla. Vastaus molempiin kysymyksiin on Schartumin mukaan usein kieltävä.⁷⁶ Näyttää siltä, että oikeuden epämääräisyys ei ole helposti poistettavissa kielenkäyttöä täsmentämällä, sillä harkintavallan jättäminen lainsoveltajalle on lainsäätäjän tietoinen ratkaisu eikä (välttämättä) kielellisesti epätarkkaa lainsäätämistä.

Schartum käsittelee myös mahdollisuutta ottaa käyttöön koneoppivia järjestelmiä julkishallinnon automaattisessa päätöksenteossa. Hän kuitenkin päätyy siihen, että tämä olisi ongelmallista: koneoppivia järjestelmiä käyttämällä tultaisiin vain uusintaneeksi menneisyyden ratkaisuja ilman näkemystä siitä, tulisiko käytäntöä muuttaa. Tällainen lähtökohta tarkoittaisi sitä, että oikeusrealistiselle lähestymistavalle annettaisiin normatiivista merkitystä (vertaa: se, miten oikeutta on sovellettu tähän mennessä, määrittää sitä, miten sitä tulisi soveltaa tulevaisuudessakin) eli olemisesta johdettaisiin pitämistä. Kuten esitettyä, tämä puolestaan olisi mahdotonta laillisuusperiaatteen näkökulmasta. Tapauskohtaiselle kohtuusharkinnalle ei liioin jäisi tilaa.

Akateemisissa keskusteluissa automaatioystävällisestä lainsäädännöstä lähtökohta kuitenkin on, että oikeuden erityispiirteiden olisi mukauduttava automaation vaatimuksiin eikä toisin päin. Oikeus on se, joka joustaa. Tämä on siinä mielessä loogista, että oikeus ihmisten sääntöinä on sangen joustavaa ja että tämä joustavuus on sen sekä hyvä että huono puoli. Päinvastaista näkökulmaa – koodi mukautuu oikeuteen – ehkä edustaa ajatus siitä, että oikeutta voidaan sisällyttää osaksi koodia suunnitteluratkaisuilla, kuten aiemmin mainittiin. Marginaaliin jää kuitenkin se Hildebrandtin esittämä argumentti, että tämä käänös voidaan tehdä monella tavalla ja tällä voi edelleen olla merkitystä yksilöiden oikeuksien kannalta.⁷⁷ Ei ole vain yhtä mahdollista tapaa muuttaa oikeuden kieltä koodiksi, vaan oikeuden kielen muuttaminen koodiksi on väistämättä vallankäyttöä ja sellaisena myös poliittista. Harkintavalta siirtyy suunnitteluvaiheen ongelmaksi.

Bing ja Schartum näyttävät suhtautuvan lainvalmisteluun jokseenkin teknis-managerialistisesta näkökulmasta, parhaimmillaan ihanteellisena tapana mahdollistaa kitkaton hallinto. Bingin ja Schartumin näkemykset oikeuden kielen ongelmista automaation kontekstissa tai inhimillisistä elementeistä näkyvät paikantuvan harkintavaltaa koskeviin kysymyksenasetteluihin ja standardoitujen

76. Wiese Schartum 2020, s. 316.

77. Hildebrandt 2020b, s. 84: "[d]ue to its text-driven multi-interpretability [law] can be computed in different ways and these different ways will make a difference for those subject to law."

määritelmien puutteeseen. Sen sijaan lainsäädännön poliittisuutta lähestytään vain kysymyksenä siitä, tulisiko julkishallintoa ylipäätään automatisoida, ei oikeuden kielen epämääräisyyttä tuottavana piirtenä. Lainvalmistelun eri vaiheiden poliittisuus, oikeuden koodiksi muuttamisen poliittisuus ja eri suuntaan vetävät intressit on häivytetty poliittisuuden – ja samalla ristiriitojen ja taistelun oikeuden kielestä – ulottumattomiin.⁷⁸

5. Pohdintaa: Kattavaa vai paikallista epämääräisyyttä?

Automaatio on herätellyt oikeusteorian uinuvia kysymyksiä unestaan. Tämä on heijastunut oikeuspoliittisiin hahmotelmiin siitä, missä automaation rajat kulkevat. Kuten olen esittänyt, nämä kysymykset kytkeytyvät oikeuden kieleen. Ilmeisimpiä niistä ovat oikeuden kielen normatiivisuus (esimerkiksi oikeusrealismin mahdottomuus toimia normatiivisena ohjenuorana; datavetoinen automaatio tai oikeus on sitä, mitä tuomarit tekevät) sekä oikeuden formalistisen tulkinnan mahdollisuus tai mahdottomuus (ajatus siitä, että oikeutta voidaan soveltaa mekanistisesti). Esimerkiksi automaattista päätöksentekoa koskevassa hallituksen esityksessä formalismia ei suoraan pidetty ongelmallisena, kun taas koneoppivien järjestelmien jännitteinen suhde laillisuusperiaatteeseen tunnustettiin. Oikeuden epämääräisyydestä tai avoimesta rakenteesta johtuvien ongelmien katsottiin sijoittuvan oikeudellisten käsitteiden raja-alueille eikä estävän automaatiota. Kysymys oikeuden kielen epämääräisyydestä kiinnittyi kysymykseen harkintavallasta ja sen rajoista.

Näyttää siltä, että kriittisimmin oikeuden epämääräisyyteen tai sen kielen avoimuuteen suhtautuvat teoreettiset argumentit eivät ole löytäneet paikkaansa oikeuden automaatiota koskevissa akateemisissa, oikeudellisissa tai poliittisissa keskusteluissa. En ole ainakaan toistaiseksi löytänyt sellaista oikeudellista tutkimusta, joka kieltäisi automaation mahdollisuuden sillä perusteella, että oikeuden identiteetti automaatiossa menetettäisiin tai että automaatio jähmettäisi oikeuden valta-asetelmia entisestään.

Perustavanlaatuinen oikeuden kieleen perustuva kritiikki saattaisi jopa kokonaan kieltää automaation oikeutuksen, minkä kritiikin osa lienee nykyajassa jäädä vaille vaikutusta. Tämä ei toki tarkoita, etteikö oikeuden kielen automaatiota tai automaatiota ylimalkaan voisi vastustaa muilla argumenteilla. Näin

78. Vrt. Hartin kritiikki (1961, s. 127) ”juristien käsitetaivaasta”: “[t]his is reached when a general term is given the same meaning not only in every application of a single rule, but whenever it appears in any rule in the legal system. No effort is then even required or made to interpret the term in the light of the different issues at stake in its various recurrences.”

voitaisiin tehdä esimerkiksi sillä perusteella, että kieli on ihmisten kommunikaatioväline eivätkä koneet kykene tunnistamaan kulloisestakin asiayhteydestä merkityksellisiä vivahteita ja moraalisia ulottuvuuksia. Ehkä nimenomaan kriittisen oikeustieteen argumentit ovat kuitenkin liian radikaaleja, jotta ne otettaisiin tosissaan. Vaihtoehtoisesti ne voivat olla unohdettuja tai vanhentuneiksi koettuja tai vain epäkäytännöllisiä yhteiskunnassa, jossa automaation alaa alati laajennetaan.

CLS:llä ja siitä ammentavilla kriittisillä näkökulmilla olisi kuitenkin mahdollista rikastaa ja syventää sitä teoreettista keskustelua, jota oikeudellisen automaation rajoista käydään. Tämä voisi tarkoittaa esimerkiksi sellaisen kannan puolustamista, jonka mukaan oikeuden soveltaminen vaatisi välttämättä teknologiakseen ihmisen tai että automaatio edellyttäisi radikaalimpaa oikeuden kielen uudelleenajattelua kuin pyrkimyksiä yksinkertaistaa terminologiaa.⁷⁹ Jos CSL:n piirissä esitetty kritiikki otettaisiin automaation kontekstissa tosissaan, se tarkoittaisi, että vaikka oikeuden tulkintaa ja soveltamista koskevat vinoumat voitaisiin automaation avulla välttää, lainsäädäntöön sisältyvät poliittiset ristiriidat jähmetettäisiin teknologisiin suunnitteluratkaisuihin. Oikeus olisi jähmettynyttä politiikkaa ja oikeudellinen automaatio jähmettynyttä oikeutta.⁸⁰

Sen sijaan huolia siitä, että jotakin oikeuden olemuksesta menetettäisiin – kielen joustavuutta, avointa rakennetta, muuntautumiskykyä – akateemisissa keskusteluissa esiintyy usein. Sanojen tulkinnanvaraisuus tai avoimuus paikannetaan selvästi harkinnanvaraisiin ilmaisuihin, kuten ”perusteltu syy”, jolloin syntyy oletus siitä, että tulkinnanvaraa ei olisi muualla. Automaation myötä oikeus kaavamaisesti ja kivettyä ainakin tietyksi ajanjaksoiksi, ennen kuin käsittelysääntöjä tai koodia muutetaan. Näin automaatiolla tullaan purkaneeksi niitä koneistoja, jotka mahdollistavat oikeuden avoimuuden. Lisäksi teknologian voisi katsoa ohjaavan oikeutta itseään: medially on vaikutuksensa siihen, millaisia suunnitteluratkaisuja tehtäisiin. Oikeus ja teknologia punoutuvat yhä tiiviimmin yhteen.

Ensisilmäyksellä olisi järjenvastaista väittää, ettei oikeuden termeissä olisi lainkaan eroja siinä, miten paljon tulkintaa tai harkintaa ne sisältävät. Epäilemättä epämääräisyyttä on vähemmän termissä ”asianosainen” kuin ”perusteltu syy”. ”Alaikäinen” puolestaan on vielä vähemmän epämääräinen kuin ”asianosainen”, jonka käytännön epämääräisyys ilmenee esimerkiksi hallinto-oikeuksien ratkaisukäytännöstä. Toisaalta alaikäisyydessäkin on erilaisia tasoja: vaikka henkilö olisi alle 18 vuotta, hänen toimintaansa katsotaan eri näkökulmista

79. Vrt. Hildebrandt 2020a, s. 5: “The phrase ‘regulating technology’ can – grammatically speaking – refer to the process of regulating a specific object (‘technology’), or to a specific subject (‘technology’) that is regulating.” Vrt. Moyn (2023, s. 3): “Law remains a technology of rule of some over others, but in simple ways uncommonly, and unerringly even more rarely.”

80. Vrt. Hildebrandt 2020b, s. 78.

ja eri ikärajojen valossa sen mukaan, puhutaanko esimerkiksi lastensuojelusta, terveydenhuollosta, tietosuojalainsäädännöstä, rikosoikeudellisesta vastuusta, seksuaalisista suhteista, oppivelvollisuudesta vai oikeustoimien tekemisestä. Tämän ohella yksiselitteisen iän ohella häntä arvioidaan usein myös sangen epämääräisen käsitteen, kehitystason, perusteella.

Niinpä yksiselitteisiltä näyttävät oikeudelliset käsitteet osoittautuvatkin monimutkaisemmiksi, kun ne liitetään osaksi kulloinkin merkityksellistä asiayhteyttä. Toisin sanoen ne – Koskenniemen sanoin – usein kehystetään siten, että käsitteet voidaan asettaa oikeaan kontekstiin, kuten esimerkki alaikäisyydestä osoittaa. Oikeuden käsitteet saavat merkityksensä oikeuden kielipeleissä. Niissä alaikäisyyden merkityskin on kontekstisidonnaista. Edellä käsitelty automaation myönteisesti suhtautuva keskustelu näyttää kuitenkin pohjautuvan sellaiseen käsitykseen – ”teoria” on ehkä turhan juhlallinen sana – kielestä, jonka mukaan oikeudellisten termien ja käsitteidenkin merkitys voidaan ainakin pyrkiä jakamaan alamerkityksiin ja epämääräisyyttä radikaalisti vähentää. Pyrkimys lienee Hartin käsitteistöllä raja-alueen sellaiseen haltuunottoon, joka mahdollistaisi ytimen aluetta laajemman automaation ilman, että mitään korvaamatonta menetetään. Joko kielipeleillä ei katsota olevan ratkaisevaa merkitystä tai nekin katsotaan voitavan upottaa koodiin.

Näyttää siltä, että jotta automaatio olisi mahdollista, on tukeuduttava ajatukseen siitä, että oikeuden kielen epämääräisyys on paikallista. Tästä on pyritty varmistumaan siten, ettei selvästi harkinnanvaraisia päätöstyyppisiä voida automatisoida. Se, että oikeudessa on useita sangen epämääräisiä kielellisiä muotoiluja, helposti luo vaikutelman, että muualla tulkinnanvaraa ei olisi lainkaan tai että harkintavalta olisi aina vaivatta tunnistettavissa. Hildebrandtia mukaillen harkinta ei kuitenkaan ole vain selvyyden negaatio: se ei tarkoita periaatteiden tai sääntöjen puuttumista vaan niiden välistä tilaa. Tuo tila ei ehkä antaudu automaatiolle vaan vaatii teknologiakseen ihmisen.

6. Lopuksi: puuttuvia käsitteellistyksiä

Tämä artikkelissa olen pohtinut joitakin teoreettisia käsityksiä oikeuden kielestä ja niiden suhdetta automaatioon. Vaikka nämä käsitykset eivät ole uusia, niillä voi väittää olevan uutta merkitystä automaation aikakaudella. Ne tuovat esiin myös uusia tehtäviä oikeustieteelle, kun ihmisen ja koneen muuttuvat roolit oikeuden soveltajina ja tulkitsijoina vaativat uutta ajattelua ja uusia käsitteellistyksiä.

Palaan johdannossa esittämiini hypoteeseihin. Esitin, että 1) harkintavalta on se kehikko, jonka puitteissa oikeudellisen kielen avoimuutta tai epämääräisyyttä

käsitteellisestään ainakin suomalaisessa julkisoikeudellisessa ajattelussa. Näin todella näyttää olevan. Automaatiokeskusteluissa harkintavalta on kuitenkin siinä mielessä ongelmallinen käsite, että se ei ole vain kielen tulkintaan liittyvä kysymys vaan lainsäätäjän tietoinen ratkaisu delegoida valtaa lain soveltamisen tasolle. Tällaisen vallan delegoiminen edelleen koneelle voi osoittautua ongelmalliseksi. Toistaiseksi kysymystä ei kuitenkaan ole käsitteellistetty valta- vaan ainoastaan laillisuus- ja kielinäkökulmasta. Kieli ja valta ovat kuitenkin oikeuden muodossa toisiinsa erottamattomasti kytkeytyneet.

Esitin myös, että 2) oikeuden kielen epämääräisyys hahmotetaan automaatiota hankaloittavana vaan ei sitä estävänä asiana. Näyttää tosiaan siltä, että oikeuden kielen perustavanlaatuaista kontekstisidonnaisuutta ei nähdä automaatiokeskusteluissa sellaisena asiana, joka estäisi automaation. Sen sijaan epämääräisyys hahmotetaan Hartin hengessä oikeudellisten sääntöjen raja-alueen ongelmaksi, jota voidaan yrittää ratkaista kielenkäyttöä selventämällä. Jos siis automaatio keskittyy ytimen alueelle, mitään merkittävää tuskin menetetään. Ytimeen mahdollisesti sijoittuva epämääräisyys tai kontekstisidonnaisuus näin näyttäytyy asiana, joka on toissijaista suhteessa automaatiosta saataviin tehokkuus- ja ennakoitavuushyötyihin.

Näin oikeuden epämääräisyyden hallinta jätetään ihmisten vastuulle, kun koneiden tehtäväksi annetaan yksiselitteisiksi arvioitujen oikeusnormien soveltaminen. Tämän lisäksi automaatio saattaa vaikuttaa sitä ympäröiviin prosesseihin. Voi olla, että käsittelysääntöjä on vaikeampi ymmärtää kuin päätöksen perusteluja. Vaikka käsittelysäännöt ilmaistaisiinkin luonnollisella kielellä, ne ovat kauempana päätöksen kohteesta kuin päätöksen perustelut. Tämä voi edelleen vaikuttaa päätösten kohteiden oikeudelliseen asemaan. Ihmiskäsittelijälle lankeaa selittäjän ja välittäjän rooli päätöksen kohteen ja automaattisen järjestelmän välissä. Tämä ihmisen muuttunut rooli päätöksentekijästä oikeuden kielen epämääräisyyden hallitsijaksi, kontekstista pääteltävien vivahteiden ymmärtäjäksi ja ihmisten uusien oikeusturvatarpeiden hahmottajaksi on jätetty toistaiseksi käsitteellistämättä oikeustieteellisessä keskustelussa.

The language of law and automation – an impossible equation?

IDA KOIVISTO, LL.D., Associate Professor, University of Helsinki

The article discusses the language of law as an object of automation. The goal of the article is theoretical and its context is that of public law. When legal practices are increasingly automated, the question of how to translate the language of law into a computer code, becomes urgent. The article presents two theoretical perspectives regarding the indeterminacy of the language of law: H.L.A. Hart's idea of the open texture of law, and the view of the Critical Legal Studies movement on the contradictory nature of the legal system, and the political bias in legal interpretation. Both views consider the formalistic and mechanistic interpretation of law as impossible due to the indeterminacy of the language of law. The article also discusses the discourse on so-called automation-friendly legislation and its endeavour to simplify legal language to facilitate automation. This discourse considers the formalistic interpretation of law – at least, implicitly – possible. Therefore, the main tension in the article is formed around the question of how the language of law is as an object of automation and what is lost – if anything – if the indeterminacy of law were to be reduced. The article argues that 1) the power or deliberation is the framework in which the indeterminacy of the language of law is conceptualised at least in public law thinking in Finland, and 2) the indeterminacy of the language of law is understood as an issue that makes automation more difficult but not impossible in mainstream discussions on legal automation. These arguments make visible new tasks to legal scholarship, as the changing roles of humans and machines applying law require new thinking and new conceptualisations.

Poissulkemislausekkeen sääntelystä ja oikeuskäytännöstä ulkomaalaisoikeudessa

HAKUSANAT: ulkomaalaisoikeus, poissulkemislauseke, kansainvälinen suojelu, turvapaikka, toissijainen suojelu

1. Johdanto

Juridiikka on ongelmanratkaisua. Ongelmia pyritään ratkaisemaan ja hallitsemaan yhtäältä ennalta sääntelyn avulla ja toisaalta jälkikäteen riitojen ratkaisuun turvautumalla. Sääntelystä huolimatta ennemmin tai myöhemmin syntyy kuitenkin erimielisyyksiä säännösten tulkinnasta tai erimielisyyksiä siitä, kuinka säännökset olisi pitänyt tehdä. Tämä saattaa johtaa uuteen sääntelyyn, tai sitten tuomioistuimessa joudutaan ratkaisemaan säännösten tulkintaa ja soveltamista koskevia riitoja. Eri oikeudenalojen välisillä rajapinnoilla voidaan puolestaan joutua rajanvetoon ratkaistaessa sitä, mitä säännöksiä sovelletaan. Säännöksistä ja niistä koskevasta oikeuskäytännöstä muodostuu kudelma, jota tutkimuksessa taas pyritään analysoimaan ja systematisoimaan.

Tässä artikkelissa tutkitaan oikeudellisen sääntelyn ja ratkaisutoiminnan tarkoitusta ja ulottuvuutta. Tutkimuskohteena on ulkomaalaisoikeuteen liittyvä poissuljentaharkinta. Poissuljennalla tarkoitetaan sitä, että henkilölle ei myönnetä tietyissä tilanteissa kansainvälistä suojelua eli turvapaikkaa tai toissijaista suojelua, vaikka edellytykset kansainvälisen suojelun myöntämiselle sinänsä hänen osaltaan täytyisivätkin.

Artikkelissa pyritään erityisesti selvittämään sääntelyyn, ohjeistukseen ja oikeuskäytännön tulkintakannanottoihin liittyviä lähestymistapoja. Lisäksi tarkastellaan, kuinka tuomioistuin yksittäistapauksessa käsittelee sitä, miten riita ratkaistaan. Tässä suhteessa artikkelin tutkimusaineistona on käytetty poissul-

* *Tuomas Kuokkanen*, OTT, VT, dosentti, Helsingin ja Itä-Suomen yliopistot; oikeusneuvos, korkein hallinto-oikeus. Kirjoittaja on toiminut korkeimman hallinto-oikeuden jäsenenä vuodesta 2016, josta saakka hän on osallistunut joihinkin poissulkemislauseketta koskevien asioiden ratkaisemiseen. Artikkelit on kirjoitettu tutkimuksellisista lähtökohdista käsin, eikä se edusta millään tavoin korkeimman hallinto-oikeuden virallista kantaa. Haluan kiittää Lakimies-aikakauskirjan vertaisarvioijia sekä korkeimman hallinto-oikeuden presidentti Kari Kuusiniemeä ja oikeusneuvos Janne Aeria arvokkaasta palautteesta.

kemislauseketta koskevaa oikeuskäytäntöä, erityisesti korkeimman hallinto-oikeuden ennakkopäätöksiä vuosilta 2008–2023.

Artikkelissa käsitellään aluksi luvussa 2 poissulkemista koskevaa kansainvälisen oikeuden, EU-oikeuden ja kansallisen lainsäädännön sääntelyä. Luvussa 3 tarkastellaan poissuljenta koskevien säännösten soveltamisen yleisiä lähtökohtia. Luvussa käydään läpi erilaisia ohjeasiakirjoja ja tulkintaohjeita sekä analysoidaan oikeuskäytäntöä. Luvussa 4 tarkastellaan ja analysoidaan KHO:n poissuljenta koskevaa oikeuskäytäntöä. Erityisesti luvussa käsitellään rajanvetoa ulkomaalaisoikeuden ja rikosoikeuden välillä. Lopuksi luvussa 5 esitetään artikkelin johtopäätökset.

Poissulkemislauseke liittyy ulkomaalaisoikeuteen.¹ Artikkelissa asiaa tarkastellaan laajemmin myös muiden oikeudenalojen, kuten kansainvälisen oikeuden, hallintoprosessioikeuden ja kansainvälisen rikosoikeuden, näkökulmasta.

2. Poissuljenta koskevat normit

2.1. Pakolaissopimus

Lakien esitöistä, kuten hallituksen esityksistä ja eduskunnan valiokuntien lausunnoista ja mietinnöistä, EU-säädösten johdantoteksteistä ja valmisteluasiakirjoista sekä valtiosopimusten neuvotteluasiakirjoista (*travaux préparatoires*) usein ilmenee ongelma, jota sääntelyllä on pyritty ratkaisemaan. Tämä regulaatiivinen idea selittää syitä normien laatimiselle. Taustalla voi olla myös laajempi periaatteellinen tai systemaattinen asia, joka on kodifioitu sääntelyn yhteydessä.

Pakolaisoikeudessa on määritelty edellytykset, joiden perusteella henkilö katsotaan pakolaiseksi, jolloin hänelle voidaan antaa turvapaikka. Jos henkilö täyttää kyseiset kriteerit, pakolaisen määritelmä soveltuu häneen (*inclusion*). Pakolaisoikeudessa on kuitenkin määritelty myös kriteerit sille, missä tilanteissa henkilö voidaan sulkea pois pakolaisasemasta (*exclusion*).

Pakolaisoikeudessa poissulkemismahdollisuutta on perinteisesti pidetty tärkeänä periaatteellisena kysymyksenä. Hugo Grotius kirjoitti sotaa ja rauhaa käsittelevässä kirjassaan vuonna 1625, että kansainvälinen oikeus hyväksyy turvapaikan niille, jotka ovat kärsineet epäoikeutettua vihaa, mutta ei niille, jotka

1. Ks. ulkomaalaisoikeudesta Janne Aer, Ulkomaalaisoikeuden perusteet. Alma Talent 2016 ja Jaana Palander, Ulkomaalaisoikeuden sääntelyjärjestelmä, s. 1–38 teoksessa Heikki Kallio – Toomas Kotkas – Jaana Palander (toim.), Ulkomaalaisoikeus. Alma Talent 2018.

ovat tehneet jotakin vahingollista ihmisyyhteisölle.² Toteamus ilmaisee poissulkemisen taustalla keskeisesti olevan ajatuksen: turvapaikkaa ei anneta sellaiselle, joka ei ansaitse sitä.

Kansainvälinen pakolaisoikeudellinen sääntely alkoi kehittyä Kansainliiton aikana. Oikeudelliset järjestelyt oli kuitenkin kasuistisesti kohdennettu vain tiettyistä maista tulleisiin pakolaisiin. Yleiseen pakolaissopimukseen tai poissulkemista koskevaan sääntelyyn ei tuolloin vielä ollut erityistä tarvetta.³

Toisen maailmansodan aikaiset sotarikokset ja Nürnbergin sotarikosoikeudenkäynti tekivät poissulkemisen sääntelyn ajankohtaisemmaksi. Poissuljentaa koskevalla sääntelyllä haluttiin varmistaa pakolaisjärjestelmän uskottavuus. Järjestelmää ei myöskään haluttu ulottaa sellaisiin henkilöihin, jotka eivät olleet *bona fide* pakolaisia vaan pakenivat oikeutta.⁴ Ajatus on ilmaistu YK:n vuoden 1948 ihmisoikeuksien julistuksen⁵ 14 artiklan 2 kohdassa, jonka mukaan turvapaikkaan ei voi vedota, kun on kyse tosiasiallisesti epäpoliittisiin rikoksiin perustuvista syyteistä.

Edellä mainittu tausta oli perusteena vuoden 1951 pakolaissopimuksen⁶ 1 artiklan F kohtaan⁷ otetulle poissulkemislausekkeelle, jonka mukaan yleissopimuksen määräyksiä ei sovelleta henkilöön, johon nähden on perusteltua aihetta epäillä, että hän on a) tehnyt rikoksen rauhaa vastaan, sotarikoksen, tai rikoksen ihmiskuntaa vastaan, sellaisia rikoksia koskevien kansainvälisten sopimusten määritelmien mukaisesti; b) tehnyt törkeän ei-poliittisen rikoksen pakomaansa ulkopuolella ennen kuin hänet on otettu tähän maahan pakolaisena; c) syyllis-

2. Ks. Marc de Wilde, Seeking Refuge: Grotius on Exile, Expulsion and Asylum. *Journal of the History of International Law* 20(4) 2018, s. 471–500, 492.
3. Atle Grahl-Madsen, The League of Nations and the Refugees, s. 126–137 teoksessa Peter Macalister-Smith – Gudmundur Alfredsson (eds), *The Land Beyond. Collected Essays on Refugee Law and Policy* by Atle Grahl-Madsen. Martinus Nijhoff Publishers 2000.
4. Kuten Peter J. van Krieken toteaa: “Refugee law was after all not meant to protect those who flee justice, but only those who flee injustice.” Ks. Peter J. van Krieken, Preface, s. vii–x teoksessa Peter J. van Krieken (ed.), *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*. T.M.C. Asser Press 1999, s. viii.
5. United Nations Universal Declaration of Human Rights 1948. UNGA Res.217A(III), UN Doc. A/810 (Dec. 10, 1948).
6. Pakolaisten oikeusasemaa koskeva yleissopimus, Geneve, 28.7.1951, SopS 77/1968. Aiemmin vuonna 1946 väliaikaiseksi perustetun YK:n pakolaisjärjestön (International Refugee Organization) mandaatti sisälsi poissulkemislausekkeen. UN Doc. A/45, Part II of Annex I. Ks. Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*. Sijthoff 1 (1966), s. 270–271. Myös UNCHR:n mandaatin kohtaan 7 d sisältyy poissulkemislauseke: Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. General Assembly Resolution 428 (v) of 14 December 1950.
7. Ks. sopimuskohdasta ja sen taustasta Grahl-Madsen 1966, s. 270–304 ja Andreas Zimmerman – Philipp Wennholz, Article 1 F, s. 579–610 teoksessa Andreas Zimmerman – Jonas Dörschner – Felix Machts (eds), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A commentary*. Oxford University Press 2011.

tynyt Yhdistyneiden kansakuntien tarkoituksien ja periaatteiden vastaisiin tekoihin.

Määritelmän a-kohdassa mainitaan tekoina rikos rauhaa vastaan, sotarikos tai rikos ihmiskuntaa vastaan sellaisia rikoksia koskevien kansainvälisten sopimusten määritelmien mukaan. Pakolaissopimuksen taustalla oli Nürnbergin sotarikosoikeudenkäynti. Lontoossa vuonna 1945 tehdyn kansainvälisen sotarikostuomioistuimen perussäännön 6 artikla sisältää määritelmän rikoksesta rauhaa vastaan, sotarikoksesta ja rikoksesta ihmisyyttä vastaan.⁸ Sopimusneuvottelijat kuitenkin tiedostivat, että määritelmän tulisi kestää myös aikaa. Pakolaissopimuksen solmimisen jälkeen keskeisiä sopimuksia ovat kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö⁹ sekä humanitaarista oikeutta ja sodan oikeussääntöjä koskevat Geneven yleissopimukset lisäpöytäkirjoineen.¹⁰ Kyseessä on tämän vuoksi dynaaminen määritelmä.

YK:n tarkoituksiperät ja periaatteet sisältyvät Yhdistyneiden kansakuntien peruskirjan johdantoon sekä sen 1 ja 2 artiklaan. Sanotuissa artikloissa on lueteltu ne perustavanlaatuiset periaatteet, joiden tulisi ohjata YK:n jäsenten käyttäytymistä keskinäisissä suhteissaan ja kansainvälisen yhteisön piirissä. Kohdan yleisluonteisuuden vuoksi sitä on sovellettava varoen.¹¹ Terrorismi ja sen tietoinen rahoittaminen, suunnittelu ja siihen yllyttäminen ovat YK:n tarkoituksien ja periaatteiden vastaisia tekoja.¹²

Muodollisesti poissulkemislausekkeesta on kyse myös 1 artiklan D ja E kohdassa. D kohta koskee YK:n palestiinalaispakolaisjärjestön UNRWA:n suojelun piiriin kuuluvia henkilöitä.¹³ E kohta koskee puolestaan tilannetta, jossa hakija ei ole kansainvälisen suojelun tarpeessa.¹⁴ Artikkelissa keskitytään kuitenkin pakolaissopimuksen osalta vain 1 artiklan F kohdan mukaisiin tilanteisiin.

Pakolaissopimuksen 1 artiklan F kohdan poissulkemisen tavoite ei ole rangaista turvapaikan hakijaa vaan suojella turvapaikan hakemista koskevaa järjes-

8. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America, France, Union of Soviet Socialist Republics, Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, Charter of the International Military Tribunal, Signed at London, on 8 August 1945, United Nations Treaty Collection, No. 251.

9. Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö, Rooma, 17.7.1998 (SopS 55–56/2002).

10. Geneven yleissopimukset lisäpöytäkirjoineen (SopS 7–8/1955, SopS 81–82/1980, SopS 23/1994 ja SopS 32–33/2009).

11. UNHCR:n käsikirja, kohta 163.

12. Määritelmädirektiivin 31 johdantokappale.

13. Vastaava sopimusmääräys on otettu määritelmädirektiivin (2011/95/EU) 12 artiklan 1 kohdan a alakohtaan. Suomessa määräys on täytäntöönpantu ulkomaalaislain 87 §:n 3 momentissa. Ks. lähemmin pakolaissopimuksen 1 artiklan D kohdasta Grahl-Madsen 1966, s. 263–265.

14. Historiallisesti määräys liittyy erityisesti Saksan kansalaisiin tai ns. Volkdeutsche-henkilöihin. Ks. lähemmin Grahl-Madsen 1966, s. 265–270. Määräys on otettu määritelmädirektiivin 12 artiklan 1 kohdan b alakohtaan ja ulkomaalaislain 87 §:n 4 momenttiin.

telmää. Kyse on nimenomaan kansainvälisen suojelun systeemin legitimitetistä ja integriteetistä. Kanadan korkein oikeus on todennut, että pakolaissopimuksen tavoitteena on yhtäältä edistää pakolaissopimuksen laajoja humanitaarisia tavoitteita ja toisaalta pyrkiä varmistamaan, ettei järjestelmää käytetä väärin.¹⁵ Vastaavasti EU-tuomioistuin on todennut yhdistetyissä asioissa Saksa v. B ja D, että poissulkemisperusteiden tarkoituksena on järjestelmän uskottavuuden säilyttäminen.¹⁶

2.2. EU-oikeus ja kansallinen oikeus

Kansainvälisellä oikeudella, EU-oikeudella ja kansallisella oikeudella on yhtymäkohtia. Kyse on usein, kuten pakolaissopimuksen osalta, kansainvälisen sopimuksen määräyksen tai EU-säännöksen noudattamisesta ja täytäntöönpanosta alueellisella tai kansallisella tasolla.

Poissulkemislauseketta koskeva pakolaissopimuksen 1 artiklan F kohta on Suomessa pantu täytäntöön ulkomaalaislain 87 §:n 2 momentilla.¹⁷ Vastaavantyyppinen säännös sisältyi myös aiemman ulkomaalaislain (378/1991) 30 §:n 2 momentin 2 kohtaan.

EU ei ole pakolaissopimuksen osapuoli. EU:n turvapaikkapolitiikan on kuitenkin EU:n toiminnasta tehdyn sopimuksen 78 artiklan mukaan oltava pakolaissopimuksen ja muiden asiaan liittyvien sopimusten mukaista.¹⁸ EU:n turvapaikkajärjestelmään (Common European Asylum Systems, CEAS)¹⁹ sisältyvän määritelmädirektiivin (2011/95/EU)²⁰ johdanto-osan 23 kappaleessa todetaankin nimenomaisesti, että direktiivi on laadittu kansallisille elimille ohjeeksi pakolaissopimuksen soveltamista varten.

15. Supreme Court of Canada, *Ezokola v. Canada (Minister of Citizenship)*, 2013 SCC 40, 19.7.2013, kohta 36 osoitteessa <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/13184/index.do> (vierailtu 4.8.2024).

16. Yhdistetyt asiat C-57/09 ja C-101/09 *Bundesrepublik Deutschland v. B*, ECLI:EU:C:2010:661, kohta 115.

17. Ks. hallituksen esitys ulkomaalaislaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 28/2003 vp, 87 §:ää koskevat yksityiskohtaiset perustelut.

18. Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus. EUVL C 202, 7.6.2016 ja C 202/47.

19. Järjestelmä sisältää muun muassa määritelmädirektiivin 2011/95/EU, menettelydirektiivin 2013/32/EU, Dublin-asetuksen (EU) N:o 604/2013 ja paluudirektiivin 2008/115/EY. Ks. unionin yhteisestä turvapaikkalainsäädännöstä osoitteessa <https://euaa.europa.eu/asylum-report-2020/21-common-european-asylum-system-and-current-issues> (vierailtu 12.8.2024).

20. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2011/95/EU, annettu 13 päivänä joulukuuta 2011, vaatimuksista kolmansien maiden kansalaisten suojelua saaviksi henkilöiksi, pakolaisten ja henkilöiden, jotka voivat saada toissijaista suojelua, yhdenmukaiselle asemalle sekä myöntönetyn suojelun sisällölle (uudelleenlaadittu). EUVL L 337/9, 20.12.2011.

Pakolaissopimuksen poissulkemislauseketta vastaavat määräykset on otettu EU:n määritelmädirektiivin 12 artiklan 2 kohtaan. Määritelmädirektiivi sisältää myös säännökset toissijaisesta suojelusta, jota voidaan myöntää, jos hakija ei täytä turvapaikan antamisen edellytyksiä mutta on kuitenkin kansainvälisen suojelun tarpeessa. Toissijainen suojele ei pohjautu pakolaismääritelmään vaan kytkeytyy palautuskieltoon.²¹ Toissijaiseen suojeleluun liittyy myös poissulkemislauseke. Direktiivin 17 artiklan 1 kohdan mukaan toissijaista suojeleua ei myönnetä kolmannen maan kansalaiselle tai kansalaisuudettomalle henkilölle, jos on perusteltua syytä olettaa, että hän on a) tehnyt rikoksen rauhaa vastaan, sotarikoksen tai rikoksen ihmisyyttä vastaan siten kuin nämä rikokset on määritelty asiaankuuluvissa kansainvälisissä sopimuksissa; b) tehnyt törkeän rikoksen; c) syylistynyt Yhdistyneiden kansakuntien tarkoituksien ja periaatteiden vastaisiin tekoihin Yhdistyneiden kansakuntien peruskirjan johdanto-osassa sekä 1 ja 2 artiklassa esitetyn mukaisesti; d) vaaraksi sen jäsenvaltion yhteiskunnalle ja turvallisuudelle, jossa hän on.

Nykyinen ulkomaalaislaki sisälsi alun perin kansalliseen sääntelyyn perustuvat säännökset toissijaisesta suojelusta ja humanitaarisesta suojelusta, joiden osalta sovellettiin turvapaikkasäännöksen poissulkemislauseketta.²² Määritelmädirektiivin täytäntöönpanemiseksi 88 §:ää muutettiin vastaamaan direktiivin määritelmää.²³ Samalla humanitaarista suojeleua koskeva säännös erotettiin uudeksi 88 a §:ksi ja liitettiin sen toiseksi momentiksi ehdollinen poissulkemislauseke. Myöhemmin ulkomaalaislain muutoksella 332/2016 humanitaarista suojeleua koskeva pykälä kumottiin.

Entisen Jugoslavian sisällissodan jälkeen EU:ssa hyväksyttiin vuonna 2001 tilapäisen suojeleluu direktiivi (2011/55/EY). Sen 28 artiklaan sisältyvät myös poissulkemislauseketta koskevat säännökset. Venäjän hyökättyä Ukrainaun neuvosto päätti ensimmäisen kerran ottaa direktiivin käyttöön Ukrainasta sotaa pakeneville henkilöille.²⁴ Suomessa tilapäisen suojeleluu direktiivi on pantu täytäntöön ulkomaalaislain 109–112 pykälässä. Poissulkemislausekkeen kannalta lain 110 §:n 3 momentissa viitataan turvapaikan yhteydessä käytettäviin 87 §:n 2 momentin mukaisiin kriteereihin.

Edellä olevan valossa voidaan todeta, että poissulkemislausekkeesta on säädetty kansainvälisen, EU-oikeuden ja kansallisen lainsäädännön tasolla. Suomi on pakolaissopimuksen sopimuspuoli, ja EU on taas sitoutunut toimimaan sopimuksen mukaisesti. Pakolaissopimuksen 1 artiklan F kohta paaluttaa näin ollen rajat EU-oikeudelliselle ja kansalliselle sääntelylle. Koska pakolaissopimuksen

21. Aer 2016, s. 250.

22. Ks. alkuperäisen ulkomaalaislain (301/2004) 88 §.

23. Ulkomaalaislain muutos 323/2009 ja hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi ulkomaalaislain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta 166/2007 vp.

24. Neuvoston direktiivi 2001/55/EY. EYVL L 212, 7.8.2001. Tällä tilapäistä suojeleua on EU:ssa jatkettu 4.3.2026 saakka.

mukaan poissulkemislausekkeen soveltaminen on pakollista, EU:ssa ja kansallisessa lainsäädännössä ei voitaisi esimerkiksi säätää pelkästään ehdollisesta lausekkeen soveltamisesta.

Pakolaissopimuksen poissulkemislauseke on kuitenkin yleisluonteinen. Tämän vuoksi se tietyssä määrin mahdollistaa yksityiskohtaisemman sääntelyn. Esimerkiksi EU:n määritelmädirektiivin 12 artiklan 3 kohta ja 17 artiklan 2 kohta sisältävät määräykset poissulkemisen soveltamisesta myös rikoksiin tai tekoihin yllyttäjiin.²⁵ Kysymys on siis tarkemmasta rajanvedosta. Kansallisten ja EU-säännösten tulee kuitenkin olla pakolaissopimuksen ja määritelmädirektiivin mukaisia.²⁶

Sääntelyssä ei ymmärrettävästi pystytä tyhjentävyyteen. Tämä tiedostettiin myös pakolaissopimuksen neuvotteluissa. Ranskan edustaja totesikin sattuvasti neuvotteluissa, että pakolaissopimus on vielä luuranko, joka pitää myöhemmin vaatettaa.²⁷ Kysymys onkin dynaamisesta prosessista, jossa sääntely pluralisoi-tuu.²⁸

2.3. Palautuskiellon merkitys

Pakolaissopimuksen 33 artikla koskee palautuskieltoa eli niin sanottua non-re-foulement-periaatetta. Sen mukaan henkilöä ei saa palauttaa sellaiseen maahan, jossa hänellä on perusteita pelätä vainoa. Artikla kuitenkin mahdollistaa poikkeamisen tilanteissa, joissa pakolainen on vaaraksi oleskelumaan turvallisuudelle tai hänet on tuomittu erityisen törkeästä rikoksesta ja hän on vaaraksi yhteiskunnalle oleskelumaassaan.

Myöhemmin palautuskielto on kirjattu eri ihmisoikeussopimuksiin kuitenkin ilman poikkeamismahdollisuutta koskevaa ehtoa.²⁹ Euroopan ihmisoi-

25. Kyseisiä direktiivin määräyksiä ollaan nyt myös Suomessa panemassa nimenomaisesti täytäntöön, sillä hallitus on antanut asiasta hallituksen esityksen ulkomaalaislain muuttamisesta. Hallituksen esitys eduskunnalle ulkomaalaislain muuttamisesta HE 29/2024 vp.

26. Hallituksen esityksessä esitetään myös poissulkemislausekkeen ulottamista myös henkilöön, joka on ”muutoin osallistunut” rikoksiin tai tekoihin. Tältä osin perustuslakivaliokunta on todennut, että sanamuoto on varsin väljä ja saattaa antaa harhaanjohtavan kuvan, ks. PeVL 20/2024 vp, s. 3.

27. Sharelle Aitchison – Martin Treadwell, Staged interpretation of Article 1F(b): ‘serious non-political crime outside the country of refuge prior to [his or her] admission to that country as a refugee’. A periaktos, scene setting problem?, s. 279–307 teoksessa James C. Simeon (ed.), Serious International Crimes, Human Rights and Forced Migration. Routledge 2022, s. 283.

28. Ks. pluralisointimiskehityksestä perustuslakivalvonnan yhteydessä Juha Lavapuro, Uusi perustuslakikontrolli. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010, s. 24–29.

29. Kansalaisyhteisö- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen (SopS 8/1976) 7 artikla ja kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimuksen (SopS 60/1989) 3 artikla.

keussopimus ei sisällä turvapaikkaa koskevia määräyksiä, mutta sopimuksen oikeudet kuuluvat myös pakolaisille. Palautuskiellon kannalta sopimuksen 2 ja 3 artikla sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntö ovat keskiössä. Kansallisessa lainsäädännössä palautuskielto on kirjattu perustuslain (731/1999) 9 §:n 4 momenttiin ja ulkomaalaislain 147 §:ään.

Poissulkemislausekkeen soveltaminen ja palautuskielto usein lomittuvat toisiinsa. Siinä tapauksessa, että henkilöön sovelletaan poissulkemislauseketta, palautuskielto kuitenkin käytännössä estää hänen palauttamisensa kotimaahansa. Tämän vuoksi henkilölle lähtökohtaisesti myönnetään ulkomaalaislain 89 §:n mukainen tilapäinen oleskelulupa. Lainkohdan mukaan Suomessa olevalle ulkomaalaiselle, jolle ei myönnetä kansainvälistä suojelua poissulkemislausekkeen soveltamisen vuoksi, myönnetään tilapäinen oleskelulupa enintään yhdeksi vuodeksi kerrallaan, jos häntä ei voida poistaa maasta, koska häntä uhkaa kuolemanrangaistus, kidutus, vaino tai muu ihmisarvoa loukkaava kohtelu.

Palautuskielto mahdollistaa näin ollen henkilön jäämisen maahan, vaikka häneen sovellettaisiinkin poissulkemislauseketta. Kyse on tavallaan pakolaisoikeuden ja ihmisoikeuksien välisestä suhteesta. Akbar Rasulov toteaa, että palautuskielto luo turvaverkon, vaikka poissulkemislauseke sulkeekin oven pakolaisasemaan.³⁰

3. Poissuljentalausekkeen tulkinnasta ja soveltamisesta

3.1. Yleisiä lähtökohtia

Käsitellessään poissulkemislausekkeen soveltamista USA:ssa ja Kanadassa James Sloan toteaa, että poissulkemislauseketta koskevan asian ratkaiseminen on yksi vaikeimmista tehtävistä. Päätöksentekijän on yhtäältä varmistettava, ettei pakolaisasemaa jätetä antamatta sellaiselle, joka sitä tarvitsee, ja toisaalta varmistettava, ettei sitä anneta sellaiselle, joka sitä ei ansaitse.³¹

Kansainvälistä suojelua koskevassa päätöksenteossa poissuljentateon aikaa koskevassa arvioissa kyse on keskeisesti tulevaisuuteen kohdistuvasta uhka-arvioinnista. Jo tapahtuneet oikeudenloukkaukset otetaan huomioon arvioitaessa tulevaisuuden uhkia. Riskiarviointi tehdään ulkomaalaislain 6 luvun mukaan

30. Akbar Rasulov, *Criminals as Refugees: The “Balancing Exercise” and Article 1F(b) of the Refugee Convention*. *Georgetown Immigration Law Journal* 16(4) 2002, s. 815–834, 834.

31. James Sloan, *The Application of Article 1F of the 1951 Convention in Canada and the United States*. *International Journal of Refugee* 12(Issue suppl_1) 2000, s. 222–247, 246–247.

suhteessa hakijan määränpään kotivaltiossaan tai pysyvässä oleskelumaassaan. Poissuljenta koskeva arviointi suuntautuu puolestaan menneisiin tapahtumiin. Kyse on siitä, onko henkilö tehnyt tai onko perusteltua aihetta epäillä hänen tehneen poissuljennan piiriin kuuluvan teon.³²

Poissuljentateon tekopaikan osalta turvapaikkaa ja toissijaista suojelua koskevan poissuljennan välillä on ero. Poissulkemisperuste turvapaikan osalta on törkeä muu kuin poliittinen rikos, joka on tehty turvapaikkamaan ulkopuolella ennen kuin henkilö otettiin maahan pakolaisena. Sen sijaan poissuljenta on mahdollista toissijaisen suojelun osalta missä vaiheessa tahansa tehdyn rikoksen osalta.³³ Näin ollen lauseketta voidaan soveltaa myös Suomessa tehdyn teon perusteella.

Vaikeiden oikeudellisten rajanvetojen lisäksi poissulkemislausekkeen soveltamiseen liittyy James C. Simeonin sanoin syvällisiä filosofisia ja moraalisia kysymyksiä.³⁴ Tuomioistuimen on kuitenkin kyettävä ratkaisemaan asia oikeudellisesti. Poissuljenta koskeva harkinta sisältää sekä itse tekoa ja sen olosuhteita ja seurauksia koskevan objektiivisen kriteerin (*actus reus*) että henkilön tietoisuutta ja myötävaikutusta koskevan subjektiivisen kriteerin (*mens rea*).

Selostaessaan Irlannin kansainvälisten suojeluasioiden valitustuomioistuimen (International Protection Appeals Tribunal) käytäntöä tuomioistuimen puheenjohtaja Hilka Becker tuo esiin, kuinka tuomioistuimen yleinen lähestymistapa perustuu Irlannin korkeimman oikeuden, EU-tuomioistuimen ja muiden jäsenvaltioiden oikeuskäytäntöön, UNHCR:n ohjeistukseen ja EASO:n analyyseihin.³⁵ Beckerin mainitsema seikka kuvaa sitä, että tuomioistuimella on käytössään säännösten, ennakkopäätösten sekä tulkinta- ja soveltamisohjeiden perusteella yleisiä lähtökohtia ja arviointimenetelmiä, joihin tukeutuen se voi käsitellä tai arvioida yksittäistä tapausta. Kyse voi olla myös siitä, missä loogisessa järjestyksessä tuomioistuin etenee poissuljenta koskevassa harkinnassa.³⁶

Mitä yleiset lähtökohdat asian ratkaisemiselle tarkoittavat poissulkemislausekkeen osalta? Pitäkö esimerkiksi lauseketta tulkita laajasti vai suppeasti? Miten arvioidaan teon kohteena olevan ajan ja paikan kriteereitä? Näytön osalta

32. Ks. ajan ja paikan merkityksestä kansainvälisen suojelun asioissa Tuomas Kuokkanen, Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikertomus 2021, s. 17–21.

33. Ks. C-369/17 Ahmed, ECLI:EU:C:2018:713, kohta 47 (”direktiivin 2011/95 17 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädettyssä toissijaisen suojelun poissulkemisperusteessa tarkoitetaan yleisemmin törkeää rikosta, eikä sitä ole rajattu maantieteellisesti, ajallisesti eikä kyseessä olevien rikosten luonteen perusteella”).

34. Zalar 2022, s. 73 sisältää viittauksen Simeonin Torontossa vuonna 2010 pitämään esitelmään.

35. Hilka Becker, The application of Article 1 F UNCSR in international protection decision making in Ireland in the context of EU and international law, s. 202–228 teoksessa James C. Simeon (ed.), Serious International Crimes, Human Rights and Forced Migration. Routledge 2022, s. 219.

36. Ks. päätöksentekopuimallista EASO Judicial analysis Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive (2020), s. 134–143.

voidaan kysyä, kenellä on todistustaakka tai näyttövelvollisuus poissuljentalausekkeen soveltamiseksi. Entä kuinka näyttöä tulisi arvioida ja tuleeko asiassa ottaa huomioon myös kyseistä maata koskevat yleiset olosuhteet? Poissuljentaa koskevien tekojen kannalta taas voidaan pohtia, miten niitä arvioidaan. Onko poissuljentaluettelossa mainitut teot tyhjentävästi lueteltu vai voidaanko luetteloa tulkita dynaamisesti? Edelleen voidaan kysyä, kuinka henkilön myötävaikuttamista johonkin poissuljennan piiriin kuuluvaan tekoon tulisi arvioida. Edellä mainitut kysymykset ovat vaikeita, mutta niihin on olemassa säädösten, soveltamisohjeiden ja oikeuskäytännön perusteella hahmotettavissa yleisiä lähtökohtia.

3.2. Tulkintaohjeita

Oikeussäännökset eivät useinkaan anna yksiselitteistä vastausta ratkaistavana olevaan poissulkemisasiaan. Tämän vuoksi tulkinta- ja soveltamisapua joudutaan hakemaan erilaisista maahanmuuttoviranomaisten soveltamisohjeista ja tuomioistuinten oikeuskäytännöstä.³⁷ Myös oikeuskirjallisuuden lähteillä voi olla merkitystä asioiden ratkaisemisen kannalta.

YK:n pakolaisasiain päävaltuutetun toimisto (UNHCR) on julkaissut useita tulkintaohjeita ja suuntaviivoja pakolaissopimuksen soveltamisesta. Merkittävä asiakirja on UNHCR:n vuonna 1979 ja sittemmin uudelleen vuosina 1992 ja 2019 julkaistu käsikirja.³⁸ UNHCR on myös julkaissut suuntaviivoja³⁹ ja tausta-asiakirjan⁴⁰ poissulkemislausekkeesta. UNHCR:n ohjeistus on koskenut muun muassa poissulkemislausekkeen tulkintaa, näytön arviointia, rikosten luonnetta ja lasta koskevaa poissuljentaa. UNHCR:n teksteissä korostetaan sitä, että pois-

37. Kaarlo Tuori toteaa, että ”normiaineisto, josta oikeudellisten ongelmatilanteiden ratkaisunormi muodostetaan, saattaa olla peräisin erityyppistä oikeuslähteistä, eikä se ole enää järjestettävissä sellaisella oikeuslähdeopilla, joka rakentuu kansallisen lainsäätäjän suvereniteetin varaan”. Ks. Kaarlo Tuori, Oikeudenalajaotus – strategisista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. Lakimies 7–8/2004, s. 1196–1124, 1123.

38. Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, Reissued Geneva, February 2019 osoitteessa <https://www.unhcr.org/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967> (vierailtu 19.8.2024). Poissulkemistä käsitellään käsikirjan kohdissa 140–163.

39. Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1 F of the 1951 Convention, 4 September 2003, HCR/GIP/03/05; Guidelines on the Application of the Exclusion Clauses in Mass Influx Situation, 7 February 2006 osoitteessa <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2006/en/29614> (vierailtu 5.8.2024) ja Guidelines on International Protection: Child Asylum Claims under 1A(2) and 1F of the 1951 Convention, 22 December 2009, HCR/GIP/06/07.

40. Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention, 4 September 2003 osoitteessa <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2003/en/33331> (vierailtu 5.8.2024).

suljentalauseketta on tulkittava suppeasti, koska poissulkemislausekkeen soveltamisesta aiheutuu vakavia seurauksia asianomaisille henkilöille.⁴¹ Kyse on myös poikkeussäännöstä, jota on senkin vuoksi tulkittava suppeasti.⁴²

EU:n turvapaikkavirasto EUAA ja sen edeltäjä EU:n turvapaikka-asioiden tukivirasto EASO ovat julkaisseet oikeudellisia analyyseja ja ohjekirjoja poissulkemisen soveltamisesta.⁴³ Tarkoituksena on antaa ohjeita määritelmädirektiivin 12 ja 17 artiklan soveltamisesta.

Monien valtioiden viranomaiset ovat myös julkaisseet tulkintaohjeita poissulkemislausekkeen soveltamisesta. Esimerkiksi Ison-Britannian sisäministeriön (UK Home Office) on laatinut poissulkemisesta selvityksen⁴⁴, johon KHO on joissakin ratkaisuisaan viittanut.⁴⁵

Poissulkemislausekkeesta on kirjoitettu oikeuskirjallisuudessa varsin paljon.⁴⁶ Tutkijat ovat voineet tuoda esiin myös tulkinta- ja soveltamisohjeita. Esimerkkinä voidaan viitata tutkijakollegiumin vuonna 2013 hyväksymiin Michiganin suuntaviivoihin⁴⁷. Oikeuskirjallisuuteen on viitattu niukasti ja valikoivasti korkeimman hallinto-oikeuden poissulkemista koskevassa käytännössä.⁴⁸

41. UNHCR:n käsikirja, kohta 149.

42. KHO 2008:21.

43. Ks. Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive, Second Edition; EASO, Updated by IARMJ-Europe under contract to EASO 2020 ja EASO, Practical Guide on Exclusion for Serious (Non-Political) Crimes, December 2021.

44. Exclusion (Article 1 F) and Article 33(2) of the Refugee Convention, updated 28 June 2022 osoitteessa <https://www.gov.uk/government/publications/asylum-instruction-exclusion-article-1f-of-the-refugee-convention/exclusion-article-1f-and-article-332-of-the-refugee-convention-accessible-version> (vierailtu 5.8.2024).

45. Ks. esim. KHO 2014:131.

46. Ks. esim. Aer 2016, s. 255–259; Geoff Gilbert, Current Issues in the Application of the Exclusion clauses, s. 425–485 teoksessa Erika Feller – Volker Türk – Frances Nicholson (eds), Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection. Cambridge University Press 2003; Guy S. Goodwin-Gill – Jane McAdam – Emma Dunlop, The Refugee in International Law. Fourth Edition. Oxford University Press 2021, s. 194–238; James C. Hathaway – Michelle Foster, The Law of Refugee Status. Second Edition. Cambridge University Press 2015, s. 524–598; International Journal of Refugee Law Vol. 12, Special Supplementary Issue Refugee Law in Context; van Krieken 1999 ja Jukka Similä, Kansainvälinen suojelu, s. 281–355 teoksessa Kallio – Kotkas – Palander 2018, s. 321–328.

47. The Michigan guidelines on the Exclusion of International Criminals, March 22–24, 2013 osoitteessa <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1024&context=mjil> (vierailtu 13.8.2024).

48. Esimerkiksi ennakkopäätökseen KHO 2016:181 sisältyy viittaus, joka koski Saddam Husseinin hallituksen aikaisen Bath-puolueen kannattajien hierarkiaa ja lukumäärää. Ennakkopäätöksessä KHO 2022:15 on puolestaan selostettu, miten oikeuskirjallisuudessa on käsitelty oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin poissuljentalausekkeiden soveltamisen kannalta. Ks. myös tapaukseen KHO 2014:35 sisältyvä viittaus Kriekenin toimittamaan kirjaan, Krieken 1999.

3.3. Oikeuskäytännön merkitys

Vakiintuneen käsityksen mukaan Suomessa ylimpien tuomioistuinten ratkaisuihin sisältyvät tulkinnat eivät ole sitovia. Ennakkopäätöksillä voidaan kuitenkin yhtenäistää tulkinta- ja soveltamiskäytäntöä, jolloin otetaan kantaa siihen, mitä tulkintaa on pidettävä voimassa olevan oikeuden mukaisena. Kari Kuusiniemi on todennut, että ennakkopäätöksen prejudikaattivaikutus merkitsee sitä, että päätöksellä on vaikutuksia kyseisellä päätöksellä ratkaistun konkreettisen tapauksen ulkopuolella.⁴⁹

Koska poissulkemislauseke perustuu pakolaissopimukseen, EU-oikeuteen ja kansalliseen lainsäädäntöön, useiden eri tuomioistuinten ratkaisuihin saattaa löytyä relevantteja tulkintakannanottoja poissulkemislausekkeen soveltamisesta. EU ei ole muodollisesti sidottu pakolaissopimukseen osapuolena, eikä unionin tuomioistuimella ole toimivaltaa tulkita suoraan pakolaissopimusta.⁵⁰ Tuomioistuin voi kuitenkin välillisesti tulkita pakolaissopimusta EU:n turvapaikkajärjestelmään sisältyvän lainsäädännön kautta. Tässä mielessä EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö on relevanttia myös pakolaissopimuksen tulkinnan kannalta. Lisäksi Euroopan ulkopuolisten pakolaissopimuksen sopimuspuolten oikeuskäytännöllä voi olla merkitystä. Esimerkiksi Euroopan turvapaikka-asioiden tukiviraston laatimassa oikeuskäytännön kokoelmassa viitataan Kanadan ja Uuden-Seelannin korkeimpien oikeuksien ratkaisukäytäntöön.⁵¹

Pakolaissopimus ei sisällä mitään ylikansallista pakolaisasioiden tribunaalia, joka voisi antaa valtioita koskevia päätöksiä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapaan.⁵² Myöskään sopimuksen noudattamista valvovaa elintä ei ole. Tämän vuoksi kansainvälisten ja kansallisten tuomioistuinten rooli on korostunut sopimusmääräysten tulkinnassa ja määräysten noudattamisen valvonnassa.⁵³ Andreas Zimmermann ja Philipp Wennholz toteavatkin, että tuomioistuinten laaja ja dynaaminen oikeuskäytäntö tulisi ottaa huomioon poissulkemista koskevassa tulkinnassa.⁵⁴

Tietyissä tilanteissa poissulkemislauseketta koskeva EU-oikeuden säännös on epäselvä, minkä takia kansallisen tuomioistuimen on pyydettävä SEUT 267 artiklan nojalla ennakkoratkaisua unionin tuomioistuimelta. Tuomioistuin on-

49. Kari Kuusiniemi, Ylimpien tuomioistuinten asema ja prejudikaatit oikeusyhteisössä. Lakimies 7–8/2021, s. 1366–1374, 1367.

50. Ks. lähemmin Daniel Thym, Constitutional Framework and Principles for Interpretation, s. 1–45 teoksessa Daniel Thym – Kay Hailbronner (eds), EU Immigration and Asylum Law, Article-by-Article Commentary. Third Edition. Verlag C.H.Beck 2022, s. 41.

51. Compilation of jurisprudence, Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive, Second Edition ja EASO, Updated by IARMJ-Europe under contract to EASO, 2020, s. 84–91.

52. Gilbert 1999, s. 427.

53. Goodwin-Gill – McAdam 2021, s. 7.

54. Zimmermann – Wennholz 2011, s. 610–611.

kin antanut tähän mennessä joitakin merkittäviä ratkaisuja poissulkemislausekkeen tulkinnasta.⁵⁵ Tuoreena esimerkkinä tällaisesta pyynnöstä on liettualaisen hallintotuomioistuimen (Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas) tekemä ennakkoratkaisupyyntö siitä, onko poissulkemisharkinnassa otettava huomioon henkilön jo suorittama rangaistus, henkilölle myönnetty armahdus tai saman luonteinen seikka.⁵⁶

4. KHO:n poissulkemista koskevaa oikeuskäytäntöä

4.1. Yleistä

Vaikka viranomaisten soveltamisohjeet ja oikeuskäytännön kannanotot muodostavat yleisen lähtökohdan yksittäisille ratkaisuille, jokainen asia on kuitenkin ratkaistava yksilöllisesti. Ulkomaalaislain mukaan jokaisen turvapaikanhakijan asia ratkaistaan yksilöllisesti ottaen huomioon hänen esittämänsä selvitykset olosuhteistaan asianomaisessa valtiossa sekä eri lähteistä hankitut ajantasaiset tiedot valtion oloista.⁵⁷

Suomessa Maahanmuuttovirasto (Migri) tekee viranomaispäätöksen turvapaikanhakijan hakemuksen johdosta. Hakemuksen ratkaisun yhteydessä Migri voi joutua päättämään poissuljentaa koskevasta kysymyksestä. Migrin päätöksestä voi valittaa hallinto-oikeuteen.⁵⁸ Hallinto-oikeuden päätöksestä voi ulkomaalaislain 196 §:n (1022/2018) 4 momentin mukaan hakea valituslupaa korkeimmalta hallinto-oikeudelta. Lupa voidaan myöntää, jos lain soveltamisen kannalta muissa samanlaisissa tapauksissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeää saattaa asia korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi tai jos luvan myöntämiseen on muu erityisen painava syy. Ulkomaalaislaissa valitusluvan myöntämisen edellytykset ovat rajatummalla kuin oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annettuun lakiin perustuvat kriteerit, jotka ovat yleisiä.

Korkein hallinto-oikeus on valituslupatuomioistuin mutta ei pelkästään pre-judikaattituomioistuin. Poissulkemislauseketta koskevissa asioissa korkein hallinto-oikeus voi antaa valitusluvan samalla tavalla kuin kansainvälisen suojelun

55. Ks. esim. yhdistetyt asiat C-57/09 ja C-101/09 B ja D; C-573/14 Lounani, ECLI:EU:C:2017:71; C-369/17 Ahmed ja C-159/21 GM, ECLI:EU:C:2022:708.

56. C-63/24 Galte.

57. Ulkomaalaislain 98 §:n 2 momentti.

58. Toimivaltaisia hallinto-oikeuksia ovat ulkomaalaislain 193 §:n 2 momentin mukaan Helsingin hallinto-oikeus, Itä-Suomen hallinto-oikeus, Pohjois-Suomen hallinto-oikeus ja Turun hallinto-oikeus.

asioissa eli joko prejudikaattiperusteella tai muulla erityisen painavalla syyllä. Jos korkein hallinto-oikeus ei myönnä valituslupaa, ratkaisu perustuu valitusluvan myöntämistä koskevien edellytysten arviointiin. Valituslupa voidaan myöntää myös osittain tietyn kysymyksen osalta. KHO on monissa asioissa päätenyt hylkäämään valitusluvan poissulkemista koskevilla asioilla. Koska tällaiset ei lupaa -ratkaisut eivät sisällä asiasisältöä koskevia perusteluita, artikkelissa ei tarkemmin käsitellä kyseisiä ratkaisuja.

Harkitessaan mahdollista prejudikaattia korkein hallinto-oikeus joutuu erittelemaan aikaisempaa oikeuskäytäntöä ja arvioimaan, onko uuden ennakkopäätöksen antamiselle tarvetta. Jos tietyistä kysymyksestä on jo annettu ennakkopäätös, uutta prejudikaattia ei tarvita, ellei tiettyä tulkintakannanottoa haluta toistaa. Sinänsä KHO ei ole sidottu aikaisempiin ennakkopäätöksiinsä, vaan se voi muuttaa ratkaisukäytäntöä. Tämä saattaa kuitenkin edellyttää ratkaisun tekemistä koko jaoston istunnosta tai täysistunnossa.⁵⁹

4.2. Poissuljenta koskevien KHO:n päätösten esittely

Korkein hallinto-oikeus on vuosina 2008–2023 antanut seuraavat 11 julkaistua päätöstä, jotka koskevat poissulkemislauseketta: KHO 2008:21, KHO 2014:35, KHO 2014:131, KHO 2015:136, KHO 2016:181, KHO 2018:147, KHO 2021:5, KHO 2021:6, KHO 2022:15, KHO 2023:49 ja KHO 2023:119. Päätökset ovat liittyneet sekä turvapaikan⁶⁰ antamiseen että toissijaisen suojelun⁶¹ myöntämisen edellytyksiin.

KHO katsoi päätöksessä KHO 2008:2, ettei ollut perusteltua aihetta epäillä turvapaikanhakijana olleen A:n syyllistyneen törkeään ei-poliittiseen rikokseen ilmiantaessaan Taleban-hallinnolle entisen Wadhat-komentajien nimiä.

Päätöksessä KHO 2014:35 kyse oli siitä, että turvapaikanhakijan epäiltiin syyllistyneen Suomessa ollessaan törkeään raiskaukseen. KHO päätyi siihen, että Maahanmuuttovirasto oli voinut jättää toissijaisen suojeluaseman myöntämättä hakijalle. Myös päätöksessä KHO 2015:136 KHO katsoi, että toissijainen

59. Ks. korkeimmasta hallinto-oikeudesta annetun lain 7 §:n 1 momentti, jonka mukaan periaatteellisesti merkittävä tai muuten laajakantoinen lainkäyttöasia tai sen osa voidaan määrätä käsiteltäväksi täysistunnossa tai koko jaoston istunnossa. Ks. myös korkeimman hallinto-oikeuden työjärjestyksen 19 §. Korkeimman hallinto-oikeuden työjärjestyksen 19 §:n mukaan istunnon puheenjohtajan on saatettava tehty ratkaisu ennen päätöksen antamista presidentin ja jaoston puheenjohtajan tietoon muun ohella, jos ratkaisulla poiketaan KHO:n tai KKO:n aikaisemmin omaksumasta oikeusperiaatteesta tai laintulkinnasta.

60. KHO 2008:21; KHO 2014:131; KHO 2016:181; KHO 2018:147; KHO 2021:5; KHO 2021:6; KHO 2023:49; KHO 2023:119.

61. KHO 2014:35; KHO 2015:136; KHO 2022:15.

suojeluasema voitiin jättää myöntämättä hakijalle, joka oli Suomessa tuomittu lapsensa törkeästä pahoinpitelystä.

KHO katsoi päätöksessään KHO 2014:131, että oli ollut perusteltua aihetta epäillä Afganistanista kotoisin olevan turvapaikanhakijan osallistuneen rikokseen ihmiskuntaa (ihmisyyttä) vastaan työskennellessään Afganistanin turvallisuuspalvelun (KhAD) vakoojana ja ilmiantajana.

Päätös KHO 2018:147 koski syyrialaista turvapaikanhakijaa A:ta, joka oli suorittanut asepalveluksen Syyrian armeijassa vuosina 2010–2012 Damaskoksessa ja Homsissa. Asiassa oli kyse A:n yksikön roolista ja A:n henkilökohtaisesta vastuusta kidutuksessa ja siviiliväestön pommittamisesta. KHO yhtyi hallinto-oikeuden esittämiin perusteluihin ja katsoi, ettei asiassa ollut perusteltua aihetta epäillä A:n syyllistyneen rikoksiin ihmiskuntaa vastaan ja sotarikoksiin.

Päätöksessä KHO 2016:181 kyse oli irakilaisesta turvapaikanhakijasta, joka oli toiminut Saddam Husseinin hallituksen aikaisessa sotilastiedustelupalvelussa ja ollut Baath-puolueen kannattaja. KHO totesi, että pelkkä epäily tai spekulatio ei riittänyt asiassa näyttökynnyksen ylittymiseen vaan poissulkemislausekkeen soveltaminen edellyttää aina viranomaisen esittävän selvitystä poissulkemisperusteen soveltumisesta juuri kysymyksessä olevaan henkilöön.

Tapausparissa KHO 2021:5 ja KHO 2021:6 korkein hallinto-oikeus arvioi poissulkemislausekkeen soveltamista erityisesti henkilökohtaisen vastuunalaisuuden kannalta tilanteessa, jossa turvapaikanhakija oli osallistunut terroristijärjestön toimintaan. KHO 2021:5 -päätöksessä KHO totesi Turkin kansalaisena olleen turvapaikanhakijan olleen verrattain korkeassa asemassa Kurdistanin työväenpuolueessa (PKK). Hakija ei ollut henkilökohtaisesti syyllistynyt poissulkemislausekkeessa tarkoitettuihin tekoihin. Maatieto sekä hänen asemansa merkittävänä aatteellisena kouluttajana huomioon ottaen oli kuitenkin perusteltua aihetta epäillä hänen olleen myötävaikuttamisen perusteella henkilökohtaisesti vastuussa PKK:n taistelijoiden tekemistä ulkomaalaislain poissulkemistä tarkoittamista teoista. Päätöksessä KHO 2021:6 kyse oli puolestaan Iranista kotoisin olevasta turvapaikanhakijasta, joka oli toiminut Kurdistanin työväenpuolueessa (PKK) ja sen alaisuudessa toimivissa järjestöissä useiden vuosien ajan. KHO katsoi, että hakijan asema ja tehtävät huomioon ottaen hänen ei voitu katsoa olevan henkilökohtaisesti vastuussa suoritetuista terroriteoista.

Päätöksessä KHO 2022:15 KHO katsoi, että kotimaassaan kuolemaan tuomittuun muutoksenhakijaan ei ollut voitu soveltaa poissulkemislauseketta, kun asiassa ei ollut selvitetty muutoksenhakijan väitettä siitä, että hänellä ei ollut ollut oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin kuolemantuomioon johtaneessa prosessissa.

Päätös KHO 2023:49 (äänestys 4–1) koski afganistanilaista turvapaikanhakijaa, joka oli Afganistanin paikallispoliisissa työskennellessään kuljettanut kiinniotettuja henkilöitä kuulusteltavaksi. KHO katsoi, ettei asiassa ollut voitu soveltaa poissuljentaa, koska hakija ei nuoruutensa, kouluttamattomuutensa ja

kasvuympäristönsä vuoksi välttämättä ollut mieltänyt, että hän oli olennaisella tavalla myötävaikuttanut törkeisiin rikoksiin. Päätös KHO 2023:119 (äänestys 4–1) koski tilannetta, jossa turvapaikanhakija oli kotimaassaan ampunut kohti serkkuaan haavoittaen tätä vakavasti. Hakijan mukaan kysymys oli hätävarjelutai pakkotilanteesta. KHO palautti asian hallinto-oikeudelle suullisen käsittelyn järjestämiseksi.

Mainittujen päätösten osalta kuudessa tapauksessa lopputulos oli se, ettei hallinto-oikeuden päätöksen lopputuloksen muuttamiseen ole perusteita (KHO 2008:21, KHO 2014:35, KHO 2014:131, KHO 2018:147, KHO 2021:5 ja KHO 2021:6). Hallinto-oikeuden päätös oli voinut koskea sitä, ettei poissulkemislausekkeen soveltamiseen ollut perusteita (KHO 2008:21, 2018:147 ja KHO 2021:6), tai sitä, että poissulkemislauseketta oli voitu soveltaa (KHO 2014:35, KHO 2014:131 ja KHO 2021:5). Yhdessä asiassa (KHO 2015:136) KHO kumosi hallinto-oikeuden päätöksen ja saattoi Maahanmuuttoviraston päätöksen voimaan. Kahdessa tapauksessa (KHO 2016:181 ja KHO 2022:15) KHO kumosi hallinto-oikeuden ja Maahanmuuttoviraston päätökset ja päätti palauttaa asian Maahanmuuttovirastolle uudelleen käsiteltäväksi. Yhdessä tapauksessa KHO palautti asian hallinto-oikeudelle suullisen käsittelyn pitämistä varten (KHO 2023:119). Lisäksi yhdessä asiassa (KHO 2023:49) KHO kumosi Maahanmuuttoviraston ja hallinto-oikeuden päätökset ja palautti asian Maahanmuuttovirastolle turvapaikan antamista varten, koska poissulkemislausekkeen soveltamiseen ei ollut perusteita.

4.3. Poissulkemislauseketta koskevien päätösten analysointia

4.3.1. Yleisiä huomioita

KHO:n päätökset voivat sisältää konkreettisen asian ratkaisun lisäksi kannanottoja säännösten tulkinnasta; ne tulee ottaa huomioon hallintoviranomaisen ratkaisutoiminnassa sekä hallinto-oikeuksien ja KHO:n myöhemmässä ratkaisutoiminnassa. Tämän vuoksi ratkaisut on julkaistu ennakkopäätöksinä. Poissuljenta koskevat KHO:n julkaistut ratkaisut ovat koskeneet erityisesti törkeän ei-poliittisen rikoksen määrittelyä, henkilökohtaista vastuunalaisuutta, näyttövelvollisuutta, näytön arviointia, rikosepäilyn merkitystä, oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin merkitystä, viranomaisen selvittämisvelvollisuutta, terroristijärjestöön kuulumisen merkitystä ja suullisen käsittelyn järjestämistä. Päätökset ovat esimerkkejä sellaisista tilanteista, joissa poissulkemislauseketta on voitu soveltaa tai ei ole voitu soveltaa.

Yleisesti prejudikaattien perustelut voidaan jakaa kahteen ryhmään: systeemiperusteluihin ja tiettyä kysymystä koskeviin perusteluihin. Systeemiperusteissa on kyse siitä, että prejudikaatissa selostetaan poissulkemislauseketta koske-

vat sovellettavat säännökset, soveltamisohjeet ja aiempi oikeuskäytäntö. Kyse on tältä osin Miikka Vuorelan, Tapio Määttä ja Niko Soinin mainitsemasta säännösten tarkastelusta laajemman oikeuslähde- ja normikokonaisuuden valossa.⁶²

Ylimpien tuomioistuinten ennakkopäätökset on usein jaettu demonstraatiivisiin ja deklaratiivisiin. Demonstratiivinen prejudikaatti toimii lähinnä esimerkkinä ratkaisuharkinnassa huomioon otettavista seikoista. Tällöin prejudikaatilla ei ilmaista sääntöä, jota voitaisiin seurata. Kirsi Uusitalo toteaa, että demonstraatiivinen prejudikaatti syntyy tavallisesti avointen säännösten soveltamiskysymyksistä, joiden osalta lainsäätäjällä on tarkoittanutkin jättää lainsoveltajalle harkintavaltaa.⁶³ Toisinaan on saatettu puhua myös periaateprejudikaatista, jos prejudikaatilla tuodaan esiin harkintavallan käyttöä ohjaava periaate. Deklaratiivinen ennakkopäätös puolestaan ilmaisee yleisen oikeusohjeen, joka on tarkoitettu avuksi ratkaistaessa tulevaisuudessa vastaavia tapauksia.⁶⁴

KHO:n poissuljentaa koskevat päätökset on luokiteltavissa pääasiassa demonstraatiivisiksi prejudikaateiksi. Ne sisältävät myös poissuljentaa koskevia systeemiperusteluja. Tietyin kysymyksen osalta päätöksiin on voinut sisältyä myös spesifisempiä tulkintakannanottoja.

Selostaessaan poissulkemislauseketta koskevaa järjestelmää KHO pääsääntöisesti viittaa sovellettavien säännösten lisäksi lakien esitöihin⁶⁵, UNHCR:n ohjeistukseen⁶⁶ ja oikeuskäytäntöön⁶⁷. Oikeuskäytännön osalta KHO on päätöksissään selostanut poissulkemislauseketta koskevaa EUT:n oikeuskäytäntöä. Lisäksi se on viitannut muiden eurooppalaisten tuomioistuinten poissulkemisratkaisuihin. Esimerkiksi ennakkopäätöksessä KHO 2016:181 KHO viittasi Saksan ylimmän hallintotuomioistuimen (Bundesverwaltungsgericht), Itävallan ylimmän hallintotuomioistuimen (Verwaltungsgerichtshof), Ison-Britannian korkeimman oikeuden, Ruotsin Migrationsöverdomstolenin ja Alankomaiden tuomioistuimen (Rechtbank 's-Gravenhage) ratkaisukäytäntöön.⁶⁸

62. Miikka Vuorela – Tapio Määttä – Niko Soinin, ”Lain tarkoitus ja systematiikka huomioon ottaen on selvää” – julkilausut systeemiperustelut korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuissa. Lakimies 7–8/2020, s. 1146–1171, 1146.

63. Kirsi Uusitalo, Korkeimman oikeuden ratkaisujen merkitys normaalirangaistuksen arvioinnissa alemmissa oikeusasteissa – määritteleekö korkein oikeus normaalirangaistustason?, s. 13–40 teoksessa Tapio Lappi-Seppälä – Veera Kankaanrinta (toim.), Rangaistuksen määrittäminen. Helsingin hovioikeus 2013, s. 18.

64. Uusitalo 2013, s. 13–40 ja Gustaf Möller, Korkein oikeus oikeuskäytännön ohjaajana – erityisesti alioikeuden näkökulmasta. Korkein oikeus 75 vuotta. Lakimiesliiton Kustannus 1993, s. 191–202, 193–195.

65. Ks. esim. KHO 2015:136, jossa viitataan hallituksen esitykseen 166/2007 vp.

66. Ks. esim. KHO 2023:119, kohdat 26–30.

67. Ks. esim. KHO 2021:5 ja KHO 2021:6.

68. Päätöksessä KHO 2022:15 puolestaan viitattiin myös Belgian pakolaisasioiden valitustuomioistuimeen (Commission permanente de recours des réfugiés) ja Alankomaiden Raad van Staten oikeuskäytäntöön.

Useat KHO:n poissuljenta koskevat päätökset ovat koskeneet ulkomaalaisoikeudellisen ja rikosoikeudellisen lähestymistavan suhdetta. Tämän vuoksi seuraavassa tarkastellaan lähemmin, miten päätöksissä tätä suhdetta on käsitelty.

4.3.2. *Ulkomaalaisoikeudellisen ja rikosoikeudellisen lähestymistavan suhde*

Oikeuskirjallisuudessa on käsitelty poissulkemislausekkeen yhteydessä pakolaisoikeuden ja rikosoikeuden välistä suhdetta. James C. Simeon tuo esiin ajatuksen, että kansainvälisen oikeuden mukaisuuden pitäisi mennä yli kansainvälisen rikosoikeuden ja käsittää kaikki kansainvälisen oikeuden osat pakolaisoikeus mukaan luettuna.⁶⁹ Koska oikeus on kontekstuaalista, on kuitenkin vaikea löytää rikosoikeuden ja pakolaisoikeuden yläpuolelle sijoittuvaa yleistä oikeuden mukaisuutta, joka olisi tavallaan kaikkien kontekstien konteksti.⁷⁰ Yao Li on tutkimuksessaan pyrkinytkin löytämään harmonisen lähestymistavan poissulkemislausekkeen tulkinnaalle pakolaisoikeuden ja rikosoikeuden välillä.⁷¹

Pakolaisoikeudelle ja rikosoikeudelle on omat systemaattiset järjestelmänsä, jotka ovat poissulkemislausekkeen tarkoittamien tekojen osalta erilaiset. Kun pakolaisoikeuden poissulkeminen on joko- tai ratkaisu, rikosoikeus mahdollistaa nyansoidumman ratkaisun erilaisine vaihtoehtoineen esimerkiksi rangaistuksen mittaamisessa.⁷² Koska kyse on ulkomaalaislain perusteella tehtävästä ratkaisutoiminnasta, vuoropuhelu on tapahtunut, kuten Elina Pirjatanniemi toteaa, ulkomaalaisoikeuden ehdoilla.⁷³ Esimerkkinä hän toteaa, että syyttömysolettaman⁷⁴ ydinsisältö jää hallinnollisessa prosessissa taka-alalle.⁷⁵

Poissuljenta-asioissa hallintotuomioistuin ei voi lähteä ottamaan kantaa puhtaasti rikosoikeudellisiin kysymyksiin tai rikoksen tekijöiden luovuttamista

69. James C. Simeon, *Violations of fundamental human rights, serious international crimes, and the prosecution of those who have been excluded from refugee protection*, s. 95–119 teoksessa James C. Simeon (ed.), *Serious International Crimes, Human Rights and Forced Migration*. Routledge 2022, s. 109.

70. Ks. kansainvälisen oikeuden osalta Veijo Heiskanen, *International Legal Topics*. Lakimiesliiton Kustannus 1992, s. 470–471.

71. Yao Li on tutkimuksessaan pyrkinyt löytämään harmonisen lähestymistavan poissulkemislausekkeen tulkinnaalle pakolaisoikeuden ja rikosoikeuden välillä, ks. Yao Li, *Exclusion from Protection as a Refugee. An approach to a Harmonizing Interpretation in International Law*. Brill Nijhoff 2017.

72. Ks. Elies van Sliedregt, *International Crimes, International Outlaws and the Interface Between ICL and IRL*, s. 45–54 teoksessa James C. Simeon (ed.), *Serious International Crimes, Human Rights, and Forced Migration*. Routledge 2022, s. 54.

73. Elina Pirjatanniemi, *Muukalaisia ja muita ihmisiä*. Lakimies 7–8/2014, s. 953–971, 963.

74. Ks. syyttömysolettamasta myös Boštjan Zalar, *Legal implications of the ‘presumption and innocence’ and the exclusion clauses in international protection cases: the European law perspective*, s. 55–75 teoksessa James C. Simeon (ed.), *Serious International Crimes, Human Rights and Forced Migration*. Routledge 2022.

75. Pirjatanniemi 2014, s. 960–963.

koskeviin seikkoihin, jotka kuuluvat toisen tuomioistuimen ja viime kädessä korkeimman oikeuden ratkaistaviin asioihin.

KHO:n päätösten perusteluissa on tuotu esiin lähtökohtainen ero rikosprosessin ja poissuljentaprosessin välillä. Esimerkiksi päätöksessä KHO 2016:181 viitattiin UK Home Officen selvityksen mainintaan, että poissuljentalauseke ei ole rangaistuksenomainen säännös eikä sen soveltamisen edellytyksenä ole, että hakijan asia on tullut tuomioistuimessa käsitellyksi ja hakija tuomitukseksi rangaistukseen. Ratkaisussa KHO 2014:35 KHO puolestaan totesi, että ”perusteltua aihetta epäillä” -kriteeri tarkoittaa näyttöä, joka ei edellytä tuomitukseksi tulemistä ja syylliseksi katsomista tai edes syytteen nostamista mutta joka ylittää pelkän olettamuksen tason.

Päätöksessä KHO 2008:21 KHO käsitteli sitä, oliko perusteltua aihetta epäillä afganistanilaisen turvapaikanhakijan syyllistyneen törkeään ei-poliittiseen rikokseen ilmiantaessaan Taleban-hallinnolle entisten Wahdat-komentajien nimiä. KHO totesi rikosoikeudellisen ja pakolaisoikeudellisen lähestymistavan osalta, ettei poissulkemislausekkeen soveltamisen edellytyksenä ole, että henkilö olisi asetettu siinä tarkoitettusta rikoksesta syytteeseen. KHO:n mukaan asiaa arvioitaessa on saatavissa johtoa siitä yleisestä rikosoikeudellisesta periaatteesta, että epäselvissä tapauksissa asia on ratkaistava rikoksesta epäillyn eduksi (*in dubio pro reo*). KHO totesi, että vastaavasti pakolaisoikeudellisessa näytönarvioinnissa on merkitystä niin sanotulla benefit of doubt -periaatteella. Näistä periaatteista KHO:n mukaan seuraa, että rajatapauksessa asia on pikemminkin ratkaistava poissulkemislausekkeen soveltamista vastaan kuin sen puolesta.

Ratkaisussa KHO 2023:119 KHO totesi, että viranomaisella on todistustaakka sen osalta, ovatko poissuljentalausekkeen soveltamisen edellytykset olemassa juuri kysymyksessä olevaan henkilöön.⁷⁶ Pelkkä epäily tai spekulatio ei päätöksen KHO 2016:181 mukaan riitä näyttökynnyksen ylittymiseen. Esimerkiksi jäsenyys terroristijärjestössä ei automaattisesti merkitse poissulkemistä.⁷⁷ Poissulkemislausekkeen soveltaminen ei kuitenkaan päätöksen KHO 2018:147 mukaan edellytä syyllisyyden määrittämistä rikosoikeudellisessa mielessä, mutta näytön tason on oltava kuitenkin riittävän korkea, jotta varmistetaan, että pakolainen ei joudu erehdyksessä turvapaikkaoikeuden ulkopuolelle. Vaatimuksena on siten oltava luotettava, uskottava ja vakuuttava näyttö, joka on pelkkää epäilystä tai väitettä voimakkaampi.⁷⁸ Osallisuuden asteella on myös merkitystä. Päätöksissä KHO 2021:5 ja KHO 2021:6 KHO totesi, että myötävaikutus voi ilmetä käy-

76. Ks. myös UNHCR Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1 F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4.9.2003.

77. KHO 2021:5 ja KHO 2021:6 sekä unionin tuomioistuimen tuomio 9.11.2010 yhdistetyissä asioissa C-57/09 ja C-101/09 B ja D.

78. KHO 2018:147. Ks. myös UNHCR Statement on Article 1 F of the 1951 Convention, heinäkuu 2009.

tännöllisenä apuna, rohkaisuna tai moraalisenä tukena ja että sillä on oltava olennainen, mutta ei välttämättä kausaalinen, vaikutus rikoksen toteutumiseen.

Yleiseen arviointiin kansainvälisen suojelun asioissa toisin kuin rikosasioissa kuuluu myös maatieto. Sillä tarkoitetaan tietyn valtion yleisiä olosuhteita koskevaa tietoa.⁷⁹ Tiettyä poissulkemisasiaa harkittaessa voidaan ottaa huomioon esimerkiksi maatiedosta ilmenevät tietyt toimintatavat tai menetelmät. Esimerkiksi ennakkopäätöksessä KHO 2023:49 KHO viittasi Maahanmuuttoviraston ja hallinto-oikeuden päätöksissä viitattuun maatietoon paikallispoliisin toiminnassa käyttämistä väkivaltaisista menetelmistä.⁸⁰

Ulkomaalaislain 87 §:n 2 momentin 1 kohdassa ja 88 §:n 2 momentin 1 kohdassa mainituilla poissuljentateoilla on yhteys kansainväliseen rikosoikeuteen, koska lainkohdissa mainitut rikokset on määritelty ”sellaisia rikoksia koskevien kansainvälisten sopimusten määritelmien mukaisesti”. Tässä suhteessa pakolais-sopimuksen tulkinnan tulisi seurata eikä johtaa kansainvälisen rikosoikeuden⁸¹ kehitystä, kuten James Hathaway ja Michelle Foster toteavat⁸².

Kyseisen poissulkemislausekkeen suhde kansainväliseen rikosoikeuteen oli esillä päätöksessä KHO 2014:131. Siinä KHO totesi, että ulkomaalaislain 87 §:n 2 momentin 1 kohdassa mainitulla rikoksella ihmiskuntaa vastaan tarkoitetaan samaa kuin pakolais-sopimuksen 1 artiklan F kappaleen a kohdassa. Perusteluiden mukaan kyse on siten samoista teoista, joista käytetään nimitystä ”rikokset ihmisyyttä vastaan”. Tämän jälkeen KHO viittasi perusteluissaan kansainvälistä rikostuomioistuinta koskevan Rooman perussäännön 7 artiklaan, jonka mukaan rikos ihmisyyttä vastaan tarkoittaa muun muassa murhia, lainvastaisia vapaudenriistoja, kidutusta ja muita epäinhimillisiä tekoja. Ratkaisu on esimerkki KHO:n kannanotosta siihen, kuinka ulkomaalaislain 87 §:n 2 momentissa ja 88 §:n 2 momentissa olevaa toteamusta ”sellaisia rikoksia koskevien kansainvälisten sopimusten määritelmien mukaisesti” pitäisi tulkita.

Edellä olevan valossa KHO:n poissuljetaratkaisuissa rajanvetoa ulkomaalaisoikeuden ja rikosoikeuden välillä ei ole pidetty ongelmana. Oikeudenaloja on pidetty erillisinä, mutta niiden on katsottu tietyiltä osin lomittuvan.

79. Ulkomaalaislain 98 §:n 2 momentissa arvioinnin osalta viitataankin ajantasaisiin tietoihin kyseisen valtion oloista. Lakia koskevan hallituksen esityksen mukaan asialla tarkoitetaan yleisiä valtion yhteiskunnallisia ja poliittisia olosuhteita sekä valtion ihmisoikeustilannetta ja lainsäädännön tilaa. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle ulkomaalaislaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 28/2003 vp ja hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta 86/2008 vp, yksityiskohtaiset perustelut.

80. Ks. esim. KHO 2023:49, kohta 33.

81. Ks. kansainvälisestä rikosoikeudesta esim. Antonio Cassese, *International Criminal Law*. Oxford University Press 2003; Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*. Oxford University Press 2001 ja Antonio Cassese (gen. ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford University Press 2009.

82. Hathaway – Foster 2014, s. 572.

5. Johtopäätökset

Artikkelissa on käsitelty poissuljentaa koskevaa sääntelyä ja oikeudellista ratkaisutoimintaa. Artikkelin tutkimustuloksena voidaan ensinnäkin todeta, että poissulkemislauseketta koskeva sääntely on ollut monitasoista ja dynaamista. Kyse ei ole pelkästään ulkomaalaislain 87 §:n 2 momentin ja 88 §:n 2 momentin sanamuodosta, vaan tulkinnassa on otettava huomioon pakolaissopimuksen ja EU:n määritelmädirektiivin tulkintavaikutus, erilaiset tulkinta- ja soveltamisohjeet sekä laaja kansainvälinen, EU-oikeudellinen ja kansallinen oikeuskäytäntö. Tätä kautta sääntelystä, soveltamisohjeista ja oikeuskäytännön tulkintakannanotoista muodostuu moniaineksinen verkosto.

Poissuljentatapauksissa on tarpeen erottaa ulkomaalaisoikeudellisen ja rikosoikeudellisen lähestymistavan suhde. Oikeudenalat eivät sulaudu yhdeksi, vaan kyse on ennemmin lähestymistapojen lomittumisesta. KHO:n ratkaisukäytännössä poissuljentalausekkeen soveltamisen edellytyksiä on arvioitu ulkomaalaisoikeudellisista lähtökohdista käsin.

KHO joutuu valituslupajärjestelmän perusteella arvioimaan valituslupahakemusten yhteydessä mahdollista ennakkopäätöksen tarvetta. Jos valituslupa myönnetään prejudikaattiperusteella, kyse on tällöin konkreettisen ratkaisun lisäksi oikeuskäytäntöä ohjaavan ratkaisun antamisesta. Artikkelissa tarkastelluissa KHO:n poissulkemislauseketta koskevissa julkaistuissa ratkaisuissa korostuvat systeemiperustelut ja demonstratiiviset prejudikaatit.

Konkreettisessa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa jokainen asia on käsiteltävä yksilöllisesti siinä esitetyn selvityksen valossa. Poissulkemislausekkeen soveltamisen osalta kyse on lopulta rajanvedosta: sovelletaanko poissulkemislauseketta vai ei. Vaikka kyse on yksittäisen asian ratkaisusta, tuomioistuin voi ottaa huomioon yleisiä soveltamis- ja tulkintaohjeita. Ne voivat koskea esimerkiksi todistustaakkaa, näytön arviointia ja henkilökohtaisen vastuun kriteereitä. Tuomioistuin voi ottaa tällaisia systemaattisia näkökohtia yksittäisen ratkaisun lähtökohdaksi.

The regulation and application of the exclusion clause in refugee law

TUOMAS KUOKKANEN, LL.D., Docent, Universities of Helsinki and Eastern Finland; Justice of the Supreme Administrative Court

The article analyses the so-called exclusion clause by which certain individuals can be excluded from international protection. The exclusion clause is based on Article 1 F of the 1951 Refugee Convention. The clause is implemented in Article 12 and Article 17 of the EU Qualification Directive (2011/95/EU) and in section 87(2) and 88(2) of the Finnish Aliens Act.

At the outset, the article examines the rationale behind the exclusion clause. The article then deals with the regulatory framework and the guidance issued by the United Nations Refugee Agency (UNHCR) and the European Union Agency for Asylum (EUAA). After that, the case law of the Supreme Administrative Court of Finland during the period 2008–2023 is examined. In particular, the article focuses on the key elements and procedural aspects of the exclusion clause.

As a conclusion, the article states that the application of the exclusion clause has been dynamic and multi-level. In the case law, the systematic aspects relating to the clause have been highlighted in the interpretation of the clause.

Kun taloustiede menetti otteensa amerikkalaisesta kilpailuvalvonnasta. Tapaustutkimus yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen karikoista

HAKUSANAT: kilpailuoikeus, kilpailun taloustiede, oikeushistoria, Chicagon koulukunta

1. Aluksi

Oikeustutkimuksen eksistentiaalisia kysymyksiä on sen suhde yhteiskuntatieteen.¹ Asiasta esitettyjä käsityksiä voi kuvata jatkumona. Sen toisessa ääripäässä on yhteiskuntatieteellinen reduktionismi, joka kiistää normatiivisen tutkimuksen tieteellisyyden ja painottaa, että oikeuden tutkimuksen tulee olla empiiristä, kokemukseen perustuvaa.² Vastareaktionä 1900-luvun alkupuolen oikeussosiologialle ja -realismille syntyi jatkumon toinen ääripää: Hans Kelsenin ”puhdas” oikeusoppi, jossa lainopin tieteellisyyden takasi olemisen ja pitämisen veitsenterävä erottaminen sekä tieteenalan kapea tehtävänasettelu.³

Oikeus- ja yhteiskuntatiede -jatkumon molempien äärilaitojen ongelmat tunnetaan nykyisin hyvin. Niiden tilalle on noussut lähestymistapa, jota voi luonnehtia akateemiseksi ekumeniaksi tai oikeustieteen 1900-luvun metodidebattien 2000-luvun synteeksiksi. Tämän mukaan oikeudella on sekä normatiivinen että empiirinen puoli, jotka molemmat ovat tutkimuksen arvoiset.⁴ Sekä lainopilla

* *Toni Malminen*, OTT, LL.M. (Yale), tutkijatohtori, Tampereen yliopisto; yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto. Tekstiä koskevista hyödyllisistä keskusteluista ja kommentteista kiitän Veikko Vahteraa ja Petri Kuoppamäkeä sekä kahta anonyymia vertaisarvioijaa. Kaikissa kirjoituksessa viitatuilla internetsivuilla on vierailtu 18.8.2024.

1. Oikeuspositivismin nousu ja yhteiskuntatieteiden professionalistuminen 1800-luvulla synnyttivät nykyisen kaltaisen jännitteen lainopin ja yhteiskuntatieteiden välille. Heikki Pihlajamäki, Oikeuden lainavaatteet: historiallinen katsaus oikeustieteen suhteisiin muihin tieteesiin, s. 13–41 teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.), Oikeuden tuolla puolen. Talantum 2002.
2. Tiukan empirististä lähestymistapaa edusti amerikkalainen oikeusrealisti Underhill Moore, jonka mukaan oikeustiede on muutettava käyttäytymispsykologian osa-alueeksi. Underhill Moore – Charles C. Callahan, Law and Learning Theory: A Study in Legal Control. The Yale Law Journal 53(1) 1943, s. 1–136.
3. Hans Kelsen, Puhdas oikeusoppi. Suom. Olli Nikkola. WSOY 1968, s. 370.
4. Oikeuden kaksista kasvoista ks. Kaarlo Tuori, Two Challenges to Normative Legal Scholarship. Scandinavian Studies In Law 2008, s. 178–202.

että oikeuden yhteiskunnallisella tutkimuksella on paikkansa, ja lupaavimmat tutkimushankkeet liikkuvat usein näiden rajapinnoilla. Kun hyväksytään, että tutkijan oikeuslähdeoppi voi olla vapaampi kuin tuomarin, myös lainoppia voidaan avata yhteiskuntatieteiden suuntaan.⁵ Yhteiskuntatieteellisesti suuntautuneen oikeustutkimuksen perinteiset ongelmat – juristien puutteellinen yhteiskuntatieteiden metodiosaaminen ja yhteiskuntatieteilijöiden haluttomuus perehtyä juridiikan yksityiskohtiin – ratkeavat ekumeenisen käsityksen mukaan parhaiten monitieteisissä tutkimusryhmissä. Niin sanottu uusi oikeusrealismi ja oikeuden yhteiskunnallinen tutkimus edustavat tällaista ekumeniaa.⁶

Oikeus- ja yhteiskuntatieteiden liitto monitieteisissä tutkimusohjelmissa on epäilemättä hedelmällinen asetelma. Joillain oikeudenaloilla oikeus- ja yhteiskuntatieteiden yhdistelyä voi pitää lähes väistämättömänä. Esimerkki tällaisesta on kilpailuoikeus, jonka monet käsitteet, kuten kartelli, monopoli, tehokkuus, määräävä markkina-asema ja kuluttajan ylijäämä, ovat luonteeltaan taloustieteellisiä. Nykyaikaisen kilpailun taloustieteen syntyä 1950-luvulla onkin luonnehdittu ”modernin oikeustaloustieteen häikäisevimmäksi saavutukseksi”.⁷

Oikeus- ja yhteiskuntatieteiden liitto voi synnyttää jännitteitä. Yksi on tieteen ja ideologian sekä tieteen ja taloudellisten intressien mahdollinen ristiveto, kun tutkimustuloksilla pyritään vaikuttamaan oikeudenkäyttöön. Toinen on tieteellisesti virittyneen oikeuskäytännön demokratiavaje, kun laintulkinta etäännyttävänsä lain sanamuodosta ja alkuperäisestä tarkoituksesta.⁸ Kolmas on A. V. Diceyn jo 1800-luvulla havaitsema mahdollinen ristiriita yhtäältä tarkkarajaisien oikeussääntöjen, kuten rikoslain, ja toisaalta väljän modernin hallinnollisen sääntelyn välillä.⁹ Dicey pelkäsi liian yleispiirteisen sääntelyn mahdollistavan virkavastuun välttelyn, koska lainsäätäjän on vaikea sitoa hallintoa väljillä normeilla.

Tässä artikkelissa erittelen aatehistoriallisesti tieteen ja oikeudellisten käytäntöjen suhdetta. Käytän kilpailun taloustiedettä esimerkkinä yhteiskuntatieteen ja oikeuden hedelmällisestä mutta myös mahdollisesti jännitteisestä suhteesta.

5. Parhaita suomalaisia keskustelupuheenvuoroja lainopin ja muiden yhteiskuntatieteiden, etenkin taloustieteen, suhteesta on edelleen Pekka Timonen, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Kauppakaari 1997, s. 31–130.
6. Monitieteistä lähestymistapaa oikeuteen on puolustettu taitavasti uudessa oikeustieteen metodioppikirjassa. Pauli Rautiainen – Aura Kostiainen – Visa Kurki – Niko Soinen – Tapio Määttä, Oikeus ja sen tutkiminen. Vastapaino 2023.
7. George L. Priest, *The Rise of Law and Economics: An Intellectual History*. Routledge 2020, s. 81.
8. Kilpailulainsäädännön sanamuodon ja tavoitteiden välisestä suhteesta ks. Daniel A. Farber – Brett H. McDonnell, “Is There a Text in this Class?” *The Conflict Between Textualism and Antitrust*. *Journal of Contemporary Legal Issues* 14 (2005), s. 619–668.
9. Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Liberty Fund 1982, s. 218–228.

Tapaustutkimukseni on 1950-luvulla syntyneen ja edelleen vaikutusvaltaisen ”chicagolaisen” kilpailun taloustieteen merkitys amerikkalaiselle kilpailuoikeudelle.¹⁰ Tosin koulukunnan vaikutusvalta on suhteellista: on kiinnostavaa, että sen vaikutus oikeuselämässä alkoi kasvaa lähes samanaikaisesti, kun sen suosio kilpailun taloustieteen akateemisissa tutkimuksissa alkoi laskea.¹¹ Chicagon koulu alkoi viimeistään 1970-luvulla vaikuttaa kilpailuvalvontaan viranomaisissa ja tuomioistuimissa, kun ensin tuomioistuimet ja sitten oikeusministeriön kilpailuvalvontaosasto uudistivat kilpailuajatteluaan. Kun kilpailun taloustiede edistyi 1970-luvulta alkaen peliteorian ja empiirisen taloustieteen kehityksen myötä, Chicagon koulukunnan tutkimukset joutuivat kritiikin kohteeksi.¹² Sen asema oikeuskäytännössä on silti vahvistunut vielä 2000-luvulla, ja etenkin liittovaltion korkein oikeus on ollut näihin päiviin asti skeptinen kilpailukanteita kohtaan. Amerikkalainen kilpailuvalvonta on ollut vertailevassa katsannossa säyseää, ja kilpailuoikeuden täytäntöönpanon kansainvälinen painopiste on ollut Brysselissä. Miksi näin on käynyt ja mikä kilpailun taloustieteen merkitys on ollut tälle ilmiölle? Tämä on artikkelin tutkimuskysymys. Antamani vastaus antaa ajattelun aihetta oikeuskäytännön ja yhteiskuntatieteen suhteesta laajemminkin.

Tutkimuksen innoittajana on toiminut Yhdysvalloissa 2010-luvun lopulla ja 2020-luvun alkuvuosina vilkastunut kriittinen keskustelu amerikkalaisen kilpailuoikeuden tilasta, jossa kilpailun taloustieteen on nähty ajautuneen kriisiin.¹³ Hiljattain on jopa vaadittu kilpailuoikeuden ei-taloustieteellistämistä (de-economizing).¹⁴ Keskustelu on valaisevaa myös suomalaisen oikeustutkimuksen näkö-

10. Nimitys ”Chicagon koulu” viittaa Chicagon yliopiston tutkijoiden keskeiseen asemaan paradigman synnyssä. Chicagolainen kilpailuoikeus ei rajoittunut sinne, vaan sen premissit jakaneita tutkijoita on ollut muuallakin ja yhteys Chicagoon on voinut syntyä opettaja-oppilassuhteen kautta, kirjallisten vaikutteiden välityksellä tai siten, että tutkija on päätenyt samanlaisiin johtopäätöksiin itsenäisesti. Tässä kirjoituksessa keskitytään kuitenkin Chicagossa vaikuttaneisiin koulukunnan ydinhahmoihin. Tapaustutkimuksen teoriassa puhutaan usein kriittisestä tapauksesta, jossa valittu tapaus tiedetään aikaisemman tutkimuksen valossa tärkeäksi. Tapauksen tutkimuksen teoriasta ks. Päivi Eriksson – Katri Koistinen, Monenlainen tapaustutkimus. Kullattajatutkimuskeskuksen julkaisuja 4:2005.

11. Käytän kirjoituksessa termejä ”paradigma”, ”koulukunta” ja ”tutkimusohjelma” synonyymeinä tarkoittamaan yhtäältä henkilöryhmää, joka jakaa tutkimuskohteestaan ja tutkimusmenetelmistään riittävässä määrin peruslähtökohtia, jotta se tunnustetaan omaaniseksi, ja toisaalta näistä peruslähtökohdista käsin tehtyä tutkimusta.

12. Empiirisen tutkimuksen edistyksistä ks. Timothy F. Bresnahan – Richard Schmalensee, The Empirical Renaissance in Industrial Economics: An Overview. *Journal of Industrial Economics* 35(4) 1987, s. 371–378.

13. Herbert J. Hovenkamp, The Looming Crisis in Antitrust Economics. *Boston University Law Review* 101 (2021), s. 489–545.

14. Daniel A. Hanley, De-Economizing Antitrust Law Starts with Market Definition. The Sling: Economic Analysis and Competition Policy Research 28.4.2023 osoitteessa www.thesling.org/de-economizing-antitrust-law-starts-with-market-definition/.

kulmasta, koska oikeustaloustieteellä on edelleen vahva asema monilla oikeudenaloilla, erityisesti kilpailuoikeudessa.¹⁵

Toinen virikkeenantaja tutkimukselleni on ollut viime vuosina harppauksin edennyt uusliberalismin historiankirjoitus, joka helpottaa Chicagon koulun sijoittamista historiallisiin yhteyksiinsä.¹⁶ Tutkimuksen uutuusarvo on näiden kahden tutkimus- ja keskusteluperinteen tuomisessa yhteen.

Uusliberalismia ja sen kilpailuoikeutta koskevan keskustelun painopiste on ollut Yhdysvalloissa, mutta tapaustutkimukseni tarjoaa opetuksia monitieteisen tutkimuksen saavutuksista ja vaaroista myös eurooppalaiselle ja suomalaiselle oikeusajattelulle. Kiivaiden amerikkalaisten väittelyiden laineet lyövät jo Euroopassa, jossa on esitetty syytöksiä modernin taloustieteen kilpailuoikeutta vääristävästä vaikutuksesta.¹⁷

Aloitin artikkelin erittelemällä lyhyesti ristiriitoja, joita demokratian ja oikeusvaltion sekä tieteen ja ideologian välille voi syntyä. Luvussa 3 esittelen Chicagon koulun nousun vaikutusvaltaiseksi kilpailun taloustieteen ja kilpailuoikeuden tutkimusohjelmaksi. Taloustieteen kehitys 1970- ja 1980-luvuilta alkaen alkoi yhä useammin asettaa Chicagon koulun perusoletuksia kyseenalaisiksi. Sen sijaan, että chicagolaiset olisivat pyrkineet vastaamaan kritiikkiin omilla empiirisillä tutkimuksillaan, he usein sivuuttivat kriittiset näkökulmat, kuten luvussa 4 esitetään. Koska erityisesti korkeimman oikeuden käytäntö on pitkälti seurannut kilpailuvalvontaskeptisiä painotuksia, amerikkalainen kilpailuoikeus on etäännynt modernista taloustieteestä. Samalla se on alkanut kärsiä enenevässä määrin

15. Artikkelissa käsitellyn kehityskulun voi ajatella olevan ominainen juuri common law -tyyppisille järjestelmille, joissa tuomarin rooli on usein vapaampi kuin romaanis-germaanisisa. Kilpailuoikeudessa ero on kuitenkin suhteellinen, koska se yhtäältä perustuu Yhdysvalloissakin säädännäisöoikeuteen ja toisaalta eurooppalainen kilpailulainsäädäntö on kirjoitettu väljästi taloustieteen kielellä, jolloin lainsoveltajalle jää paljon harkintavaltaa.

16. Uusliberalismi on kiistanalainen käsite. Ymmärrän sen yhtäältä aikakautena ja toisaalta ideologiana. Aikakautena uusliberalismin kausi voidaan sijoittaa 1970-luvulta 2010-luvun puoliväliin, jolloin valtioiden ja markkinoiden suhdetta määriteltiin uudelleen, maailma globalisoitui ja oikeudellisia avainsanoja olivat muun muassa ”deregulaatio” ja ”tehokkuus”. Nykytutkimuksessa korostetaan, että viimeistään 1990-luvulla myös vasemmisto kallistui melko laajasti uusliberalismiin. Ideologiana uusliberalismi oli 1800-luvun klassisen liberalismien perillinen, mutta se katsoi markkinoiden toimivuuden edellyttävän yövärtijavaltiota vahvempaa keskusvaltaa luomaan ja turvaamaan markkinoita. Ainakaan chicagolainen uusliberalismi ei jakanut monien klassisten liberaalien huolta yksityisen taloudellisen vallan keskittymisestä. Hyvä osoitus uusliberalismia koskevan nykytutkimuksen korkeasta tasosta on Gerstlen synteesi. Gary Gerstle, *The Rise and Fall of the Neoliberal Order*. Oxford University Press 2022.

17. Hyvä yhteenvedo ja taloustieteen puolustuspuhe on Jorge Padilla, *Expelling the Economists from EU Merger Control*. CPI Antitrust Chronicle, December 2023 osoitteessa www.compasslexecon.com/insights/publications/expelling-the-economists-from-eu-merger-control. Eurooppalaisen ordoliberalismin perinteen syrjäytymistä amerikkalaisen uusliberalismin tieltä on hiljattain eritelty digitaalisen oikeushistorian työkaluilla. Anselm Küsters, *The Making and Unmaking of Ordoliberal Language: A Digital Conceptual History of European Competition Law*. Klostermann 2023.

demokratiavaajeesta. Lopuksi esitän tapaustutkimukseni perusteella muutamia yleisempiä havaintoja tieteen ja oikeustutkimuksen sekä -käytännön suhteesta.

2. Tiede, ideologia ja oikeusvaltio

Chicagon koulu oli samanaikaisesti sekä tieteellinen tutkimusohjelma että hanke, jolla puolustetaan yhteiskunnallista ideologiaa: klassisen liberalismiin uudenlaista 1900-luvun ilmenemismuotoa, uusliberalismia.¹⁸ Yhteiskuntatieteissä tieteen ja ideologian erottaminen ei aina ole helppoa, koska yhteiskuntatieteet harvoin saavuttavat sellaista empiirisen varmuuden ja objektiivisuuden tasoa kuin luonnontieteet. Arvot ja arvostukset saattavat vaikuttaa paitsi tutkimuskohteen valintaan myös tulosten tulkintaan sekä niistä tehtyihin yhteiskuntapoliittisiin johtopäätöksiin. Lisäksi modernit yhteiskunnalliset ideologiat, kuten liberalismi, kommunismi ja sosialismi (sosiaalidemokratia), ovat synnyttäneet tutkimusohjelmia.¹⁹ Analyttisellä tasolla tiede ja ideologia ovat kuitenkin erotettavissa.

Niiniluodon mukaan tieteen historiallisesti kehittyvästä luonteesta huolimatta on olemassa yleisiä, kaikkiiin järkeviin tiedekäsityksiin liittyviä piirteitä, kuten objektiivisuus, kriittisyys, autonomisuus ja edistyvyys.²⁰ Objektiivisen tieteen tuntomerkkejä on se, että tutkimuskohde vaikuttaa tutkijaan ja että tulosten sisältö vastaa kohteen ominaisuuksia. Kriittisyys taas voidaan tiivistää koeteltavuuden periaatteeksi: tieteellisten hypoteesien tulee olla julkisesti tarkistettavissa, ja jos ne eivät tällaista tarkastelua kestä, ne tulee hylätä niiden esittäjän auktoriteetista riippumatta. Tieteen autonomia puolestaan edellyttää, että tiedeyhteisö itse huolehtii tieteen tulosten korjaamisesta. Edistyvyyden Niiniluoto määrittelee

18. Terminä ”uusliberalismi” syntyi jo 1938, jolloin Pariisissa järjestettiin Colloque Walter Lippmann. Nimellä haluttiin korostaa eroa yhtäältä 1800-luvun Manchester-liberalismiin ja toisaalta moderniin vasemmistoliberalismiin. Tapaamisen merkityksestä ks. Helena Rosenblatt, *French Liberalism from Montesquieu to the Present Day*. Cambridge University Press 2012. s. 214–219. Liikkeenä uusliberalismi alkoi vahvistua 1940-luvun lopussa ja 1950-luvun alussa, jolloin perustettiin Mont Pelerin Society. Philip Mirowski – Dieter Plehwe (eds), *The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*. Harvard University Press 2009.

19. Tieteen merkityksestä marxilaisuudessa ks. Leszek Kołakowski, *Main Currents of Marxism*. W. W. Norton & Company 2005. Sosiaalidemokratian tieteellisfilosofisista peruslähtökohdista ks. James T. Kloppenberg, *Uncertain Victory: Social Democracy and Progressivism in European and American Thought 1870–1920*. Oxford University Press 1986. Niin sanotun uuden liberalismiin ja sosiologian suhteesta ks. Stefan Collini, *Liberalism and Sociology: L. T. Hobhouse and Political Argument in England 1880–1914*. Cambridge University Press 1979.

20. Ilkka Niiniluoto, *Tiede, filosofia ja maailmankatsomus*. Otava 1984, s. 21–30.

siten, että kyse on tutkimusohjelmien valmiudesta verrata omaa teoriaansa kilpailuviin teorioihin ja ratkaista oman tutkimusohjelmansa ja teoriansa puutteita.

Ideologia voidaan vuorostaan määritellä ”enemmän tai vähemmän johdonmukaiseksi ideoryppääksi, joka luo perustan vallitsevan valtajärjestyksen säilyttämiseksi, muuttamiseksi tai kumoamiseksi”.²¹ Ideologiaan kuuluu samanaikaisesti käsitys todellisuudesta ja visio hyvästä yhteiskunnasta sekä jonkinlainen malli siitä, miten edellisestä siirrytään jälkimmäiseen. Ideologialla on kaksoisluonne: se on yhteiskuntafilosofia (esimerkiksi liberalismi tai sosialismi) ja poliittinen liike, joka taistelee yhteiskunnallisesta vallasta toteuttaakseen yhteiskuntafilosofiaansa. Etenkin ensimmäinen ulottuvuus perustuu usein filosofiseen analyysiin ja yhteiskuntatieteelliseen tutkimukseen.²²

Tieteen ja ideologian suhdetta hahmotettaessa on hyödyllistä erottaa yhteiskuntatieteen ideologisuus heikossa ja vahvassa merkityksessä. Esimerkiksi yhteiskunta- ja oikeustieteen valtavirtatutkimus rakentuu vähintään implisiittisesti individualistisille perusoletuksille ja sitä kautta niiden ”kätkeyty” yhteiskuntateoria on lähes aina jonkinlainen liberalismi.²³ Tieteen ideologisuus vahvassa merkityksessä puolestaan viittaa erilaisiin yhteenkietoutumisesta seuraaviin ongelmiin. Tieteen subjektiivisuuteen viittaa, etteivät uudet tutkimustulokset juuri muuta tutkijan käsityksiä ja että tutkimusohjelman premissit erkaantuvat yhä kauemmas tutkimuskohteesta. Tieteen kriittisyyden valossa kyseenalaista on esimerkiksi vedota vanhoihin auktoriteetteihin ja heidän saavutuksiinsa (esimerkiksi saatuihin Nobel-palkintoihin tai muihin kunnianosoituksiin), jos myöhempi tutkimus on asettanut heidän tuloksensa kyseenalaisiksi. Tieteen edistyvyys kärsii, kun jokin koulukunta käpertyy sisäänpäin, ei ole enää valmis arvioimaan perusoletuksiaan uudelleen eikä käymään dialogia kilpailevien paradigmojen kanssa. Tieteen ja ideologian sekoittumisen vaara on erityisen suuri, kun siirrytään puhtaasta akateemisesta tutkimuksesta edelleen käytännön politiikkaan ja oikeuselämään, koska akateemisten tavoitteiden rinnalle alkavat nousta yhä vahvemmin yhteiskunnalliset intohimot. Chicagon koulun historiaa voi luonnehtia siten, että siihen kuuluivat alusta asti tieteelliset ja ideologiset ulottuvuudet, joista ajan myötä jälkimmäinen vahvistui ja edellinen jäi taemmas.

Lopuksi artikkelin peruskäsitteistä demokratia ja sen vastinpari oikeusvaltio voidaan määritellä yksinkertaisesti siten, että demokratiassa valta kuuluu kansalle (joko suoraan tai edustuksellisesti) ja oikeusvaltiossa julkisessa toiminnassa on noudatettava lakia. Vaatimus julkisen hallinnon toiminnan lainmukaisuus-

21. Andrew Heywood, *Political Ideologies: An Introduction*. Third Edition. Palgrave 2003, s. 12.

22. Esimerkiksi Milton Friedman kirjoitti sekä taloustieteellisiä tutkimuksia että uusliberalistisia pamfletteja ja toimi muun muassa Barry Goldwaterin presidenttikampanjan epävirallisena taloustieteellisenä neuvonantajana 1964. Kim Phillips-Fein, *Invisible Hands: The Businessmen's Crusade Against the New Deal*. W. W. Norton & Company 2010.

23. Oikeustieteen kätketystä yhteiskuntateoriasta ks. Kaarlo Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Werner Söderström Lakitieto 2000.

desta yhdistää sekä saksalaisperäistä oikeusvaltioperiaatetta että angloamerikkalaista rule of law -ideaa.²⁴

Demokraattisessa oikeusvaltiossa ideologia, tiede ja oikeus ovat usein vuorovaikutuksessa ilman ristiriitoja. Jännitteitä syntyy, kun lainsäädäntöä jätetään tietoisesti soveltamatta, jos sen sisältö ei vastaa tiettyä tieteellistä paradigmaa tai ideologiaa – tai tulkinta irtoaa kauas lain sanamuodosta ja lainsäätäjän tarkoituksesta. Ongelma pahenee, jos lainsoveltamiseen ja -tulkintaan vaikuttava paradigma on luutunut tutkimuksesta ideologiaksi. Jos sekä toimeenpanoviranomaiset että niiden toimintaa valvovat tuomioistuimet jakavat samat ideologiset lähtökohdat, oikeusvaltioperiaate joutuu koetukselle, kun tuomioistuimet eivät valvo viranomaisten toimintaa. Tällöin oikeutta alkaa vaivata demokratiavaje ja oikeusvaltioperiaate alkaa taipua. Chicagon koulun ja amerikkalaisen kilpailuoikeuden historia tarjoaa oppitunnin näistä ristiriidoista.

3. Chicagolaisen kilpailuoikeuden nousu

Chicagolaisessa ajattelussa kilpailusta ja suuryrityksistä sekä niiden oikeudellisesta sääntelystä voi erottaa kolme vaihetta: alkuvaiheen klassisen liberalismiin, siirtymän uusliberalismiin ja koulukunnan läpimurron.

Ensimmäisessä vaiheessa 1930-luvulta 1950-luvulle Chicagon yliopisto toimi Yhdysvalloissa klassisen liberalismiin turvasatamana aikana, jolloin maan oikeutta ja politiikkaa hallitsi New Dealin aikakaudella vakiintunut vasemmistoliberalismi, jonka mukaan valtiolla tuli olla vahva rooli kansan- ja yritystaloudessa.²⁵ Tässä vaiheessa chicagolaiset muodostivat markkinoiden vapautta puolustavan vastarintaliikkeen, joka jakoi vasemmistoliberaalien epäluulon suuryrityksiä kohtaan.²⁶ Skeptisyys leimaa muun muassa Henry C. Simonsin suuren laman keskellä vuonna 1934 julkaisemaa vapaan markkinatalouden puo-

24. Kaarlo Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas. WSOY 2007, s. 231–232.

25. Yhtiöiden asemasta amerikkalaisessa poliittis-oikeudellisessa keskustelussa ks. Nicholas Lemann, *Transaction Man: The Rise of the Deal and the Decline of the American Dream*. Farrar, Straus and Giroux 2019.

26. Suuryrityksiä kohtaan tunnetulle epäluulolle oli kaksi historiallista juurta. Vanhempi oli suurten ”trustien” (konsernit, joita hallinnoitiin trustin kautta) nousu 1800-luvun lopulla. Myöhemmin 1930-luvulla koettiin laajasti, että suuryritykset olivat vastustaneet New Dealia ja sitä kautta olleet valmiita tuhoamaan yhteiskunnan, jottei niiden toimintaa säänneltäisi. Molemmat narratiivit perustelivat suuryritysten sääntelyn tarvetta. Liittovaltion korkein oikeus reagoi näihin ilmiöihin siirtymällä 1930- ja 1940-luvuilla niin sanottuun kaksihaaraiseen perustuslainmukaisuuden arviointiin. Taloudellis-sosiaalisen sääntelyn arviointikriteeri on lievempi rational basis -tutkinta, jossa arvioidaan, täyttääkö laki rationaalisuuden minimivaatimukset. Etnisten ryhmien yhdenvertaisuutta tai sananvapautta mahdollisesti rajoittavan sääntelyn ar-

lustusta A Positive Program for Laissez Faire. Otsikostaan huolimatta Simons ei puolustanut sääntelystä vapaata taloutta vaan piti suuryrityksiä merkittävänä uhkana yhteiskunnalle.²⁷ Vielä 20 vuotta myöhemmin merkittävä chicagolainen taloustieteilijä ja yksi uusliberalismin aatteellisista arkkitehteistä, George Stigler, jakoi Simonsin huolen suuryrityksistä.²⁸ Samanlainen skeptisyys leimasi amerikkalaista yhteiskuntatiedettä laajemminkin C. Wright Millsin sosiologiasta John Kenneth Galbraithin taloustieteeseen.²⁹

Chicagon koulun toista vaihetta vuosina 1950–1973 voi kutsua käänneeksi uusliberalismiin ja laajamittaiseksi hyökkäykseksi New Deal -kauden yhteiskunnallisia, oikeudellisia ja aatteellisia rakenteita vastaan. Avainhahmo tässä toisessa vaiheessa oli Aaron Director, Sokrates-henkinen taloustieteilijä, joka julkaisi vähän mutta vaikutti keskustelijana ja opettajana sekä chicagolaisiin taloustieteilijöihin että oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijoihin ja opiskelijoihin. Director oli palkattu Chicagon yliopiston oikeustieteelliseen tiedekuntaan 1946 Volker-säätiön taloudellisella tuella, koska säätiö oli huolissaan vapaiden markkinoiden tulevaisuudesta toisen maailmansodan jälkeisessä maailmassa.³⁰

Directorin vaikutuksesta chicagolaisten suhtautuminen suuryrityksiin muuttui.³¹ He vakuutuivat, että yritys kasvaa suureksi yleensä siksi, koska se tuottaa tavaroita ja palveluita tehokkaammin kuin kilpailijansa. Samanaikaisesti chicagolaiset alkoivat suhtautua kriittisesti amerikkalaiseen kilpailuoikeuteen, jota he pitivät taloustieteellisesti kestävämmänä ja ideologialtaan vasemmistolaisena. Heidän mukaansa ongelmallisia olivat myös tuon ajan taloustieteessä vaikutusvaltaiset epätäydellisen kilpailun teoriat, kuten oligopoliteoria ja monopolistisen

viointitapa on niin sanottu heightened scrutiny. G. Edward White, *The Constitution and the New Deal*. Harvard University Press 2000.

27. Henry C. Simons, *A Positive Program for Laissez Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy*. University of Chicago Press 1934.
28. Artikkelissaan *The Case Against Big Business* Stigler vaati suurten yritysten pilkkomista pienemmiksi. George J. Stigler, *The Case against Big Business*. *Fortune* 45(5) 1952, s. 123. Vuonna 1955 hän esitti, että yrityskauppa- ja kilpailuvalvonnassa kriittisen markkinaosuusrajan tulisi olla 20 %, joka on nykykäytön valossa matala osuus. George J. Stigler, *Mergers and Preventive Antitrust Policy*. *University of Pennsylvania Law Review* 104 (1955), s. 176–184, 182.
29. C. Wright Mills, *The Power Elite*. Oxford University Press 1956 ja John Kenneth Galbraith, *The New Industrial State*. Houghton Mifflin 1967.
30. Directorin taustasta ja vaikutuksesta ks. Johan Van Overtveldt, *The Chicago School: How the University of Chicago Assembled the Thinkers Who Revolutionized Economics and Business*. Agate 2007, s. 68–74. Talouden vapautta ja konservatiivisia kulttuuriarvoja puolustavien säätiöiden rahoituksen merkitystä Chicagon koulun synnylle painottaa Steven M. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law*. Princeton University Press 2008.
31. Muutos on jäljitetty melko tarkasti vuoteen 1950. Robert Van Horn, *Chicago's Shifting Attitude Toward Concentrations of Business Power (1934–1962)*. *Seattle University Law Review* 34(4) 2011, s. 1527–1544, 1540–1543.

kilpailun mallit. Näitä molempia oli hyödynnetty oikeutettaessa aktiivista kilpailuvalvontaa, joka kiristyi Yhdysvalloissa huippuunsa 1960-luvulla.³²

Joitain keskeisiä Chicagossa kehitettyjä ajatuksia olivat seuraavat: Stiglerin tunnetuimpia taloustieteellisiä saavutuksia olivat hänen pioneeriluonteiset informaation taloustieteen tutkimuksensa, joissa painotettiin muun muassa tiedonhankinnan vaikeutta ja kustannuksia sekä niiden merkitystä taloudellisessa päätöksenteossa.³³ Tästä käsin hän uudelleenarvioi klassisia kilpailuoikeudellisia ongelmia, kuten oligopolistisia markkinoita ja erilaisia epäasiallisen kolluusion muotoja. Oli uskottu, että keskittyneet markkinat edistävät kilpailijoiden kiellettyä yhteistyötä. Stiglerin mukaan kilpailuoikeus ei ollut tunnistanut sitä, miten vaikeaa kartelliosapuolten on valvoa toistensa hinnoittelua ja tuotantomääriä. Hänen mukaansa kartellien ja keskittyneiden markkinoiden pelko oli liioiteltua.³⁴ Lisäksi chicagolaiset uskoivat alalle tulon esteiden olevan yleensä matalia, jolloin kartellien luomat ylihinnat vetäisivät joka tapauksessa markkinoille uutta kilpailua, joka poistaisi melko nopeasti kartellin hyödyt. Saalistushinnoittelun tapaiset määräävän markkina-aseman väärinkäyttötilanteet johtaisivat samaan lopputulokseen: ensin saalistusvaiheessa asiakkaat nauttisivat halvoista hinnoista, ja kun saalistaja nostaisi hintoja, alalle tulisi uusia kilpailijoita, jotka veittäisivät strategian.

Yrityskauppavalvonnan osalta chicagolaiset uskoivat kilpailun olevan kireää myös keskittyneillä markkinoilla lähes monopoliin asti ja korkeiden markkinaosuuksien kertovan ennen kaikkea suurten yritysten tehokkuudesta. He katsoivat aiemman taloustieteen liioitelleen tuotedifferentiaation merkitystä ja eri markkinoiden erityispiirteitä sekä uskoivat eri markkinoiden ja toimialojen pikemminkin noudattavan samanlaisia markkinatalouden peruslakeja.

Chicagolaisten teoreemia, oletuksia ja hypoteeseja voi yhdessä kutsua täydellisen kilpailun malliksi.³⁵ Kilpailu on tämän valossa lähes aina kireää ja markkinat ratkaisevat ongelmia yleensä tehokkaammin kuin kilpailuoikeusinterventiot. Keskustelu käytiin pääosin teknisin kilpailuoikeuden ja kilpailun taloustieteen käsittein, mutta perimmäinen kysymys oli valtion rooli markkinataloudessa – tuota roolia chicagolaiset halusivat pienentää tuntuvasti. Kilpailuoikeus oli yksi sillanpääasemista, joista käsin New Deal -järjestystä alettiin murtaa.

32. Huipentumia olivat korkeimman oikeuden 1960-luvun yrityskaupparatkaisut ja lakiesitys nimeltään Concentrated Industries Act, joka olisi oikeuttanut yrityskeskittymien pilkkomisen. Chicagolaiset hyökkäsivät voimakkaasti lakiesitystä vastaan, ja Nixonin hallinto hautasi sen. Chicagolaisten kritiikistä ks. Harold Demsetz, *The market concentration doctrine: An examination of evidence and a discussion of policy*. American Enterprise Institute for Public Policy Research 1973.

33. George J. Stigler, *The Economics of Information*. *Journal of Political Economy* 69(3) 1961, s. 213–225.

34. George J. Stigler, *A Theory of Oligopoly*. *Journal of Political Economy* 72(1) 1964, s. 44–61.

35. George J. Stigler, *Perfect Competition, Historically Contemplated*. *Journal of Political Economy* 65(1) 1957, s. 1–17.

Markkinoiden kilpailuongelmien sijasta chicagolaiset käänsivät huomionsa demokratian ja sääntelyn ongelmiin, kuten lainsäätäjän poliittiseen monopoliin ja eturyhmien mahdollisuuksiin kaapata lainsäädäntö- ja viranomaiskoneistot omien etujensa ajamiseen.³⁶ Uusliberalismin hengessä ongelma oli valtio, ei markkinat. Lepsua kilpailuvalvontaa todennäköisempi ongelma olivat kilpailuoikeudellisesti irrationaaliset, ylitäytäntöönpanoksi luokitellut ennakkoratkaisut, jotka saattavat johtaa yritysten pelkoon kasvaa suuriksi ja kilpailla tehokkaasti.³⁷

Chicagon koulun kolmatta vaihetta vuodesta 1973 alkaen voi kutsua sen vaikutusvallan kaudeksi, jolloin koulukunnan edustajat olivat suuntaamassa uudelleen amerikkalaista kilpailuoikeutta ja politiikkaa sekä yhteiskunta-ajattelua laajemmin. Kiinnostava hahmo tässä kolmannessa vaiheessa oli yksi Directorin juristioppilaista, Robert Bork.³⁸ Borkin vuonna 1978 ilmestynyttä teosta *The Antitrust Paradox* on luonnehdittu 1900-luvun jälkipuoliskon vaikutusvaltaisimmaksi kilpailuoikeustutkimukseksi Yhdysvalloissa.³⁹ Teoksen sisällön voi tiivistää seuraavasti: Bork pyrki selvittämään amerikkalaisen kilpailuoikeuden historiallisen tavoitteen ja katsoi sen (kiistanalaisesti) olevan taloudellinen tehokkuus. Jos esimerkiksi yritys tuottaa sulautumisen jälkeen 1 000 yksikköä enemmän kuin sulautuneet kaksi yritystä aiemmin yhteensä (tai tuottaa saman määrän pienemmillä kustannuksilla), on fuusio tehokas. Borkin mielestä edes hintojen nousu sulautumisen jälkeen ei ole ongelma, jos yritys voisi teoriassa kompensoida kuluttajille korkeammista hinnoista johtuvat vahingot (niin sanottu tehokkuuden Kaldor–Hicks-kriteeri). Bork ei pitänyt tulonjakovaikutusta kuluttajilta yrityksille ongelmana, koska suuri osa amerikkalaisista omisti osakkeita ja hyötyisi arvonnousun kautta tehokkuusparannuksista.⁴⁰

Koska kilpailuoikeuden yksinomaisena tavoitteena tulisi chicagolaisten mukaan olla tehokkuus, sen tuli Borkin mukaan keskittyä kartelleihin ja hyvin korkeisiin, lähes monopoliasemaan johtaviin horisontaalisiin yrityskauppihin, koska kartellit ja monopolit aiheuttivat tehokkuustappioita ilman tehokkuushyötyjä. Sen sijaan vertikaaliset kilpailunrajoitukset ja määräävän markkina-aseman

36. Gary S. Becker, *Competition and Democracy*. *Journal of Law & Economics* 1 (1958), s. 105–109 ja George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2(1) 1971, s. 3–21.

37. Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*. *Texas Law Review* 63(1) 1984, s. 1–40.

38. Myös Richard Posner oli vaikutusvaltainen. Erityisesti korkeimman oikeuden nykytilanteen ymmärtämisen kannalta Bork on nähdäkseni tärkeämpi hahmo. Posnerin ajattelun kehityksestä nuoresta vasemmistoliberaalista chicagolaiseksi oikeustaloustieteilijäksi ja edelleen kohti modernia keynesiläisyyttä vuoden 2008 finanssikriisin jälkeen ks. William Domnarski, Richard Posner. Oxford University Press 2016.

39. William E. Kovacic, *Out of Control – Robert Bork’s Portrayal of the U.S. Antitrust System in the 1970s*. *Antitrust Law Journal* 79 (2014), s. 855–879, 855.

40. Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself. With a New Introduction and Epilogue*. The Free Press 1993, s. 90–133. Tämä vuoden 1993 laitos on muuten identtinen vuoden 1978 version kanssa mutta sisältää uuden johdannon ja epilögin.

väärinkäyttötilanteet harvoin vaativat Borkin mukaan viranomaisten väliintuloa, vertikaaliset yrityskaupat ja konglomeraattisulautumiset eivät juuri koskaan. Borkin hahmottelema uusi kilpailuoikeus on kiinnostavalla tavalla lähellä modernin kilpailuoikeuden syntyä edeltänyttä 1800-luvun common law -oikeutta, jossa tunnistettiin monopolien ja kartellien ongelmat mutta muuten pidettiin elinkeino- ja sopimusvapautta oikeusjärjestelmän johtotähtinä.⁴¹

Borkin terminologia ja perusteluketjut alkoivat näkyä oikeuskäytännössä 1970-luvun jälkipuoliskolla ja viranomaistoiminnassa 1980-luvun alussa.⁴² Keskeiset muutokset voi tiivistää siten, että 1970-luvun puolivälistä yhä useammat kysymykset on siirretty ehdottomista *per se* -kielloista käsiteltäväksi kantajan kannalta haastavassa rule of reason -litigaatiossa. Vertikaaliset kilpailunrajoitukset ja vertikaaliset yrityskaupat lakkasivat joksikin aikaa olemasta huolenaihe. Monille määräävän markkina-aseman muodoille on asetettu tiukat kriteerit, joiden takia kanteen menestymismahdollisuudet ovat lähtökohtaisesti heikot. Hintasyrjintää sääntelevä Robinson–Patman-laki on muuttunut käytännössä kuolleeksi kirjaimeksi. Yrityskauppojen kohtelu on lieventynyt 1960-luvulta nykypäivään dramaattisesti. Kilpailuoikeudellisten vahingonkorvauskanteiden edellytykset ovat korkeat. Näiden muutosten myötä kilpailuoikeuden merkitys kutistui Yhdysvalloissa vuoteen 2016 asti.⁴³

4. Kilpailun taloustieteen edistys ja Chicagon koulun vastarinta

Lähes samanaikaisesti, kun chicagolaisten ajatukset alkoivat saada vastakaikua oikeuselämässä, heidän ajattelunsa joutui kilpailevien taloustieteellisten paradigmojen kriittiseen analyysiin. Erityisen merkittäviä ovat olleet peliteorian ja empirisen kilpailun taloustieteen kehitys, myös taloustieteen uskottavuusvalankumous.

Peliteoria näytti osoittavan, että strategisesti toimivat yritykset voivat toimia tavalla, jota chicagolaiset olivat pitäneet epätodennäköisenä, ellei mahdolloma-

41. Varhaisen amerikkalaisen kilpailuoikeuden suhteesta common law -oikeuteen ks. Rudolph J. R. Peritz, *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law*. Oxford University Press 1996, s. 9–26. Suurin ero vanhan common law -oikeuden ja chicagolaisen kilpailuoikeuden välillä on, että edellinen tarkasteli usein toimijoiden motiiveja, chicagolaiset toiminnan seurauksia.
42. Ratkaisun Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330 (1979) mukaan ”Congress designed the Sherman Act as a ‘consumer welfare prescription.’ R. Bork, *The Antitrust Paradox* 66 (1978)”.
43. Hyvä yhteenveto amerikkalaisen kilpailuoikeuden trendeistä 1970-luvun lopulta 2010-luvulle on Herbert Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?* *Notre Dame Law Review* 94(2) 2019, s. 583–638, 598–607.

na.⁴⁴ Kun chicagolaiset uskoivat alalle tulon olevan helppoa, jos julkinen sektori ei luo hallinnollis-juridisia esteitä, peliteorian mukaan yritysten kannattaa itse pyrkiä luomaan alalle tulon esteitä. Samoin saalistushinnoittelu alkoi näyttää toimivalta strategialta. Myös vertikaalinen integraatio saattoi tilanteen mukaan olla jakelun tehokkuutta lisäävä ratkaisu ”vapaamatkustajaongelmaan” tai strategia katkaista kilpailijoiden pääsy tuotanto- ja jakelukanaviin.⁴⁵

Toisen haasteen Chicagon koululle on heittänyt empiirisen taloustieteen kehitys. Chicagolaiset itse vaativat taloustieteen keskittyvän normatiivisen tutkimuksen sijasta positiiviseen, empiiriseen analyysiin.⁴⁶ Directorin oppilaat pyrkivät kilpailuoikeudellisen kansanperinteen sijasta arvioimaan oikeudenalan klassikotapauksia ja lainsäädäntöä tinkimättömän taloustieteellisesti. Vielä 1950- ja 1960-luvuilla empiirinen kilpailun taloustiede oli kuitenkin lapsenkengissään. Ala alkoi kehittyä nopeasti 1970-luvulla, jolloin se irtautui nopeasti täydellisen kilpailun malleista.

1990-luvulle tullessa empiirisen tutkimuksen vaatimukset alkoivat tiukentua tavalla, jota on kutsuttu uskottavuusvallankumoukseksi.⁴⁷ Ironisesti tämä alkoi, kun tutkijat alkoivat soveltaa uudenlaisia lähestymistapoja – esimerkiksi luonnollisia koeasetelmia – yhteen Chicagon koulun tunnetuimmista teeseistä, jonka mukaan vähimmäispalkan korotus lisää työttömyyttä. Tämä chicagolaisen hintateorian sovellus ei näyttänyt olevan niin vahva kuin esimerkiksi Director ja Friedman olivat uskoneet. Nämä tutkimukset ovat kasvattaneet empiirisen taloustieteen roolia ja vaatimustasoa sekä heittäneet varjon monien Chicagon koulun teoreemien ylle.⁴⁸

Samanaikaisesti taloustieteen kehityksen myötä talouselämä itsessään on ollut murroksessa. Viimeistään 1980-luvulta patenttien ja muiden immateriaa-

44. Edward J. Green – Robert H. Porter, Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information. *Econometrica* 52(1) 1984, s. 87–100.

45. Hyvä yhteenveto on Steven Berry – Martin Gaynor – Fiona Scott Morton, Do Increasing Markups Matter? Lessons from Empirical Industrial Organization. *Journal of Economic Perspectives* 33(3) 2019, s. 44–68.

46. Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, s. 145–178 teoksessa Milton Friedman, *Essays in Positive Economics*. University of Chicago Press 1953.

47. Joshua D. Angrist – Jörn-Steffen Pischke, *The Credibility Revolution in Empirical Economics: How Better Research Design Is Taking the Con out of Econometrics*. *Journal of Economic Perspectives* 24(2) 2010, s. 3–30.

48. Yksi tieteen ja oikeuskäytännön jännitteiden lähde on tieteen nopea kehitys ja tuomareiden haaste pysyä ajan tasalla. Liittovaltion korkeimman oikeuden tuomari John Paul Stevens oli tunnettu kilpailuoikeusosaajana, ja hän oli jopa opettanut oikeudenalaa yhdessä Directorin kanssa Chicagossa 1950-luvulla. Vielä vuoden 2019 muistelmissaan hän kertoo, miten Director opetti hänelle minimipalkan ja työttömyyden kohtalonyhteyden. John Paul Stevens, *The Making of a Justice: Reflections on My First 94 Years*. Little, Brown 2019, s. 98. Osana uskottavuusvallankumousta tämä yhteys oli problematisoitu jo 1990-luvulla. David Card – Alan B. Krueger, *Myth and Measurement: The New Economics of the Minimum Wage*. Princeton University Press 1995.

lioikeuksien merkitys alkoi kasvaa, mikä synnytti uudenlaisia alalle tulon esteitä. Moniin digitaalisen talouden palveluihin liittyvä verkostovaikutus vaikuttaa samalla tavalla.⁴⁹ Lisäksi toisin kuin chicagolaiset olivat esittäneet, tuotedifferentiaatio ja kilpailun eriasteinen läheisyys ja etäisyys ovat todellisia ilmiöitä. Yksinkertainen esimerkki differentiaatiosta ja kilpailun läheisyydestä on hiekkarannalla olevat jäätelökioskit – mitä kauempana kioski on asiakkaasta, sitä vähemmän houkutteleva se on kuumana päivänä. Samoin kalliit premium-jäätelöt ja näyttävät annokset saattavat vedota eri asiakkaisiin kuin edullisemmat peruspuikot. Tämä tarkoitti sitä, että markkinaosuudet eivät kertoneet kaikkea kilpailutilanteesta. Jos yrityskaupan osapuolet ovat kaksi toisilleen läheistä kilpailijaa, kauppa voi nostaa hintoja ja aiheuttaa muita kilpailuhaittoja tietyllä tuotesegmentillä matalammillakin markkinaosuuksilla. Tällaiset talouselämän muutokset ja chicagolaisten haluttomuus huomioda niitä alkoivat etäännyttää chicagolaisten klassikkotutkimuksia taloustieteestä ja reaalityaloudesta. Nopeasti etenevän tieteen sijasta tietyt chicagolaiset tutkimukset, kuten Borkin *The Antitrust Paradox*, alkoivat muuttua kaanoniksi, jota siteerataan, vaikka sen taustalla oleva käsitys taloudesta ja taloustieteestä on yhä kauempana nykyhetkestä.

Koska Chicagon koulun ylpeydenaihe oli heidän taloustieteellinen lähestymistapansa kilpailuoikeuteen, voisi ajatella kilpailun taloustieteen edistyksen aloittaneen hedelmällisen paradigmojen välisen vuoropuhelun. Tällaista ei oikein koskaan syntynyt. Hyviä esimerkkejä ovat Stigler ja Bork. Jo 1970-luvulla peliteoreetikot alkoivat identifioida tilanteita, joissa kolluusio johtaa tasapainotilaan.⁵⁰ Jopa Chicagon koulun avainhamoihin kuuluva Posner piti oligopoleja ja kartelleja pahempina ongelmana kuin Stigler ja painotti tarvetta yrittää tunnistaa hiljaisen kolluusion muotoja markkinarakenteiden ja yritysten kannustimien perusteella.⁵¹ Stigler ei kuitenkaan koskaan innostunut monopolistisen kilpailun mallista eikä peliteoriasta.⁵² Vielä vuoden 1988 muistelmissaan *Memoirs of an Unregulated Economist* Stigler kertoo, miten päätyi epäilemään oikeudellista sääntelyä yleisesti ja kilpailuoikeutta erityisesti.⁵³

Vielä varovaisemmin kilpailun taloustieteen edistysaskeliin suhtautui Bork. Hän epäili jo oman aikansa kilpailun taloustiedettä siltä osin kuin se vaatisi ekonometristä analyysia, joka olisi hänen mukaansa liian vaativaa tuomareille ja valamiehille. Hänen mukaansa viranomaisten ja tuomioistuinten pitäisi pi-

49. Gregory J. Werden, *Network Effects and Conditions of Entry: Lessons from the Microsoft Case*. *Antitrust Law Journal* 69(1) 2001, s. 87–111.

50. Michael Rothschild – Joseph Stiglitz, *Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information*. *The Quarterly Journal of Economics* 90(4) 1976, s. 629–649.

51. Richard A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*. *Stanford Law Review* 21 (1968–1969), s. 1562–1606.

52. George J. Stigler, *Five Lectures on Economic Problems*. Longmans 1949, s. 22.

53. George J. Stigler, *Memoirs of an Unregulated Economist*. Basic Books 1988.

kemminkin olettaa, että yrityskauppoja ja vertikaalisia kilpailunrajoituksia motivoivat tehokkuushyödyt. Oligopolia Bork piti lähinnä taloustieteen oppikirjaongelmana, jota todellisuudessa ei juuri esiinny, samoin saalistushinnoittelua.⁵⁴

Borkin viimeinen systemaattisempi kirjoitus kilpailuoikeudesta on hänen epiloginsa *The Antitrust Paradox* -teoksen vuoden 1993 laitokseen. Bork torjui siinä lähes kaiken Chicagon koulua vastaan esitetyn kritiikin eikä ota lainkaan kantaa peliteorian ja kilpailun läheisyys -analyysin tapaisiin innovaatioihin.⁵⁵ Hänen uraansa leimasi 1980-luvulta pikemminkin skeptisyys uudempaa taloustiedettä kohtaan.

Chicagon koulua ja sen seuraajia on myöhemminkin leimannut vastustus uudempaa taloustiedettä kohtaan. Joukko konservatiivisia instituutioita ja ajattelijoita – allekirjoittajien joukossa oli muiden muassa Robert Borkin perintöä vaalivan Bork Instituten johtajana toimiva Borkin poika – kirjoitti 2021 kongressin edustajainhuoneelle kirjeen, ettei lainvalmistelussa tulisi nojautua 1970-lukua uudempaan kilpailun taloustieteeseen.⁵⁶ Erikoinen ukaasi selittyy sillä, että suuri osa uudesta kilpailun taloustieteestä on täytäntöönpanomyönteisempää kuin Chicagon koulu.⁵⁷

Chicagolaisten vaikutus korkeimman oikeuden käytäntöön on kaikesta huolimatta kasvanut 2000-luvulla.⁵⁸ Aina näihin päiviin heidän ajattelunsa on toiminut Yhdysvalloissa vallihautana aktiivisempaa kilpailuvalvontaa vastaan.⁵⁹

Taloustiede etenee nopeasti, ja tutkimuksen volyyymi on valtava. Ei ole siksi helppo sanoa, mikä kullakin hetkellä on ajantasaisin tieto eri asioista. Yksi kunnianhimoisimmista yrityksistä kilpailun taloustieteen synteisiin on Fiona Scott Mortonin Yalen yliopistossa johtama Thurman Arnold -projekti. Se on koonnut yli 200 kilpailun taloustiedettä ja kilpailuoikeutta koskevan (vuoden 2000 jälkeen julkaistun) tutkimuksen tietokannan ja vetänyt niiden tuloksia yhteen seuraavalla tavalla:

”Valtaosa tietokantaamme sisältyvästä amerikkalaista kilpailuvalvontaa koskevasta tutkimuksesta sisältää näyttöä täytäntöönpanon heikkoudesta. Talous-

54. Bork 1993, s. 144.

55. Bork 1993, s. 426–439.

56. Kirje on saatavilla osoitteessa www.allianceonantitrust.org/blog/conservatives-oppose-third-way-recommendations.

57. Hovenkamp ja Morton tiivistävät Chicagon koulun kehityksen 1980-luvulta seuraavasti: “The rejection of inconvenient advances in economics became a hallmark of Chicago School analysis.” Herbert Hovenkamp – Fiona Scott Morton, *Framing the Chicago School of Antitrust Analysis*. *University of Pennsylvania Law Review* 168(7) 2020, s. 1843–1878, 1847.

58. Joshua D. Wright, *The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond*. *Competition Policy International* 3(2) 2007, s. 24–57.

59. ”Vallihaudan rakentaminen” (“partisan entrenchment”) on amerikkalaisessa valtiosääntötutkimuksessa käytetty termi sille, miten poliittiset faktiot pyrkivät vakiinnuttamaan oikeudellisesti voittonsa mm. tuomarimimityksillä. Jack M. Balkin – Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*. *Virginia Law Review* 87(6) 2001, s. 1064.

teoreettinen tutkimus joko hylkää tai kvalifioi kilpailuoikeuden soveltamisalaa rajoittavia oletuksia, joita amerikkalaiset tuomioistuimet ovat pitkään tehneet. Empiiriset tutkimukset osoittavat markkinavoiman väärinkäyttöä hinnoittelussa, laadussa, innovoinnissa ja markkinoiden sulkemisessa. Piirtyvä yleiskuva on tuomioistuinratkaisuiden ja kuluttajien hyvinvointiin tähtäävän modernin taloustieteen kurinalaisen hyödyntämisen eriytyminen toisistaan.”⁶⁰

Amerikkalainen kilpailuoikeus on siis ollut monitieteistä, mutta seuratessaan liian pitkään Chicagon koulua se jäi kiinni tieteen yhteen kehitysvaiheeseen.⁶¹

5. Amerikkalaisen kilpailuoikeuden erityistie

Artikkelin tavoitteena on ollut hahmottaa amerikkalaisen kilpailuvalvonnan lieventymisen aikajana ja sen suhde kilpailun taloustieteen kehitykseen. Oikeudenalan ajallinen kehitys on melko selväpiirteinen. Moderni amerikkalainen kilpailuvalvonta syntyi 1890-luvulla, jolloin Sherman Act säädettiin. Se kiristyi 1910-luvulla, jolloin säädettiin muun muassa Clayton Act ja perustettiin uusi kilpailuvalvoja Federal Trade Commission. Se kiristyi niin ikään etenkin 1930-luvun lopulta, jolloin Franklin D. Rooseveltin hallinto luopui koordinoitujen talouden ihanteesta ja aloitti erittäin aktiivisen kilpailupolitiikan, aina 1960-luvulle, jolloin korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö oli kireimmillään. Aktiviteetin määrä ja painopisteet toki vaihtelivat jossain määrin näinä vuosikymmeninä, mutta suunta oli selvä. Etenkin suhtautuminen suuryrityksiin ja markkinoiden keskittymiseen oli huomattavan ankaraa. Kokoavasti voi todeta, että amerikkalainen kilpailuoikeus on ollut ankarimmillaan joko kriisiaikoina – kuten 1890- ja 1930-luvuilla – tai silloin, kun yhteiskunnassa on vallinnut laaja vasemmistoliberaali konsensus kuten toisen maailmansodan jälkeen.⁶²

60. Projektin esittely ja tietokanta ovat saatavilla osoitteessa <https://som.yale.edu/centers/thurman-arnold-project-at-yale/modern-antitrust-enforcement>.

61. Jos chicagolaisten skeptisyyttä valtiota ja sääntelyä kohtaan luonnehditaan ideologiseksi, eikö myös seuraava kilpailun taloustieteen kehitysvaihe ole sitä, vaikka sen ideologia on kilpailuoikeusmyönteisempi? Kuvaamani kilpailun taloustieteen myöhempi kehitysvaihe on ollut vahvemmin empiirinen ja puhtaammin akateemisempi, ilman suoria yhteyksiä poliittisiin puolueisiin tai yksittäisiin ideologisesti suuntautuneisiin tiederahoittajiin. Sen työkaluja käytetään joka puolella maailmaa hyvin erilaisissa poliittisissa järjestelmissä, kun taas Chicagon koulun pitkä jälkivaikutus on leimallisesti amerikkalainen ilmiö. Se on siten ideologista heikossa pikemmin kuin vahvassa merkityksessä.

62. Hyvä yleisesitys amerikkalaisen kilpailuajattelun kehityksestä on Herbert Hovenkamp, *The Opening of American Law: Neoclassical Legal Thought, 1870–1970*. Oxford University Press 2015, s. 184–239.

Käännös vapaampien markkinoiden suuntaan alkoi 1970-luvun puolivälissä, kun kilpailuviranomaiset ja tuomioistuimet alkoivat arvioida uudelleen yrityskauppavalvontapolitiikkaansa, kumota *per se* -sääntöjä ja nostaa kilpailukanteiden kynnyksiä.⁶³ Lainsäätäjät puolestaan dereguloivat kokonaisia toimialoja, kuten lentoliikenteen vuonna 1978. Friedman, Stigler, Becker, Posner ja Bork alkoivat saada mainetta uudenlaisen talous- ja oikeustaloustieteen airuina, vaikka kohetasivat toki myös vastarintaa vanhan järjestyksen edustajien suunnalta.

Kehitys jatkui samansuuntaisena 1980-luvulla, jolloin oikeusministeriö muun muassa uusi yrityskauppauntaviivansa, joiden myötä sille 1980-luvulla ilmoitetuista 10 000 yrityskaupasta haastettiin vain 28.⁶⁴ Kilpailuoikeuden lieventyminen edistikin yhtä taloushistorian suurimmista yritysjärjestelyaaltoista. Posner, Easterbrook ja Bork tuomareina, Baxter kilpailutsaarina ja Friedman johtavana julkisena intellektuellina takasivat chicagolaisille valtaa ja näkyvyyttä Reaganin kauden Yhdysvalloissa. Kilpailun taloustieteen tutkimusohjelmalla Chicagon koulussa alkoi näkyä jo stagnaation merkkejä.⁶⁵

Edes demokraateille menestyksekkäs 1990-luku ei muuttanut suuntaa.⁶⁶ Yksityisoikeudellinen täytöntöönpano vahingonkorvauskanteineen väheni, koska todistustaakka ja näyttökynnys olivat kantajille epäsuotuisia.⁶⁷ Finanssi- ja tealealan sääntelyä purettiin, mikä kylvi siemenen uusliberalismin romahdukselle vuodesta 2008 alkaen. Kilpailun taloustieteessä erilaiset post-chicagolaiset lähestymistavat ja taloustieteen empiirinen käänne kasvattivat epäilyjä Chicagon koulua kohtaan.

Silti vielä 2000-luvulla amerikkalainen kilpailuvalvonta on ollut kansainvälisessä vertailussa lievää, kunnes vuoden 2016 jälkeen tilanne on alkanut jossain määrin muuttua. Vuoden 2016 presidentinvaaleissa termi ”antitrust” palasi ohjelmallisiin poliittisiin teksteihin. Samoihin aikoihin progressiivinen antimonopoliliike tai ”uusi Brandeisin koulukunta” teki läpimurron.⁶⁸ 2020-luvulla progressiivinen kilpailukoulukunta on saanut merkittävän sillanpääaseman viranomaisvalvonnassa, mistä osoituksena ovat käynnissä olevat näyttävät kanteet teknologiajättejä vastaan. Korkein oikeus suhtautuu silti edelleen skeptisesti kilpailuoikeuteen.⁶⁹ Lisäksi muutama oikeustieteellinen tutkimusyksikkö jatkaa

63. Vivek Ghosal, Regime Shift in Antitrust Laws, Economics, and Enforcement. *Journal of Competition Law & Economics* 7(4) 2011, s. 733–774, 771–774.

64. Peritz 1996, s. 278.

65. Herbert J. Hovenkamp, Antitrust Policy After Chicago. *Michigan Law Review* 84 (1985), s. 213–284.

66. Jonathan Tepper – Denise Hearn, *The Myth of Capitalism: Monopolies and the Death of Competition*. Wiley 2018.

67. Reza Rajabian, Private Enforcement and Judicial Discretion in the Evolution of Antitrust in the United States. *Journal of Competition Law & Economics* 8(1) 2012, s. 187–230.

68. Läpimurtotutkimus oli Lina M. Khan, Amazon’s Antitrust Paradox. *Yale Law Journal* 126(3) 2017, s. 710–805.

69. Ks. esim. *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. (2018).

vahvalla yksityisellä rahoituksella Chicagon koulun perinnettä, minkä takia on alettu keskustella tieteen etiikasta: amerikkalaiset taloustieteilijät päättivät vuonna 2012 alkaa vaatia taloudellisten sidonnaisuuksien avaamista tutkimuksessa, mitä oikeustieteelliset aikakauskirjat eivät vieläkään yleensä edellytä. Epäily on, että osa kilpailuvalvontaskeptisistä tutkimuksista ei ole *bona fides* -tiedettä vaan rahoittajien toiveesta tehtyjä tilaustöitä tai puhtaasti ideologisia traktaatteja.

Voisi ajatella edellä kuvatun kilpailupolitiikan aikajanan heijastavan ensisijaisesti lainsäädäntömuutoksia. Näin ei kuitenkaan ole. Kilpailulainsäädännön muutokset 1900-luvulla ovat olleet käytännössä kaikki kilpailuvalvontaa kiristäviä pikemminkin kuin lieventäviä.⁷⁰ Lisäksi viimeisin todella merkittävä lainsäädäntöuudistus, Hart–Scott–Rodino-laki, on vuodelta 1976. Sherman Act on puolestaan jo 134-vuotias. Yhdysvaltalainen kilpailuoikeus kuten perustuslaki muuttuu nykyisin lähinnä tulkintojen kautta.

Täytäntöönpanon lieventyminen voisi toki johtua politiikasta toisella tavalla. Koska kilpailulainsäädäntö on yleispiirteistä, voivat vaalitulokset ja hallitsevan puolueen talousfilosofia perustellusti vaikuttaa kilpailuvalvonnan prioriteetteihin ja voimakkuuteen. Tämäkään ei kovin hyvin selitä havaittuja muutoksia. Ensinnäkin valvonta on ollut lievää 1974–2016 yhtä lailla demokraatti- kuin republikaanihallintojen aikana. Toisekseen vaalikampanjoissa, puolueohjelmissa ja viranomais- sekä tuomarinimitysten yhteydessä molemmat puolueet, presidenttiehdokkaat, korkeimman oikeuden jäsenet ja kilpailutsaarit ovat melko yksiselitteisesti vannoneet kilpailulainsäädännön ja sen täytäntöönpanon nimeen.⁷¹ Lyhyen aikavälin poliittiset suhdanteet eivät siis suoraan näytä selittävän ilmiötä.

Kolmas mahdollinen selittävä tekijä on taloustieteen kehitys. Kilpailulainsäädäntö on pitkälti kirjoitettu taloustieteen kielellä. Taloustieteellisen ymmärryksen lisäys voi siksi muuttaa tapausten arviointia ja täytäntöönpanoprioriteetteja, vaikka lain sanamuoto säilyisi muuttumattomana. Tältä osin muutokset 1970- ja 1980-luvuilla tulevat ymmärrettävämmäksi. Aiempi tutkimus on melko tarkkaan jäljittänyt sen, miten Chicagon koulu ja nuorempi Harvardin koulukunta alkoivat vaikuttaa korkeimman oikeuden ja oikeusministeriön päätöksenteossa. Ensin alemmat liittovaltion muutoksenhakutuomioistuimet ja sitten korkein oikeus alkoivat ohjata käytäntöä taloustieteellisempään suuntaan 1970-luvulla, mikä johti erilaisten järjestelyjen tehokkuushyötyjen tunnistamiseen ja myönteisempään suhtautumiseen markkinoihin. Chicagolaisten aseveli Baxterin nimitys oikeusministeriön kilpailuvalvontaosaston johtoon vuonna 1981 ja hänen johdollaan annetut uudet, aiempaa keskittymismyönteisemmät yrityskauppa-suuntaviivat ovat hyvä esimerkki uuden kilpailuajattelun saapumisesta viranomaispuolelle.

70. Filippo Lancieri – Eric Posner – Luigi Zingales, *The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States*. *Antitrust Law Journal* 85(2) 2023, s. 441–519, 463–466.

71. Lancieri – Posner – Zingales 2023, s. 445.

Taloustiedekään ei onnistu selittämään sitä, miksi valvonta on ollut lievää aina viime vuosiin asti, vaikka kilpailun taloustiede on liikkunut kauas Chicagosta 1980-luvulta alkaen. Suuri määrä tutkimuksia tukee epäilyjä amerikkalaisen kilpailuoikeuden ei-optimaalisuudesta useilla mittareilla, kuten voittojen ja palkkojen suhteella, voittomarginaalien kasvulla ja niin edelleen.⁷² Mitä korkeatasoisemmaksi ja empiirisesti vahvemmaksi kilpailun taloustiede on kehittynyt, sitä näkyvämmäksi Chicagon koulun ideologiset piirteet ovat tulleet. Silti koulu-kunta vaikuttaa edelleen etenkin korkeimman oikeuden käytännössä.

Parhaiten ajallisen kehityksen 1974–2016 selittää se, että juuri nämä vuodet olivat amerikkalaisen uusliberalismin kultakautta.⁷³ Historiankirjoitus on valaissut näitä vuosia tavalla, joka auttaa selittämään kilpailuoikeuden muutoksia. Uusliberalismi oli poliittisessa elämässä melko marginaalinen aatesuunta synnytyksensä vuonna 1938 aina 1970-luvulle, vaikka sen edustajat olivatkin tunnettuja tietyillä akateemisen tutkimuksen aloilla, kuten yhteiskuntafilosofiassa ja taloustieteissä. Kuitenkin 1960-luvulla liikehdintä New Deal -kauden poliittista järjestystä ja vahvaa valtiota vastaan alkoi kiihtyä sekä vasemmalla että oikealla. Alkuvaiheessa uusliberalismin viesti yksilönvapauksista ja byrokratian yhteiskuntaa kuristavasta otteesta vetosikin sekä uuteen oikeistoon että uuteen vasemmistoon. Todellisen poliittisen läpimurron se teki vuoden 1973 öljy- ja talouskriisin jälkeen, johon aikakauden valtiiovetoinen talouspolitiikka ei näyttänyt löytävän ratkaisua. Uusliberalismi tarjosi johdonmukaisen filosofian ja konkreettisia ehdotuksia, kuten sääntelyn purkua, veronkevennyksiä ja inflaation taittamista korkopolitiikalla. Liian kireän kilpailu- ja yrityskauppalvonnan nähtiin heikentävän amerikkalaisyritysten kansainvälistä kilpailukykyä, joka oli alkanut nopeasti heiketä suhteessa japanilaisiin ja eurooppalaisiin yrityksiin. Kilpailuoikeuden hölläminen oli osa uusliberaalia toimenpidepakettia, ja vuonna 1974 liittovaltio lopetti aluksi konglomeraattisulautumien tiukan arvioinnin. Samoihin aikoihin myös tuomioistuimet alkoivat muuttaa ratkai-

72. Jan De Loecker – Jan Eeckhout – Gabriel Unger, *The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications*. *The Quarterly Journal of Economics* 135(2) 2020, s. 561–644.

73. Yhdysvaltojen poliittisessa historiassa voidaan erottaa presidenttikausia pitkäkestoisempia poliittisia järjestyksiä. Ensimmäinen 1900-luvun järjestys alkoi 1930-luvulla ja jatkui 1970-luvulle. Sille oli ominaista valtion vahva osuus taloudessa, ay-liikkeen merkittävä asema ja uskonnon melko näkymätön rooli poliittisessa elämässä. Tälle luonteva nimi on ”New Deal -järjestys”. Toinen alkoi muotoutua 1970-luvulla ja jatkui Donald Trumpin presidenttikauten asti. Tälle paras termi on ”uusliberaali järjestys”. Sen aikana markkinoiden suhteellinen merkitys kasvoi, uskonto tuli voimallisemmin julkiseen elämään ja ay-liike heikkeni. Tällainen periodisointi auttaa havaitsemaan, että molemmat pääpuolueet hyväksyivät ajan mittaan uuden poliittisen järjestyksen: republikaanit amerikkalaisen hyvinvointivaltion Eisenhowerin kaudella ja demokraatit uusliberalismin Bill Clintonin aikana. Steve Fraser – Gary Gerstle (eds), *The Rise and Fall of the New Deal Order: 1930–1980*. Princeton University Press 1989.

sukäytäntöään chicagolaisten toivomaan suuntaan.⁷⁴ Tätä helpottivat vuodesta 1969 tehdyt tuomarinimitykset, joiden myötä korkein oikeus kääntyi konservatiivisempaan suuntaan.⁷⁵ Suurimmat poliittiset voittonsa uusliberaalit saivat 1980- ja 1990-luvuilla. Reaganin valita presidentiksi oli yksi käännekohtista. Hänen kaudellaan viranomais- ja tuomarinimitykset suosivat uusliberaaleja. Baxterin nimitys oikeusministeriön kilpailuvalvontaosaston johtoon ja muiden muassa Posnerin, Borkin ja Easterbrookin nimitykset liittovaltion tuomareiksi merkitsivät chicagolaisten vaikutusvallan kasvua.

Yksi uuden uusliberalismin historiaa koskevan historiantutkimuksen tärkeitä havaintoja on uusliberalismin ja kommunismin keskinäissuhde. Amerikkalainen hyvinvointivaltio oli voimakkaimmillaan silloin, kun kommunismi oli vahva ideologinen kilpailija liberaalille demokratialle ja markkinataloudelle. Työnantajat ja republikaaninen puolue olivat valmiimpia kompromisseihin niin kauan kuin kommunismi ja vallankumous häämöttivät realistisena uhkana ja Yhdysvaltojen talous kasvoi nopeasti. Kun talous sakkasi, asenteet kovenivat. Viimeistään 1980-luvulla alkoi näyttää yhä selvemältä, ettei kommunismi pysy kapitalismin perässä taloudellisen hyvinvoinnin luomisessa. Kun kommunismi romahti 1980- ja 1990-lukujen vaihteessa, uusliberalismi sai lisää liikevoimaa. Ei ole sattumaa, että juuri 1990-luvulla myös amerikkalaiset demokraatit ja eurooppalaiset sosiaalidemokraatit hyväksyivät markkinatalouden ja globalisaation sekä pyrkivät uudistamaan aatettaan.⁷⁶ Juuri 1980- ja 1990-luvuilla oikeastaan kaikilla yhteiskuntatieteen lohkoilla on havaittavissa siirtymä individualistiisiin lähestymistapoihin ja taloustieteestä tuli johtava yhteiskuntatiede.⁷⁷ Noina vuosikymmeninä näytti, että markkinat ratkaisevat esiin nousevia sosiaalisia ja taloudellisia ongelmia tehokkaammin kuin valtio. Tämä selittää, miksi monet keskeisimmät uusliberaalit reformit, kuten pankkisääntelyn vapauttaminen, toteutettiin Clintonin presidenttikaudella. Tällainen puoluerajat ylittänyt uusliberaali konsensus teki kilpailuvalvonnasta flegmaattista.

Muutos alkoi 2016, kun Donald Trump otti etäisyyttä uusliberalismiin irtisanomalla kansainvälisiä kauppasopimuksia. Demokraattien keskuudessa Bernard Sanders sai yllättävän paljon kannatusta, mikä kertoo etenkin nuorempien ää-

74. Binyamin Applebaum, *The Economists' Hour: How the False Prophets of Free Market Fractured Our Society*. Picador 2019, s. 161–184.

75. Uudet tuomarit olivat konservatiivisempia kuin ne, jotka presidentti Warrenin kaudella (1953–1969) johtivat liberaalia valtiosääntöoikeudellista vallankumousta. Lisäksi oikeustaloustiede, jota monet opiskelivat, vahvisti heidän intuitioitaan. Elliott Ash – Daniel L. Chen – Suresh Naidu, *Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice*. National Bureau of Economic Research Working Paper 29788 osoitteessa www.nber.org/papers/w29788.

76. Termit, kuten ”kolmas tie”, ”uusi keskusta” ja ”triangulaatio”, kehiteltiin näinä vuosina. Tony Blair – Gerhard Schroeder, *Europe: The Third Way/Die Neue Mitte* osoitteessa <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/suedafrika/02828.pdf>.

77. Daniel T. Rodgers, *Age of Fracture*. Belknap Press of Harvard University Press 2011.

nestäjien kaipuusta muutokseen. Uusliberaali konsensus oli särkynyt, ja kilpailuoikeus alkoi politisoitua. Ongelmaksi tiukempaa kilpailuoikeuden järjestelmää kannattaville jäi edelleen korkein oikeus. Tuomarinimitykset ja lähes 50 vuotta kilpailuoikeusskeptisiä ennakkoratkaisuja ovat luoneet vahvasti linnoitetun valtioiden uusliberaalin kilpailuoikeuden suojaksi, mitä vastaan Bidenin hallinnossa jalansijan saanut uusi Brandeisin koulukunta käy nyt taistelua.

6. Lopuksi

Kilpailuoikeus on oikeudenala, jonka sääntelyn väljyys yhtäältä mahdollistaa oikeuden joustavan kehityksen mutta toisaalta samanaikaisesti synnyttää riskin siitä, että lainsäädäntöä voidaan vesittää, jos viranomaiset eivät jaa lainsäätäjän tavoitteita. Tällöin kilpailuoikeuden vahvuus – oikeudenalan luonne lainsäätäjän antamina ja taloustieteen inspiroimina toimivaltadelegointeina, joiden täytäntöönpanossa voidaan hyödyntää kilpailuviranomaisten erityisasiantuntemusta – voi muuttua heikkoudeksi. Yhdysvaltaisessa kilpailuoikeudessa tällainen riski on jossain määrin realisoitunut. Chicagolaiset kykenivät osoittamaan merkittäviä puutteita oman aikansa kilpailuvalvonnassa. Mutta myös heidän oma teoriansa osoittautui puutteelliseksi. Sekä viranomaiset että tuomioistuimet ovat kuitenkin jakaneet uusliberaalin filosofian, minkä seurauksena oikeudellinen päätöksenteko on etäännyntynyt lain sanamuodosta, alkuperäisestä tarkoituksesta ja lopulta taloustieteestä.

Oikeus kehittyi usein hitaasti ja varovaisesti, joten on ymmärrettävää, etteivät tuomioistuimet linjaa kilpailuoikeudellista oikeuskäytäntöä uudelleen jokaisen uuden tutkimuksen perusteella. Kun Chicagon koulun kehitys pysähtyi jo puoli vuosisataa sitten, alkaa amerikkalaisen antitrust-oikeuden tiede- ja demokratiavaje olla kuitenkin silmiinpistävä.⁷⁸ Voidaan perustellusti kysyä, tapahtuiko Yhdysvalloissa se, mistä Dicey varoitti vuonna 1885: yleispiirteinen sääntely mahdollisti hallinnolle virkavastuun välttelyn. Sen sijaan, että tuomioistuimet olisivat puuttuneet tähän, ne allekirjoittivat saman ideologian ja hyväksyivät toiminnan. Tällaisista syistä Yhdysvaltojen ulkopuolella Chicagon kouluun ja sen vaikutuksiin oikeuselämässä on suhtauduttu epäillen.⁷⁹

78. Amerikkalaisen kilpailuoikeuden demokratiavajeesta ks. Harry First – Spencer Weber Waller, *Antitrust's Democracy Deficit*. *Fordham Law Review* 81(5) 2013, s. 2543–2574.

79. Euroopassa Chicagon koulun vaikutus jäi vähäisemmäksi kuin Yhdysvalloissa. Anu Bradford – Adam Chilton – Filippo Maria Lancieri, *The Chicago School's Limited Influence on International Antitrust*. *University of Chicago Law Review* 87(2) 2020, s. 297–329. Tärkeimmät syyt lienevät olleet eurooppalainen vahvan valtion perinne, jonka takia uusliberalismin vaikutus ylipäänsä jäi astetta heikommaksi (ehkä Yhdistynyttä kuningaskuntaa lukuun ottamatta), ja

Oikeustieteen ja jopa oikeuskäytännön kehitys 2020-luvulla nojaa usein monitieteisiin lähestymistapoihin. Hyvä niin. Yhteiskuntatieteiden ja niiden sisällä vaikuttavien paradigmojen valtataistelut, tuomareiden haaste itsenäisesti arvioida heille esitettyä tieteellistä näyttöä ja erilaisten eturyhmien mahdollisuus poliittisesti tai episteemisesti kaapata oikeusjärjestelmä tai sen osia ovat silti monitieteisen tutkimuksen hyödyntämiseen liittyviä haasteita.⁸⁰ Oikeuden yhteiskunnallisen tutkimuksen rinnalla juristien on siksi syytä vaalia sellaisia klassisia oikeudellisia arvoja, kuten lainsäätäjän kunnioittaminen, lakisidonnaisuus ja lain sanamuodon tärkeys.⁸¹

se, että amerikkalaisen kilpailuoikeuden vaikutus tuntui voimakkaimmillaan vuosituhaten vaihteessa, jolloin Chicagon koulu oli jo kohdannut voimakasta kritiikkiä.

80. Taloustieteen käytöstä tuomioistuimissa ks. Gunnar Niels – Helen Jenkins – James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*. Third Edition. Oxford University Press 2023, s. 683–703.

81. Kilpailuoikeudellisen lainsäädännön yleispiirteisyyttä ja sitä soveltavien viranomaisten korostettua vastuuta on painottanut Petri Kuoppamäki, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2003, s. 10. Ylisemmin lainsäätäjän tavoitteiden kunnioittamisesta ks. Tapio Määttä, *Lainsäätäjän kunnioittamisasenne, tavoitteellinen laintulkinta ja lakien tavoitesäännökset vallitsevassa tuomariniideologiassa*, s. 207–226 teoksessa Auri Pakarinen – Anna Hyvärinen – Kaijus Ervasti (toim.), *Lainvalmistelu, tutkimus, yhteiskunta*: Jyrki Talan juhla-kirja. Turun yliopisto 2011.

When economics lost its grip on American antitrust enforcement. A case study on the pitfalls of sociolegal studies

TONI MALMINEN, LL.D., LL.M. (Yale), Research Fellow, Tampere University; Senior Lecturer, University of Eastern Finland

The key concepts of antitrust and competition law – monopoly, barriers to entry, competition, costs, consumer welfare, relevant markets, etc. – derive from economics. Economics also features prominently in antitrust enforcement when antitrust agencies and courts assess antitrust damages, investigate cartels, evaluate monopolisation, and estimate the likely effects of mergers on consumer welfare. As a consequence, antitrust law is a great candidate for sociolegal studies and a prime example of a productive joint venture between science and adjudication.

The article is a historical case study on the potential pitfalls of multidisciplinary legal research and legal decision-making, which include the tension between science and ideology and the possible democracy deficit of scientifically oriented adjudication.

A new epoch began in law and economics in the 1950s when a group of economists and legal scholars associated with the University of Chicago contested American antitrust enforcement of the era. Deeming it excessive and often irrational, they sought to dethrone some leading precedents to let the free market have more sway in safeguarding economic efficiency. Their research programme made its weight felt in antitrust policy in the 1970s and 1980s when enforcement turned more lenient.

Antitrust economics, however, turned more enforcement friendly in the 1970s, as game theory and empirical industrial organisation theory seemed to show that anticompetitive conduct was more likely and prevalent than the Chicagoans had assumed. American courts, the Supreme Court in particular, have resisted this subsequent turn in antitrust economics up until our time. Why and what do we have to learn about this sequence? As academic communities are rife with disagreement, and various constituencies may strategically seek to deploy scholarship to their advantage, a healthy scepticism about science-based adjudication safeguards democracy and the rule of law.

Lapsen etu oikeuslähteenä erityisesti riita- ja hakemusasioissa

HAKUSANAT: yleissopimus lapsen oikeuksista, lapsen etu, oikeuslähteet, lapsen oikeusasema, riita- ja hakemusasiat, oikeuslähdeoppi

1. Johdanto

Lapsioikeuden peruslähtökohtia johdetaan vuonna 1989 hyväksytystä YK:n lapsen oikeuksien yleissopimuksesta (SopS 60/1991, LOS), jonka 3 artiklan 1 kohta velvoittaa asettamaan lapsen edun ensi sijalle kaikissa lapsia koskevissa sosiaalihuollon, tuomioistuinten, hallintoviranomaisten ja lainsäädäntöelimien toimissa.¹ Lapsen edun merkityksestä on myös runsaasti kansallista sääntelyä.² Uudemmassa lapsioikeudellisessa tutkimuksessa lapsen kehityksen ja hyvinvoinnin turvaamista tarkastellaan usein lapsen oikeuksien toteutumisenä tai toteutumatta jäämisinä.³ YK:n lapsen oikeuksien komitea on eritellyt lapsen edun

* Sanna Mustasaari, OTT, apulaisprofessori, Itä-Suomen yliopisto – Hannele Tolonen, OTT, VT, yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto, Vaasan oikeustieteellinen koulutus. Kiitämme anonyymeja arvioijia arvokkaista kommentista käsikirjoitukseen sekä väitöskirjatutkija Jarrah Kolleita avusta käsikirjoituksen ulkoasun viimeistelyssä.

1. Lapsen oikeuksien sopimus on Suomessa voimassa lakina.
2. Ks. lapsioikeuden lähtökohdista esim. Suvianna Hakalehto, Lapsioikeuden perusteet. Alma Talent 2018, s. 1–2. LOS:ta edeltäneestä keskustelusta ks. esim. Heikki E. S. Mattila (toim.), Lapsioikeuden pääpiirteet. 2. painos. Kustannusosakeyhtiö Juridica 1984.
3. Ks. kansainvälisestä kehityksestä esim. Hakalehto 2018 ja Anna Nylund – Ingun Fornes, Barnekonventionen i norsk rett: en innledning, s. 19–34 teoksessa Ingun Fornes – Anna Nylund – Anneten K. Sperr (red.), Barnekonvensjonen i norsk rett: Principper og praxis. Gyldendal 2023, s. 23–25 sekä kotimaisista väitöstudiumuksista esim. Sanna Koulu, Lapsen huolto- ja taapaamisopimukset – oikeuden rakenteet ja sopivat perheet. Lakimiesliiton Kustannus 2014; Henna Pajulammi, Lapsi, oikeus ja osallisuus. Talentum 2014; Hannele Tolonen, Lapsi, perhe ja tuomioistuin: lapsen prosessuaalinen asema huolto- ja huostaanotto-oikeudenkäynneissä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015; Virve Toivonen, Lapsen oikeudet ja oikeusturva: Lastensuojeluasiat hallintotuomioistuimissa. Alma Talent 2017; Kirsikka Linnanmäki, Lapsen etu huoltoriidan tuomioistuinsovittelussa. Alma Talent 2019; Kirsi Pollari, Lapsipotilaan päätöksentekokyky ja sen arviointi. Lapin yliopisto 2019 ja Milka Sormunen, The Best Interests of the Child in the Human Rights Practice: An Analysis of Domestic, European and International Jurisprudence. Helsingin yliopisto 2021.

ulottuvuuksia sääntönä, periaatteena ja menettelynormina.⁴ LOS:n keskeistä merkitystä korostanut ja kotimaiseen lapsioikeudelliseen tutkimukseen tuonut Suviaanna Hakalehto on kritisoinut oikeusperinnettämme siitä, ettei meille vaikiintunut näkemys lapsen edusta ole täysin vastannut komitean tulkintaa lapsen edun ensisijaisuudesta.⁵

LOS:n perusteella lapsen etuun tulee kytkeä oikeusvaikutuksia lapsia koskevissa asioissa.⁶ Kysymystä siitä, mitä tarkoittaa, että jokin asia koskee lasta, on toistaiseksi käsitelty varsin vähän.⁷ Otamme artikkelissamme tarkasteltavaksi tämän kysymyksen. Havainnoimme ja jäsentellemme lapsen edulle annettua merkitystä erilaisissa kotimaisissa asiatyypeissä tehtävissä asiaratkaisuissa. Esitämme myös joitakin huomioita siitä, millä tavoin lapsen etu voitaisiin tai tulisi ottaa näissä huomioon. Kiinnostavaa problematiikkaa lapsen edun painoarvosta liittyy esimerkiksi lasten varallisuus oikeuksia koskeviin siviiliasioihin, joihin ajatus asianosaisen suosimisesta hänen ikänsä vuoksi näyttää vaikeasti sovitettavalta.⁸ Tulkinnanvaraisuutta on myös siinä, millaisen merkityksen lapsen etu voi saada asioissa, joissa asianosaisina ovat heidän aikuiset perheenjäsenensä tai muut läheisensä mutta joiden vaikutukset ulottuvat myös alaikäisten olosuhteisiin, kuten heidän asumiseensa.

Osoitamme artikkelissa, että lapsen oikeus saada etunsa otetuksi huomioon voi olla relevantti myös sellaisissa asioissa, joissa lapsen etua ei ole totuttu ottamaan ratkaisua tehtäessä huomioon. Tämä näkyy muun muassa oikeuskäytännön kehityksessä. Samalla kysymme, mihin mahdollisesti asettuvat sen alueen

4. Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013 (CRC/C/GC/14), kohta 6.
5. Suviaanna Hakalehto, Lapsen edun arviointi korkeimman oikeuden perheoikeudellisissa ratkaisuissa. *Defensor Legis* 1/2016, s. 427–445. Ks. myös Suviaanna Hakalehto, Lapsen oikeuksien sopimus korkeimman oikeuden ratkaisuissa. *Defensor Legis* 3/2021, s. 661–678; Suviaanna Hakalehto, ”The principle is not adequately understood” – lapsen oikeuksien komitean Suomelle antamasta palautteesta. *Oikeus* 4/2017, s. 490–498, samoin hallinto-oikeuksien osalta Toivonen 2017, s. 93.
6. Markku Helin on luonnehtinut lapsen etua koskevaa harkintaa todistustositseikkojen verkoston arviointina, joka auttaa laatimaan ennusteen siitä, millainen ratkaisu on lapsen kannalta paras, ks. Markku Helin, Oikeustositseikoista siviilioikeudessa, s. 47–57 teoksessa Jarno Tepora – Mikko Tulokas – Pekka Vihervuori (toim.), *Juhlajulkaisu Juhani Wirilander 1935 – 30/11 – 2005*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005. Juha Karhu kirjoittaa esityksessään ”tunnusmerkistöistä” perus- ja ihmisoikeuksia käsitellessään. Juha Karhu, Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppia. *Lakimies* 7–8/2020, s. 1017–1034.
7. Ks. kuitenkin esim. Ann Skelton, Too much of a good thing? Best interests of the child in South African jurisprudence. *De Jure Law Journal* 52(1) 2019, s. 557–579 sekä Sormunen 2021, s. 46–47. Molemmat tekstit käsittelevät kysymystä kansainvälisen oikeuden sekä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta.
8. Tästä on huomauttanut Markku Helin, ks. Markku Helin, Artikkelikokoelma perheoikeuden filosofisista perusteista. *Lakimies* 1/2021, s. 125–130, 129 mainiten sekä varallisuus- että vero-oikeudesta.

rajat, jossa lapsen etua on pidettävä vahvasti velvoittavana auktoriteettilähteenä, ja milloin lapsen etu voi saada merkitystä asialähteenä. Hyödynnämme tarkastelussamme Juha Karhun hahmottelemaa oikeuslähdeopin päivytystä, jossa hän tuo esiin arvopohjaisten ainesosien aikaisempaa laajemman ja rikkaamman aseman oikeuslähteistössä.⁹ Tämä ilmenee tarpeena ”vahvistaa [asia- eli] substanssilähteiden asemaa ja merkitystä suhteessa auktoriteettilähteisiin”¹⁰, jolloin perus- ja ihmisoikeudet voivat olla samanaikaisesti sekä auktoriteettilähteitä että asialähteitä.¹¹

Lähestymistapaamme voi luonnehtia teoreettiseksi lainopiksi. Tulkitsimme lapsen etua koskevaa normia ja pyrimme asettamaan sen suomalaisen oikeuden systematiikkaan.¹² Lapsen oikeuksien ilmentämät tavoitteet kuuluvat lainsäädäntömme ydinarvoihin. Teemme havaintoja siitä, miten lapsen etu toimii ja voi toimia ratkaisunormina eri tilanteissa (Sein), jotta voisimme paremmin ymmärtää, miten lapsen etua koskevaa normia pitäisi (tai ei pitäisi) käyttää ratkaisutoiminnassa (Sollen). Analyysiamme voidaan luonnehtia hermeneuttiseksi.¹³ Kysymyksenasettelu perustuu aiemmasta tutkimuksesta kumpuaviin kysymykseen ja esiymmärrykseen. Systematiikasta heränneet kysymykset ovat puolestaan vieneet meidät uudelleen oikeuslähteiden pariin. Olemme siis liikkuneet hermeneuttisella kehällä kahteen suuntaan, yhtäältä painottaen lapsen oikeuksien sopimusta lapsen etua koskevan normin ymmärtämisessä ja toisaalta tarkastellen kansallisen järjestelmän piirteitä. Kiinnitämme huomiota erityisesti siihen, että vaikka lapsen etu voi saada merkitystä ratkaisutilanteessa yksilöllisenä, tiettyä lasta koskevana perusteena, huomioon voidaan joutua ottamaan myös yleinen eli kollektiivinen lapsen etu – ”lasten etu” – joka suojaaa lapsia ryhmänä ja ohjaa (toivottavasti) lainsäädännöllisiä ratkaisuja.¹⁴

9. Karhu 2020.

10. Karhu 2020, s. 1022.

11. Vahvasti velvoittaviin asialähteisiin Karhu lukee sisällöllistä oikeudenmukaisuutta konkreettisesti perus- ja ihmisoikeudet. Heikosti velvoittavista asialähteistä keskeisiä ovat hänen mukaansa yleiset oikeusperiaatteet. Lisäksi Karhu nostaa esiin myös synkronointilähteet, jotka hän määrittelee argumentaatiota suuntaaviksi rakennenneormeiksi. Karhun mukaan ” – relevantiksi tunnistetun oikeuslähteen vaikutus voi vaimentua ei vain hierarkkisesti ylempien asteisen vastakkaisensuuntaisen lähteen takia vaan myös siksi, että oikeuslähte ei synkronoidu tilannekohtaisessa kokonaisharkinnassa muista lähteistä muodostuvaan kokonaisuuteen”. Karhu 2020, s. 1022.

12. Pauli Rautiainen – Aura Kostiaainen – Visa Kurki – Niko Soininen – Tapio Määttä, Oikeus ja sen tutkiminen. Vastapaino 2023, s. 135, 139.

13. Ks. esim. Jaakko Husa, Hermeneuttinen filosofia ja lainopin tieteenteoria. Lakimies 7/1997, s. 999–1031.

14. Ks. näistä lapsen edun ulottuvuuksista esim. CRC/C/GC/14, s. 7–8 ja Hannele Tolonen – Kirsikka Linnanmäki, Uudistunut lapsenhuoltolaki. Alma Talent 2020, s. 26–27. Kriittistä lapsioikeudellista analyysia kehittäneet Didier Reynaert, Maria Bouverne-De Bie ja Stijn Vandeveldt ovat tunnistaneeet neljä toisiinsa liittyvää avainkysymystä, joiden tarkastelulle kriittinen lapsioikeudellinen analyysi voisi heidän mukaansa rakentua. Näistä ensimmäinen koskee

Seuraavassa luvussa 2 esittelemme, miten lapsen oikeuksien komitean kannotoissa ja kirjallisuudessa on käsitelty kysymystä siitä, milloin jokin asia koskee lasta. Luku päättyy kokoavaan kuvioon, jonka lähtökohtana on komitean esittämä jaottelu asioihin, jotka kohdistuvat suoraan eli välittömästi lapseen, ja asioihin, jotka vaikuttavat lapseen välillisesti.¹⁵ Kuviossa kuvataan luokittelu, jonka olemme hahmotelleet tietyistä kotimaisista asiaryhmistä tehtyjen havaintojen pohjalta ja jolla havainnollistetaan lainsäädännössä omaksuttuja lähtökoh- tia. Luokittelua hyödynnetään luvuissa 3 ja 4, joissa esitetään myös huomioita oikeustilasta.

Artikkelissa tarkasteltavat asiatyypit ovat enimmäkseen riita- ja hakemus- asioiden piiristä. Mukaan on valittu lasten perhesuhteisiin liittyvien asiaryh- mien lisäksi myös asioita, joiden sääntelyssä lasten asema ei korostu mutta jotka voivat koskea lasta. Esimerkkinä tästä ovat varallisuusoikeudelliset asiat. Per- heen asumista ja kotia koskevaa päätöksentekoa pohditaan erityisesti Ruotsin korkeimman oikeuden (HD) vuonna 2021 antaman ratkaisun pohjalta. Ratkai- sussa linjattiin lapsen edun merkitystä ulosmittaessa perheen asuinkiinteistöä vanhemman velasta.¹⁶

Emme pyri esityksessä tyhjentävyyteen, vaan tarkoitus on jäsentää esimerk- kien avulla lapsen edun käsitteen erilaisia ulottuvuuksia. Ulkopuolelle on jou- duttu jättämään monet asiatyypit, joihin liittyviä erityispiirteitä ei ole mahdollista tässä käsitellä. Kansainvälisistä sopimuksista tarkastellaan erityisesti LOS:een liittyvää aineistoa mutta paikoin otetaan esille myös Euroopan ihmisoikeusso- pimuksen (EIS) tulkintakäytäntöä.

2. Kaikissa lasta koskevissa asioissa?

Ajatus lapsen etuun pyrkimisestä häntä koskevia asioita ratkaistaessa ei ole uusi.¹⁷ Nykyisin vaikuttaa itsestään selvältä, että lapsen yksilöllistä etua toteuttavaan

yksilöllisen ja kollektiivisen näkökulman suhdetta lapsen oikeuksia koskevassa puheessa. Muut avainkysymykset koskevat lapsen autonomian korostumista, siirtymistä oikeuspuheesta lain- käyttöön sekä lapsen oikeuksien pedagogista tavoitetta. Didier Reynaert – Maria Bouverne-De Bie – Stijn Vandeveldel, *Between ‘believers’ and ‘opponents’: Critical discussions on children’s rights*. *International Journal of Children’s Rights* 20(1) 2012, s. 155–168.

15. CRC/C/GC/14.

16. NJA 2021, s. 1065. Ruotsissa LOS ratifioitiin ilman varauksia jo vuonna 1990 mutta lailla se saatettiin voimaan vasta 2020. Ks. Prop. 2017/18:186 ja mietintö Barnkonventionen blir svensk lag, SOU 2016:19.

17. Ks. esim. Ilmari Melander, *Lapsen huollosta. Yksityisoikeudellinen tutkimus I*. Suomalainen Lakimiesten yhdistys 1939, s. 1 ja Kirsti Kurki-Suonio, *Äidin hoivasta yhteishuoltoon: Lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnat*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1999. Uudemmasta

asiaratkaisuun pyritään erityisesti lapsen perhesuhteita koskevan sääntelyn ydinalueella, kuten lapsen huoltoa ja lastensuojelua koskevassa päätöksenteossa.¹⁸ Erityistä huomiota lapsen etuun edellytetään kiinnitettävän myös esimerkiksi lasta koskevissa ulkomaalaisasioissa ja sosiaalihuollon toimissa.¹⁹

Tulkinnanvaraisemmalle alueelle joudutaan, ellei asiaa koskevassa kansallisessa lainsäädännössä mainita lapsen edulle annettavasta merkityksestä.²⁰ On kuitenkin selvää, että lapsen edun ensisijaisuutta koskeva sääntö voi tulla sovellettavaksi missä tahansa asiaryhmässä. LOS:n sanamuodon valossa määritelmän täyttymiseen näyttäisi riittävän yksinomaan se, ettei jonkin asian asianosainen ole vielä täyttänyt 18:aa vuotta. Samalla vaikuttaa ilmeiseltä, että lapsen etu jäsentyy eri tavoin erilaisissa asiatyypeissä ja etteivät kaikki lapseen vaikuttavat asiat ehkä ole ratkaistavissa ensisijaisesti lapsen yksilöllistä etua toteuttaen.²¹

Lapsen oikeuksien komitea toteaa lapsen etua koskevassa yleiskommentissaan, että velvollisuus ottaa lapsen etu huomioon koskee kaikkia lapsiin suoraan tai välillisesti vaikuttavia päätöksiä ja toimia.²² Vaikka kaikki valtion toimet koskettavat lapsia tavalla tai toisella, ei jokaiseen toimeen ole välttämätöntä sisällyttää täysimääräistä lapsen edun arviointia. Jos päätöksellä kuitenkin on merkittävä vaikutus lapseen tai lapsiin, tarvitaan komitean mukaan tehokkaampaa suojelua ja yksityiskohtaisempia menettelyjä lasten edun huomioimiseksi.²³

On toistuvasti huomautettu, ettei LOS:n käänös täysin tavoita englanninkielisen tekstin vivahteita. Jo sopimusta laadittaessa oli esillä, ettei lapsen etu aina olisi kaikista ratkaisuperusteista ensisijaisin vaan että se on otettava huomioon

kehityksestä ks. esim. Liisa Nieminen, Perus- ja ihmisoikeudet ja perhe. Talentum 2013 ja Tolonen – Linnanmäki 2020, s. 22–35.

18. Ks. esim. lastensuojelulain (417/2007, LSL) 4.1 § ja lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain (361/1983, HTL, lapsenhuoltolaki) 10.1 §. Ks. myös esim. avioliittolain (234/1929, AL) 32.1 § sekä lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanosta annetun lain (619/1996, TPL) 14 §:n 1–2 momentti.

19. Ks. ulkomaalaislain (301/2004, UlkL) 6.1 § ja sosiaalihuoltolain (1301/2014) 5 §. Käsite esiintyy myös mm. prosessuaalisissa säännöksissä. Yleispiirteisesti lapsen etua koskevista säännöksistä erilaisissa kotimaisissa asiaryhmissä ks. myös Hannele Tolonen – Sanna Koulu – Suvianna Hakalehto, Best Interests of the Child in Finnish Legislation and Doctrine: What Has Changed and What Remains the Same?, s. 159–184 teoksessa Trude Haugli – Anna Nylund – Randi Sigurdson – Lena R. L. Bendiksen (eds), Children’s Constitutional Rights in the Nordic Countries. Brill Nijhoff 2019.

20. Ks. tästä myös esim. Maarit Hovila, Alaikäisen velallisen taloudellinen perusoikeusasema ja omaisuudensuoja, s. 99–109 teoksessa Marja-Leena Niemi (toim.), Nuoret ja velka. Lapin yliopisto 2017, s. 102.

21. Ks. esim. Toivonen 2017, s. 80 sekä jälkimmäisestä näkökohdasta Helin 2021, s. 129.

22. CRC/C/GC/14, kohdat 4 ja 6. Komitean kannanotot eivät ole muodollisesti sitovia. Niiden merkityksestä tulkinta-aineistona ks. esim. Suvianna Hakalehto-Wainio, Lapsen oikeudet ja lapsen etu lapsen oikeuksien sopimuksessa, s. 17–52 teoksessa Suvianna Hakalehto-Wainio – Liisa Nieminen (toim.), Lapsioikeus murroksessa. Lakimiesliiton Kustannus 2013, s. 33.

23. CRC/C/GC/14, kohdat 19 ja 20.

yhtenä tällaisena (a primary consideration).²⁴ Lapsen oikeuksien komitea on huomauttanut, että joustavuus ja tapauskohtainen intressipunninta on tarpeen käsitettä sovellettaessa. Lapsen yksilöllistä etua sekä yhtäältä yleistä niin sanottua lasten etua ja toisaalta muiden osapuolten oikeuksia voidaan joutua punnitsemaan.²⁵ Ellei toimenpide suoraan kohdistu lapseen tai lapsiin, ilmausta ”jotka koskevat” on komitean mukaan selvennettävä kunkin tapauksen olosuhteiden valossa, jotta vaikutus lapseen tai lapsiin voidaan ymmärtää.²⁶ Liisa Nieminen on osuvasti todennut, etteivät lapsen oikeudet ole ”superihmisoikeuksia”.²⁷

John Eekelaar pitää keskeisenä jaottelua suoraan tai välillisesti lasta koskeviin asioihin. Hän katsoo, että sen pohjalta tulisi kehittää systemaattisempaa tapaa soveltaa lapsen etua ratkaisunormina,²⁸ ja kritisoi komiteaa siitä, että korostamalla yksittäistapauksellista harkintaa se hämärtää erottelun systematisoivaa merkitystä. Eekelaarin mukaan eron lasta suoraan ja välillisesti koskevien asioiden välillä tulisi näkyä sekä ratkaisun perustelujen rakenteessa että siinä, kuinka suuri painoarvo lapsen etua koskeville näkökohdille tulee antaa. Ratkaisuiissa, jotka koskevat lasta vain välillisesti, lapsen etu, johon hänen intressinsä ja oikeutensa sisältyvät, on mukana yhtenä harkintaan vaikuttavana tekijänä. Ajatus vaikuttaa olevan, että lasta suoraan koskevassa asiassa lapsen edun tulisi olla painavin ratkaisunormi.²⁹

Jaottelua voidaan arvostella siitä, ettei aina ole helppoa määritellä, kumpaan ryhmään jokin asia kuuluu. Jaottelua on pidetty keinotekoisena ja huomautettu, ettei ratkaisun tosiasiallisilla vaikutuksilla näiden ryhmien välillä välttämättä ole eroavuutta. On myös esitetty huolta siitä, että se ehkä johtaisi lapsen edun arvioinnin eriytymiseen eri asiaryhmien välillä.³⁰ Vaikka jaottelussa on tiettyä tulkinnanvaraisuutta, katsomme, että sen avulla voimme tässä artikkelissa jäsentyneemmin pohtia lapsen edun ulottuvuuksia ja käyttöä oikeuslähteenä kotimaisissa asiaryhmissä. Lisäksi vastaavaa jaottelua käytetään sekä kotimaisessa että kansainvälisessä ratkaisukäytännössä, esimerkiksi Euroopan unionin tuomioistuimessa ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa (EIT).³¹

24. Ks. tästä esim. Sharon Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention of the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff 1999, s. 91, jossa viitataan valmisteluasiakirjoihin ja Philip Alstonin esitykseen.

25. CRC/C/GC/14, kohta 39.

26. CRC/C/GC/14, kohta 20.

27. Liisa Nieminen, *Lasten perus- ja ihmisoikeussuojan ajankohtaisia ongelmia*. Lakimies 4/2004, s. 591–621, s. 620.

28. John Eekelaar, *The Role of the Best Interests Principle in Decisions Affecting Children and Decisions about Children*. *International Journal of Children's Rights* 23(1) 2015, s. 3–26.

29. Eekelaar esittää artikkelissaan esimerkkejä erilaisista asiaryhmistä kansallisesta (Englannin ja Walesin) oikeuskäytännöstä tehtyjen havaintojen pohjalta.

30. Sormunen 2021, s. 46–47.

31. Ks. esim. Sanna Mustasaari, *Best interests of the child in family reunification – a citizenship test disguised?*, s. 123–145 teoksessa Anne Griffiths – Sanna Mustasaari – Anna Mäki-Petäjä-Lei-

Lasta suoraan koskevana voidaan pitää ensinnäkin asioita, joissa lapsi on asianosaisen asemassa esimerkiksi hakijana, kantajana tai vastaajana. Oikeusprosessi voi suoraan kohdistua lapseen myös eräissä muissa tilanteissa. Usein tässä yhteydessä mainittujen lapsenhuoltoasioiden lisäksi tähän ryhmään voidaan lukea esimerkiksi adoptioasiat sekä tietyt kansainvälisyksityisoikeudelliset lapsiasiat. Lasta välillisesti koskevat asiat ovat puolestaan sellaisia, joissa ratkaistavana on muu kuin lapsen oma asia mutta joiden vaikutukset ulottuvat myös lapseen. Välillisesti lapseen voi vaikuttaa esimerkiksi ratkaisu, joka koskee perheen asuntoa tai vanhemmalle myönnettävää oleskelulupaa.

Kysymys on piirteiltään samankaltaisesta rajanvedosta, jota liittyy asialegitimaatioon ja puhevallan käyttämiseen. Asian tai ratkaisun kohdistumisesta puhuttaessa keskeinen käsite on asianosaisuus materiaalisessa merkityksessään, kun taas siviiliprosessin tarkastelussa usein korostuu muodollinen asianosaisen asema – eli kenen nimissä oikeutta käydään.³² Päätöksen kohdistumisesta ja vaikutuksista on keskusteltu erityisesti hallintolainkäytön piirissä, jossa nämä määrittävät oikeutta hakea muutosta viranomaisen tekemään päätökseen. Laki oikeudenkäynnistä hallintoasioissa (808/2019, HOL) antaa valitusoikeuden hallintopäätöksestä sille, johon päätös kohdistuu, sekä sille, jonka oikeuteen, etuun tai velvollisuuteen se välittömästi vaikuttaa (HOL 7.1 §).³³ Tällaisia asianosaisuuden piirteitä ei ole helppoa määrittellä yksiselitteisesti ja kaikenkattavasti.³⁴

Siviiliprosessia tarkasteltaessa ”koskemisen” problematiikka ei ole ollut yhtä näkyvästi esillä. Jo pitkään on painotettu muodollista asianosaiskäsitettä eli sitä, kenen nimissä oikeutta käydään, sen sijaan, että olisi tarkasteltu asian aineellisia vaikutuksia.³⁵ Siviilioikeudellisissa riita-asioissa, joissa kantaja vaatii jotakin itselleen kanteensa nimeämältään vastaajalta, muodollinen asianosaisuus kytkeytyy usein varsin luontevasti materiaaliseen asianosaisuuteen. Toisinaan joudutaan kuitenkin arvioimaan, onko itseään asianosaiseksi väittävällä henkilöllä oikeuspuojan tarve eli riittävä oikeudellinen intressi asiaan.³⁶ Monissa henkilöä koskevissa asiaryhmissä asialegitimoitujen piiristä määrätään erityissäännöksiin, jolloin intressiä ei sinänsä arvioida oikeudenkäyntiin

nonen (toim.), *Subjectivity, Citizenship and Belonging in Law: Identities and Intersections*. Abingdon 2016.

32. Muodollisen ja aineellisen asianosaisuuden käsitteistä ks. esim. Matti Niemivuo – Marietta Keravuori-Rusanen – Kirsi Kuusikko, *Hallintolaki*. 2. painos. WSOYpro 2010, s. 147–148.

33. Valitusoikeus voi myös johtua erillisestä säännöksestä. Aiemmasta lainsäädännöstä ks. hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäynnistä hallintoasioissa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 29/2018 vp, s. 12, jossa viitataan kumotun hallintolainkäyttölain 6.1 §:ään.

34. Ks. myös HE 29/2018 vp, s. 51–52, 70.

35. Ks. esim. Osvi Lahtinen, *Om part och saklegitimation*. JFT 1955, s. 22–26.

36. Ks. tarkemmin keskustelusta ja oikeuskäytännöstä esim. Tolonen 2015, s. 101–102, 108–112 ja siinä mainitut lähteet.

pääsyn edellytyksenä. Puhevaltaa arvioitaessa on nykyisin otettava huomioon myös perus- ja ihmisoikeusveloitteet.³⁷

Seuraavassa kuviossa (kuvio 1) esitetään kootusti joitakin tyyppitilanteita sen havainnollistamiseksi, miten yksilöllinen lapsen etu voi toimia oikeuslähteenä erilaisissa ratkaisutilanteissa.³⁸ Luokittelulla on heuristinen tavoite: moninaisten asiaryhmien tai -tyyppien kattavan kuvaamisen sijaan pyrimme jäsentämään lapsen edun käyttöalueita esimerkkien pohjalta.

Lasta suoraan koskevat asiat <ul style="list-style-type: none"> Lapsi on asianosaisten asemassa tai prosessin kohde 	Lasta välillisesti koskevat asiat <ul style="list-style-type: none"> Ratkaisu vaikuttaa merkittävästi lapsen olosuhteisiin
a. Lapsen yksilöllinen etu ensisijainen ratkaisuperuste <ul style="list-style-type: none"> Esim. huolto, lastensuojelu Yksilöllinen lapsen etu auktoriteettilähde 	d. Lapsen yksilöllinen etu parasta mahdollista ratkaisua määrittävänä punnintaperusteena <ul style="list-style-type: none"> Esim. vanhempien yhteiselämän lopettaminen (AL 24 §) Yksilöllinen lapsen etu asialähde
b. Lapsen yksilöllisellä edulla vain rajattu merkitys argumentaatiossa <ul style="list-style-type: none"> Esim. vanhemmuuden vahvistaminen, lapsen palauttaminen lapsikaappausstilanteessa Sääntelyn tavoitteena kollektiivinen lapsen etu Yksilöllinen lapsen etu asialähde 	e. Lapsen edun vastaisuuden mahdollinen torjuminen <ul style="list-style-type: none"> Esim. asunnon ulosmittaus vanhemman velasta Yksilöllinen lapsen etu asialähde
c. Lapsen edulla ei lähtökohtaisesti merkitystä pääasiassa <ul style="list-style-type: none"> Esim. lapsi varallisuus oikeudellisen riita-asian osapuolena Yksilöllinen lapsen etu edustamista ja edunvalvontaa koskevin säännöin Yksilöllinen lapsen etu asialähde kohtuullisuusarvioinnissa? 	f. Lapsen yksilöllinen etu minimitasoa määrittävä peruste <ul style="list-style-type: none"> Esim. lapsen etu perheen yhdistämisasiassa Yksilöllinen lapsen etu muodollisesti auktoriteettilähde, tosiasiaa usein asialähde

Kuvio 1. Yksilöllinen lapsen etu oikeuslähteenä erilaisissa ratkaisutilanteissa.

37. Ks. esim. KKO 2024:18, erityisesti kohdat 12–15 ja 22. Ratkaisussa torjuttiin biologisen vanhemman muutoksenhakuoikeus aikuisadoptiota koskevassa asiassa. Asiassa korkein oikeus pyysi ensimmäistä kertaa neuvoa antavaa lausuntoa EIT:lta. Tämä on ollut mahdollista elokuusta 2018 alkaen, kun EIS:n 16 lisäpöytäkirja tuli voimaan.

38. Luokittelua laadittaessa on hyödynnetty lapsen oikeuksien komitean omaksuman kahtiajaon lisäksi lainsäädäntöä, lainvalmistelulaineistoa, oikeuskäytäntöä ja kirjallisuutta. Tehtyämme ensin alustavia havaintoja lapsen edun moninaisuudesta ratkaisunormina olemme palanneet oikeuslähteiden pariin kehittäen jaottelua hienojakoisemmaksi, kunnes olemme saavuttaneet tätä esitystä ja johtopäätöksiämme varten riittävän erottelukykyisen luokittelun.

3. Lasta suoraan koskevat asiat

3.1. Asiat, joissa lapsen yksilöllinen etu on ensisijainen ratkaisuperuste

Selkeimmin lainsäätäjän ohjaus lapsen edun toteuttamiseen näkyy säännöksissä, joissa lapsen etu mainitaan ensisijaisena ratkaisuperusteena asiassa (kuvion ryhmä a.). Kansainvälisessä keskustelussa näitä on luonnehdittu lapsen etua koskeviksi prosesseiksi (best interest proceedings).³⁹ Siviiliasioissamme tällainen lähtökohta on perinteisesti vallinnut lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa asioissa.⁴⁰ Pyrkimys lapsen yksilöllistä etua palvelevaan asiaratkaisuun näkyy myös adoptioasioissa.⁴¹ Hallintolainkäytön piiristä voidaan vastaavasti mainita lastensuojeluasiat.⁴² Tällaisia lapsen henkilöllisiä olosuhteita ja perhesuhteita koskevia asiatyyppejä yhdistää tulevaisuuteen suuntautuva, ratkaisun kohteena olevan lapsen etuun kohdistuva harkinta.⁴³ Näissä asioissa lapsen etu asettuu erityissäännöksissä vahvasti velvoittavaksi auktoriteettilähteeksi.

Lainsäätäjä antaa tälle harkinnalle tarkempia kriteerejä, jotka hiukan vaihtelevat eri asiatyypeissä. Lapsenhuoltolaki ohjaa erityisesti kiinnittämään huomiota huollon ja tapaamisoikeuden tavoitteiden toteutumiseen (10.1 §). Tässä viitataan muun muassa huollon tarkoitusta ja sisältöä koskeviin säännöksiin, joissa eritellään lapsen hyvinvointiin ja hänen kehitykseensä liittyviä seikkoja mainiten esimerkiksi ihmissuhteista, kasvuympäristön turvallisuudesta ja suojelemisesta väkivallalta (1 §).⁴⁴ Jos lapsen vanhemmat sopivat lapsensa huollosta, asumisesta tai tapaamisoikeudesta, viranomaisen tulee kuitenkin arvioida vain, onko aihetta olettaa sopimuksen olevan vastoin lapsen etua (10.4

39. Ks. Aoife Daly, *Children, Autonomy and the Courts*. Brill/Nijhoff 2017, s. 1.

40. Ks. HTL 10 § sekä esim. lakivaliokunnan mietintö (HE 88/2018 vp laiksi lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta annetun lain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi) 12/2018 vp.

41. Adoptiolaki (22/2012, AdoptioL) 2.1 §.

42. LSL 4 §.

43. Harkinnan piirteistä ks. esim. Anna-Kaisa Aaltonen, *Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimessa – Lapsen huolto, tapaamisoikeus ja elatus*. 2. painos. Edita 2020, s. 8. Lapsen etua arvioitaessa edellytetään, että hänen mielipiteensä ja toivomuksensa selvitetään. Siitä, miten tämä tapahtuu, samoin kuin lapsen prosessiasemasta säädetään asiatyypeissä hiukan vaihtelevasti. Lapsen osallisuudesta ks. esim. Pajulammi 2014 ja erityisesti huoltoasioista esim. Linnanmäki 2019, s. 133 ss. ja Tolonen – Linnanmäki 2020, s. 345 ss.

44. Ks. tarkemmin uudistetuista 10 §:ssä säädetyistä ratkaisukriteereistä esim. Aaltonen 2020, s. 54 ss. ja Tolonen – Linnanmäki 2020, s. 184–198. Tapaamisoikeutta (2 §) koskevista säännöksistä tosin poistui uudistuksessa maininta lapsen edusta, jota vanhempien oli aiemmin ”ennen kaikkea” pidettävä silmällä. Ks. tästä esim. Tolonen – Linnanmäki 2020, s. 63–64.

§).⁴⁵ Tällöin harkinnan voidaan sanoa kohdistuvan – Päivi Hirvelää lainaten – lapsen edun negaatioon.⁴⁶

Lastensuojelulaissa luetellaan seikkoja, joihin on kiinnitettävä huomiota lapsen etua arvioitaessa. Kuten lapsenhuoltolaissakin esille nostetaan lapsen ihmissuhteisiin, kasvuympäristöön, kasvatukseen ja koulutukseen liittyviä seikkoja, minkä lisäksi mainitaan kielellisen, uskonnollisen ja kulttuurisen taustan huomioimisesta (4.2 §). Yksilöidympiä kriteerejä asetetaan esimerkiksi huostaanotolle ja sijaishuoltoon sijoittamiselle, jolloin edellytetään muun muassa lapsen kasvun ja kehityksen vakavaa vaarantumista (40 §) huostaanoton ja sijaishuoltoon sijoittamisen edellytyksenä.⁴⁷ Tämänkaltaista toimenpiteen välttämättömyyteen liittyvää kriteeristöä ei suoraan johdeta lapsen yksilöllisestä edusta, mutta sen voidaan osaltaan nähdä ilmentävän tätä asettaessaan rajat tahdonvastaisille toimenpiteille.⁴⁸

Adoptiolaisissa edellytetään, että lapsen etua arvioitaessa on erityisesti otettava huomioon perheen pysyvyys sekä lapsen tasapainoinen kehitys ja hyvinvointi (2.2 §).⁴⁹ Lapsen yksilöllisen edun korostus näkyy siinäkin, että lapsen edun kannalta perustellusta syystä on mahdollista poiketa kriteereistä, jotka laissa lähtökohtaisesti asetetaan adoptionhakijan iälle.⁵⁰ LOS:ssa painotetaan lapsen etua erityisesti adoptiossa (21 artikla).

Perhesuhteisiin liittyviin asioihin kohdistuu vaatimuksia myös EIS:sta, erityisesti perhe- ja yksityiselämän suojasta (8 artikla). Tätä artiklaa koskevassa EIT:n argumentaatioissa limittyvät lapsen etu kollektiivisessa merkityksessään ja yksilöllisessä, tiettyä lasta koskevassa merkityksessään: yleisesti lasten edun mukaisena voidaan lähtökohtaisesti pitää yhteydenpitoa perheeseensä, mutta tätä voidaan rajoittaa, jos se on yksittäistapauksessa lapsen edun vastaista.⁵¹ Lapsen

45. Tämä koskee tilanteita, joissa ainakin toinen vanhemmista on huoltaja ja joissa sovitaan vanhemman asemasta huoltajana, lapsen asumisesta vanhemman luona tai tapaamisesta vanhemman kanssa.

46. Ks. käsitteestä Päivi Hirvelä, Rikosprosessi lapseen kohdistuvissa seksuaalirikoksissa. 2. painos. WSOYpro 2006, s. 229.

47. Ks. lähemmin LSL:n säännöksistä Tapio Rätty, Lastensuojelulaki – Käytäntö ja soveltaminen. 5., uudistettu painos. Edita Publishing 2023.

48. Ks. Toivonen 2017, s. 86–88.

49. Lapsen edusta yksittäistapauksessa ratkaisun ohjenuorana ks. myös hallituksen esitys Eduskunnalle adoptiota koskevan lainsäädännön uudistamiseksi sekä lasten adoptiota koskevan eurooppalaisen yleissopimuksen hyväksymiseksi ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta 47/2011 vp, s. 21.

50. Adoptionhakijan vähimmäis- ja enimmäisiän (6 §) lisäksi adoptiolaisissa säädetään ikäerosta adoptionhakijan ja adoptoitavan välillä (7 §). Ks. myös lakivaliokunnan mietintö (HE 47/2011 vp adoptiota koskevan lainsäädännön uudistamiseksi sekä lasten adoptiota koskevan eurooppalaisen yleissopimuksen hyväksymiseksi ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta) 9/2011 vp, s. 4–6.

51. Ks. esim. Liisa Nieminen 2013, s. 344 ja Milka Sormunen, Lapsen etu EIT:n lastensuojeluratkaisuissa, s. 308–341 teoksessa Suviaanna Hakalehto – Virve Toivonen (toim.), Lasten oikeudet

edun ja sen negaation suhde näkyy myös LOS 9 artiklassa. Lapsen tahdonvastainen erottaminen vanhemmistaan edellyttää, että tämä on todettu asianmu-
kaisissa viranomaismenettelyissä lapsen edun mukaiseksi (1 kohta). Tällöinkin
edellytetään yhteydenpidon kunnioittamista, ellei se ole lapsen edun vastaista
(3 kohta).

Lapsen edun käsitteen moniulotteisuus ja sen määrittelyn vaikeus on monesti
todettu erityisesti lapsenhuoltoasioista keskusteltaessa.⁵² Lastensuojeluasioiden
näkökulmasta on huomautettu, että käsite voi saada eri merkityksen julkisen
vallan toiminnassa.⁵³ Kriittisissä puheenvuoroissa on toivottu esimerkiksi sel-
keämpää ja kattavampaa sääntelyä lapsen edusta⁵⁴ tai sitä, että tätä perusteltaisiin
paremmin päätöksissä.⁵⁵

Selvää on, ettei lapsen etu ratkaisuperusteena kytkeydy siihen, onko lapsella
muodollinen asianosaisen asema. Lapsen prosessiaseman järjestämisen erilaiset
vaihtoehdot, joita lapsen oikeuksien komitea on sivunnut yleiskommentissaan,
ilmenevät myös kotimaisesta lainsäädännöstä.

Jo 12-vuotiaat käyttävät meillä itsenäisesti puhevaltaa huoltajan ohella itseään koske-
vissa lastensuojeluasioissa (LSL 21 §). Huoltoaan, asumistaan tai tapaamisoikeuttaan
koskevassa asiassa lapsi ei ole muodollisesti asianosainen (HTL 14–15 §).⁵⁶

Kootusti voidaan todeta, että edellä kuvatuissa asioissa kotimainen lainsääd-
äntö edellyttää lapsen edulle annettavan merkitystä asian ensisijaisena ratkai-
superusteena. Tämän artikkelin kannalta olennaista on, ettei ratkaisija näissä
asioissa joudu pohtimaan, missä määrin lapsen edun tulisi vaikuttaa ratkaisuun,
vaan harkinta kohdistuu lapsen edun sisältöön.

lastensuojelussa. Kauppakamari 2016, s. 327–336.

52. Ks. esim. Maija Auvinen, Huoltoriidat tuomioistuimissa. Sosiaalitoimi selvittäjänä, sovittelijana,
asiantuntijana. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006, s. 199–203; Pajulammi 2014, s. 314–315;
Tolonen 2015, s. 74–81; Linnanmäki 2019, s. 120–122 ja Aaltonen 2020, s. 15–16.

53. Toivonen 2017, s. 80. Ks. myös Janne Aer, Lastensuojelu-oikeus. Lapsi- ja perhekohtaisen las-
tensuojelun oikeudelliset perusteet. Sanoma Pro 2014, s. 32.

54. Ks. esim. Suianna Hakalehto – Virve Toivonen, Johdatus lapsen oikeuksiin perheessä, s. 20–69
teoksessa Suianna Hakalehto – Virve Toivonen (toim.), Lapsen oikeudet perheessä. Kauppa-
kamari 2021, s. 47.

55. Ks. esim. Toivonen 2017, s. 93. Ks. myös CRC/C/GC/14, kohta 29.

56. Tämä ei muuttunut HTL:iin vuonna 2019 tehdyissä uudistuksissa. Ks. HE 88/2018 vp. Erään-
laista sekatyyppeä edustaa lapsen asema adoptioasioissa, ks. tästä Tolonen 2015, s. 301–302.
Ks. myös CRC/C/GC/14, kohta 29.

3.2. Asiat, joissa lapsen yksilöllisellä edulla on vain rajattu merkitys argumentaatiossa

Kysymyksenasettelumme kannalta edellistä ryhmää kiintoisampia ovat asiat, jotka koskevat suoraan lapsen oikeusasemaa tai olosuhteita mutta joiden aineellista ratkaisuharkintaa koskevilla säännöksillä painottuvat muut seikat kuin ratkaisun kohteena olevan lapsen yksilöllinen etu (kuvion ryhmä b.). Luemme tähän ryhmään monia henkilöä koskevia asiatyyppejä, joissa päätetään lapsen perhesuhteista. Näiden yhteinen piirre on, että lainsäädännön taustalla voidaan havaita lapsen kollektiivisen edun turvaamiseen liittyviä tavoitteita.⁵⁷ Tässä ryhmässä lapsen yksilöllinen etu on nähdäksemme verrattavissa sellaiseen sisällöllisesti vaikuttavaan oikeuslähteeseen, jota Karhu kuvaa vahvasti velvoittavaksi asialähteeksi.⁵⁸

Esimerkki tällaisesta asiasta on isyyden vahvistaminen, johon sovelletaan vanhemmuuslakia. Lain esitöissä on nähtävissä pyrkimys edistää lasten etua ja heidän yhdenvertaisuuttaan. Lähtökohtaisesti lapsen edun mukaisena – tässä yhteydessä tulkintamme mukaan kollektiivisessa merkityksessään – pidetään kahden vanhemman vahvistamista mahdollisimman pian syntymän jälkeen.⁵⁹ Asiaa ratkaistessaan tuomioistuin ei arvioi lapsen olosuhteita samalla tavoin kuin esimerkiksi huoltoriidassa. Ei siis arvioida vaikkapa vanhempiehdoikkaan tai -ehdoikkaiden valmiuksia tai sopivuutta vanhemman rooliin eikä myöskään sitä, mitä lapsen kannalta merkitsee, jos hän jää ilman vanhempaa. Sen sijaan ratkaisu on perustettava toisentyypiseen tosiseikastoon: oikeusgeneettiseen selvitykseen isyydestä tai hedelmöityshoidon kyseessä ollessa siihen, onko hoito toteutettu yhteisymmärryksessä.⁶⁰

Pitkälti samankaltaisille perusteille rakentuu myös päätöksenteko vanhemmuuden kumoamisesta (VanhL 43–44 §). Lapsen etuun liittyvät seikat näkyvät kuitenkin sääntelyssä monipuolisemmin. Menettelyn käynnistymisessä näyttää olevan lähtökohtana kollektiivinen ”lasten etu”, jolla voidaan perustella esimerkiksi aikarajoituksia aikuisten kanneoikeuden käyttämiselle (VanhL 50 §). Aikuisten on pyrittävä korjaamaan tilanne ripeästi, ensisijaisesti jo lapsen ollessa hyvin nuori. Lapsen yksilölliseen etuun liittyvillä perusteilla voi ovi oikeudenkäyntiin kuitenkin avautua myöhemminkin.⁶¹ Prosessin käynnistämiseksi voidaan määrätä edunvalvoja käyttämään lapsen kanneoikeutta, jos tähän on lapsen

57. Ks. esim. vanhemmuuslain (775/2022) esitöistä hallituksen esitys eduskunnalle vanhemmuuslaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi 132/2021 vp, s. 8, 16.

58. Karhu 2020, s. 1026.

59. HE 132/2021 vp, s. 8. Yhdenvertaisuudesta ks. s. 15–16.

60. Ks. tästä nykyisin vanhemmuuslain 4 §:n 2–3 momentti (isyys) sekä 2 ja 5 § (äitiys). Tämä on sopusoinnussa sen kanssa, että lapsella on oikeus tuntea oma taustansa (ks. LOS 7.1 artikla).

61. Ks. myös HE 132/2021 vp, s. 19, jossa mainitaan paikoin lapsen edusta ”yksittäistapauksessa” ja ”yksittäisessä tilanteessa”.

edun kannalta erittäin painava syy (VanhL 48.1 §). Tämä antaa mahdollisuuden kiinnittää huomiota esimerkiksi sosiaaliseen vanhemmuuteen (KKO 2021:41).⁶²

Kansainvälisyksityisoikeudellisista lapsen henkilöllisistä asioista tähän ryhmään kuuluvat esimerkiksi lapsen palauttamista koskevat asiat lapsikaappausatilanteessa.⁶³ Lapsikaappauksia koskevassa sopimusjärjestelmässä pyritään torjumaan se, että lapsen kaappaava vanhempi saisi käsittelyn siirretyksi haluaansa maahan.⁶⁴ Järjestelmän toimiminen edellyttää, että lapsi palautetaan nopeasti sen sijaan, että lapsen olosuhteita ja yksilöllistä etua ryhdyttäisiin perusteellisesti selvittämään olinpaikkavaltiossa.⁶⁵ Tutkittavaksi tulee lähinnä vain se, aiheuttaako palauttaminen lapselle vakavaa vaaraa esimerkiksi altistamalla hänet ruumiillisille tai henkisille vaurioille (lapsikaappaus sopimuksen 13.1 artiklan b alakohta).

Tähän ryhmään sijoitamme myös niin sanottuihin itsenäisiin adoptioihin liittyvät asiat, joissa adoptiojärjestely on toteutettu ulkomailla ja vanhemmuutta koskevien päätösten tunnustamista haetaan myöhemmin Suomessa. Vaikka adoption tunnustamista voitaisiin yksittäistapauksessa monesti pitää lapsen edun

62. Silloinkin, jos biologisena isänä itseään pitävä henkilö pyrkii aloittamaan menettelyn ”virheelisen” isyyden kumoamiseksi, edellytetään muun muassa sitä, että tätä pidetään lapsen edun mukaisena (VanhL 48.2 §). Lapsi voi 15 vuotta täytettyään itse saattaa asian vireille (VanhL 48.1 §).

63. Lapsen edun periaatteesta kansainvälisen yksityisoikeuden ja ihmisoikeuksien risteämäkohdissa ks. Marcella Distefano, *The Best Interests of the Child Principle at the Intersection of Private International Law and Human Rights*, s. 157–170 teoksessa Elisabetta Bergamini – Chiara Ragni (eds), *Fundamental rights and best interests of the child in transnational families*. Intersentia 2019 sekä James Fawcett – Máire Ní Shúilleabháin – Sangeeta Shah, *Human rights and private international law*. Oxford University Press 2016.

64. Haagin kansainvälisistä lapsikaappauksista tehdyssä yksityisoikeuden alaa koskevassa yleissopimuksessa (SopS 57/1994, lapsikaappaus sopimus) on lähtökohtana, että lasta koskevat asiat ratkaistaan siinä valtiossa, jossa hänellä on asuinpaikka. Sama lähtökohta on myös 1.8.2022 alkaen sovelletussa neuvoston asetuksessa (EU) 2019/1111 tuomioistuimen toimivallasta, päätösten tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta avioliittoa ja vanhempainvastuuta koskevista asioissa ja kansainvälisestä lapsikaappauksesta. Palauttamista koskevaa päätöstä ei siis pidetä huoltoa koskevana asiaratkaisuna (lapsikaappaus sopimuksen 19 artikla). Mahdollisesti tästä syystä Eekelaar (2015) luokittelee palauttamisasiat lasta vain välillisesti koskeviksi. Olemme päätyneet luokittelemaan nämä toisin, koska lapsi on näissä asioissa oikeudenkäynnin kohde, jonka olosuhteisiin ratkaisu voi vaikuttaa merkittävästi. Palauttaminen voi esimerkiksi käytännössä määrittää, onko lapsella mahdollisuutta enää tavata kaappaavaa vanhempaa. Ks. esim. KKO 2016:65 ja KKO 2023:66.

65. Markku Helin, *Suomen kansainvälinen perhe- ja perintöoikeus*. Alma Talent 2020, s. 571; Katja Karjalainen, *Kansainvälinen lapsikaappaus ja lapsen etu suomalaisessa oikeuskäytännössä*. DL 3/2019, s. 277–295 ja Sanna Koulu, *Lapsikaappaukset KKO:n uusimmassa käytännössä*. DL 5/2010, s. 665–680. EIT:n horjuva oikeuskäytäntö on aiheuttanut nimenomaan lapsen edun arviointiin liittyvää arvostelua. Ks. esim. Markku Helin, *Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja lapsikaappaukset – uusi linjaus?* Oikeustieto 1/2014, s. 22–25 ja Ruth Lamont, *Protecting children’s rights after child abduction: The Interaction of the CJEU and ECtHR in Interpreting Brussels II bis*, s. 225–242 teoksessa Bergamini – Ragni 2019.

mukaisena, menettäisi sääntely merkityksensä, jos itsenäinen adoptio säännön- mukaisesti tunnustettaisiin lapsen edun nojalla.

Haagin vuoden 1993 yleissopimus lasten suojelusta kansainvälisissä adoptioasioissa (SopS 29/1997, adoptiosopimus) tehtiin kansainvälisiin adoptioihin liittyvien eettisten ongelmien ja esimerkiksi lapsikauppaan liittyvän hyväksikäytön ja rikollisuuden suitsimiseksi.⁶⁶ Sopimus lähtee siitä, että kaikkien lasten etu on, että kansainväliset adoptiot ovat säänneltyjä ja ne tulee toteuttaa yhteistyössä lapsen alkuperävaltion ja vastaanottajavaltion viranomaisten kesken. AdoptioL 74.4 §:n mukaan adoptiota ei voida vahvistaa ilman adoptiolupaa. Suomessa tunnustamiskynnys on asetunut korkeaksi.

Ratkaisussaan 2016:63 korkein oikeus lievensi tulkinnallaan adoptiolainsäädännön ankaruutta EIT:n ratkaisukäytäntöön viitaten.⁶⁷ Helinin mukaan lakiin tulisi luoda menettely, jolla adoptiolupa voitaisiin tietyillä edellytyksillä myöntää jälkikäteen. Tällöin sääntelyn yleiset tavoitteet ja yksilöllisen lapsen edun turvaamistavoite olisivat paremmin tasapainossa.⁶⁸ Hakalehto on puolestaan huomauttanut, että edellä mainitussa ratkaisussa korkein oikeus ei lainkaan viittaa LOS:een, vaikka 21 artiklan mukaan lapsen etu on adoptioasioissa aina kaikista tärkeimpänä huomioon otettava, ylivoimainen (paramount) ratkaisuperuste.⁶⁹ Kyseinen artikla kuitenkin edellyttää adoptioasioiden vahvaa sääntelyä ja rakentuu sen varaan, että kansainvälisen adoptiojärjestelmän toimivuudesta ja sillä suojeltavista oikeushyvistä pidetään kiinni. Siten yksilöllisen lapsen edun merkitys ei myöskään voi olla ylikorostettu.

Sääntely-ympäristön merkitystä lapsen etua koskevan normin käyttämiselle havainnollistaa edellä kuvattujen niin sanottujen itsenäisten adoptioasioiden vertaaminen sijaissynnytykseen liittyvien vanhemmuutta koskevien päätösten tunnustamiseen. Sijaissynnytyjärjestely toteutetaan maassa, jossa se on sallittua, ja lapsen synnyttyä kyseisessä maassa vahvistetaan vanhemmuus ja lapsi luovutetaan aiotuille vanhemmille.⁷⁰ Jos aiotut vanhemmat asuvat maassa, joka Suo-

66. Chiara Ragni, *Cross-Border Recognition of Adoption: Rethinking Private International Law from a Human Rights Perspective*, s. 209–224 teoksessa Bergamini – Ragni 2019.

67. Markku Helin, *Itsenäisen kansainvälisen adoption tunnustaminen Suomessa*: KKO 2016:63. Oikeustieto 1/2016, s. 4–7.

68. Helin 2016, s. 7.

69. Suvianna Hakalehto, KKO 2016:63: *Itsenäisen kansainvälisen adoption tunnustaminen Suomessa*, s. 137–144 teoksessa Pekka Timonen (toim.), *KKO:n ratkaisut kommentein II/2016*. Alma Talent 2017.

70. Aihepiiriä on viime aikoina pohdittu kiinnostavasti sekä kansainvälisessä että kotimaaisessa kirjallisuudessa. Ks. esim. Jens Scherpe – Claire Fenton-Glynn – Terry Kaan (eds), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*. Intersentia 2019. EIT:n oikeuskäytännöstä ks. Katarina Trimmings, *Surrogacy Arrangements and the Best Interests of the Child: The Case Law of the European Court of Human Rights*, s. 187–208 teoksessa Bergamini – Ragni 2019 sekä Máire Ní Shuilleabháin, *Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention of Human Rights*. *International Journal of Law, Policy and the Family* 33(1) 2019, s. 104–122.

men tavoin ei hyväksy sijaissynnytyksiä, tulee ratkaistavaksi kysymys siitä, onko vanhemmuuspäätös syytä tunnustaa vai tulisiko se torjua.⁷¹ Näissä tilanteissa painotetaan meillä käytännössä lapsen yksilöllistä etua.

Kun Suomessa haetaan sijaissynnytyksjärjestelyyn perustuvan vanhemmuutta koskevan ulkomaisen päätöksen tunnustamista, sovellettavaksi tulee VanhL 59 §. Vanhemmuutta koskeva päätös voidaan jättää tunnustamatta, jos päätös on vastoin Suomen oikeusjärjestyksen perusteita (5 kohta) eli niin sanotulla *ordre public* -perusteella. Tuulikki Mikkola on arvioinut hovioikeuskäytäntöön viitaten, että tapauksissa LOS ja lapsen etu ovat painottuneet kokonaisarviossa enemmän kuin lainsäätäjän torjuva suhtautuminen sijaissynnytyksiin.⁷² Tapauksissa ei Mikkolan mukaan useinkaan ilmene viitteitä hyväksikäytöstä tai ihmisarvoa loukkaavista olosuhteista, jolloin todellista punnintatilannetta yksittäistapauksellisen lapsen edun ja oikeusjärjestyksen perusteiden välillä ei helposti synny. Tilanne saattaisi olla toinen, jos kansainvälisiä sijaissynnytyksiä säänneltäisiin kansainvälisin sopimuksin tai jos sijaissynnytyksistä olisi kotimaista erityislainsäädäntöä.⁷³

Tiettyä pyrkimystä painottaa lapsen yksilöllisen edun arviointia voidaan havaita asioissa, joissa lasta suojataan hänen vanhemmaltaan lähestymiskiellolla (laki lähestymiskiellosta 898/1998). Näissä asioissa voi nousta esiin kysymys siitä, onko tapaamisoikeuden järjestämiseksi tarpeen määrätä poikkeuksista kieltoon. Lainvalmistelussa on lausuttu lapsen suojaksi määrätyn lähestymiskiellon menevän tapaamisoikeuden edelle.⁷⁴ Ratkaisussa KKO 2019:50 kuitenkin katsottiin, ettei lapsen ja lähestymiskiellon määrätyn vanhemman yhteydenpidolle aina ole ehdotonta estettä ja että tarvittaessa tapaamisoikeudesta on annettava yksilöidyt määräykset. Lakia sittemmin uudistettaessa (202/2023) todettiin, että kiellon sisältöä harkittaessa on

Kiinnostavan näkökulman keskusteluun tuo Dafni Lima, jonka mukaan nykyistä suurempi painoarvo tulisi antaa sijaissynnyttäjän intentiolle olla tulematta vanhemmaksi. Dafni Lima, *Legal parenthood in surrogacy: shifting the focus to the surrogate's negative intention*. *Journal of Social Welfare and Family Law* 46(2) 2024, s. 245–266. Kotimaisesta keskustelusta ks. esim. Tuulikki Mikkola, *Lapsi-vanhempi-suhteen vahvistaminen rajat ylittävän sijaissynnytyksjärjestelyn seurauksena*. *Lakimies* 2/2020, s. 200–220.

71. Suomessa sijaissynnytyks on toistaiseksi torjuttu hedelmöityshoitolaissa (1237/2006), joka kieltää hedelmöityshoitosten antamisen, jos on syytä olettaa, että lapsi aiotaan antaa ottolapseksi (8 §:n 6 kohta). Sopimusta, jolla sovitaan lapsen vanhemmuuden siirrosta, pidetään mitättömänä. Monissa muissakin maissa sijaissynnytyksjärjestelyihin on suhtauduttu torjuvasti niihin liittyvän hyväksikäytön ja rikollisuuden mahdollisuuksien vuoksi. Ks. oikeusministeriön selvitys ei-kaupallisen sijaissynnytyksjärjestelyn sallimisesta Suomessa. Oikeusministeriön julkaisuja 2023:18.

72. Mikkola 2020, s. 216–217.

73. Sijaissynnytyksiä koskevaa kansainvälistä sopimusta on pyritty saamaan aikaan Haagin kansainvälisen yksityisoikeuden konferenssin piirissä, mutta tällä haavaa sellaisen valmistuminen lähitulevaisuudessa näyttää epätodennäköiseltä. HCCH:n sivuilta löytyvät asiaa koskevat työryhmien muistiot osoitteesta <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

74. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi lähestymiskiellosta annetun lain muuttamisesta ja laiksi rikoslain 21 luvun 17 §:n kumoamisesta 144/2003 vp, s. 21.

ensisijaisesti otettava huomioon lapsen etu.⁷⁵ Jotta lähestymiskielto ylipäänsä voidaan määrätä, edellytetään perusteltua aihetta olettaa, että käsillä on uhka rikoksesta tai muusta vakavasta häirinnästä (lähestymiskiellosta annetun lain 2 §).⁷⁶

3.3. Asiat, joissa lapsen edulla ei lähtökohtaisesti ole merkitystä pääasiaratkaisussa

On myös asioita, jotka koskevat lasta suoraan mutta joissa hänen yksilöllinen etunsa ei lähtökohtaisesti ole ratkaisuperuste (kuvion ryhmä c.). Esimerkiksi varallisuus oikeudellisessa riita-asiassa alaikäisten asianosaisten oikeuksia arvioidaan pääsääntöisesti samaan tapaan kuin aikuisten osapuolten oikeuksia.⁷⁷ Tällaisissa prosesseissa kysymys voi olla esimerkiksi lapsen asemasta omistajana tai velkasuhteen osapuolena.⁷⁸ Se, ettei lapsen yksilöllinen etu lähtökohtaisesti saisi merkitystä jotakin häntä suoraan koskevaa asiaa ratkaistaessa, herättää kysymyksiä LOS 3(1) artiklan näkökulmasta. Tätä on syytä tarkastella hiukan lähemmin.

Alaikäisiä henkilöitä suojataan lainsäädännössämme kielteisiltä taloudellisilta vaikutuksilta ensisijaisesti edunvalvonnalla. Laissa holhoustoimesta (442/1999, HolhTL) on lähtökohtana pyrkimys päämiehen edun edistämiseen. Lasta edustaa hänen vajaanvaltaisuutensa vuoksi edunvalvoja, jolta vaaditaan esteettömyyttä, jonka toiminnalle on asetettu rajoituksia ja jonka joihinkin toimenpiteisiin ulottuu virallisvalvonta.⁷⁹ Edunvalvonnan merkitystä korostaa se, että lapset voivat itsenäisesti tehdä vain tavanomaisia ja merkitykseltään vähäisiä oikeustoimia (HolhTL 24.1 §).⁸⁰

75. Hallituksen esitys eduskunnalle lähestymiskiellon tehostamista koskevaksi lainsäädännöksi 143/2022 vp, s. 30, jossa suhtaudutaan torjuvasti poikkeuksiin yhteydenpitoa varten, jos käsillä on uhka väkivallasta tai vakavasta häirinnästä.

76. Säännöksessä mainitaan rikokset, jotka liittyvät henkeen, terveyteen, vapauteen tai rauhaan.

77. Samaa voitaneen todeta tietyistä muistakin asiaryhmistä, edellä jo sivutun verotuksen lisäksi myös vaikkapa kaavoituksen kannalta.

78. Ks. varallisuus oikeuden jäsentelystä esim. Ari Saarnilehto – Vesa Annola – Mika Hemmo – Juha Karhu – Leena Kartio – Eva Tammi-Salminen – Juha Tolonen – Jarmo Tuomisto – Mika Viljanen, Varallisuus oikeus. Alma Talent verkkokirjajhyllä (päivittyvä teos), lukujen nimet Velvoite, Sopimus, Vahinkojen korvaaminen, Perusteettoman edun palautus ja Esineoikeus.

79. Oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 12 luvun 1 §. Edunvalvojina toimivat pääsääntöisesti lapsen vanhemmat tai toinen heistä (ks. HolhTL 4.1 § sekä HTL 3.1, 6 ja 6a §). Ks. edunvalvonnan lähtökohdista tarkemmin esim. Pertti Välimäki, Edunvalvontaoikeus. Alma Talent 2013 ja Tanja Mikkilä, Päämiehen etu edunvalvojan päätöksenteossa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2023.

80. Lisäksi he voivat määrätä muun muassa omista työansioistaan (25.1 §). Ks. tarkemmin esim. Johanna Tornberg – Matti Kuuliala, Suomen edunvalvontaoikeus. Talentum 2015, s. 347–352. Ihmis- ja perusoikeusnäkökulmasta on tosin pohdittu, suojataanko alaikäisiä velkaantumiselta riittävän tehokkaasti. Hovila 2017.

Lasten etujen valvontaa varallisuusasiassa on käsitelty myös EIT, joka katsoi vuonna 2015 annetussa langettavassa ratkaisussa *S. L. ja J. S. v. Kroatia*, etteivät viranomaiset olleet riittävän tehokkaasti valvoneet lasten etuja varallisuusasiassa (proprietary interests). Tapauksessa lasten omistama kiinteistö oli vaihdettu heille epäedullisiin ehdoin. Lapsia edustanut vanhempi oli vapautensa menettäneenä (detention), ja toisella vanhemmalla mainittiin olleen päihdeongelma.⁸¹

Onko varallisuusasioissa LOS 3(1) artiklan näkökulmasta pidettävä riittävänä, että lapsen yksilöllisestä edusta huolehditaan ennakoivasti ja menettelyissä edunvalvonnan keinoin vai olisiko lapsen yksilöllistä etua mahdollisesti pyrittävä toteuttamaan myös aineellisessa ratkaisuharkinnassa?

Sekä LOS:ssa että komitean lapsen edusta antamassa yleiskommentissa korostuvat lapsen henkilöön liittyvät asiat.⁸² Ei siis linjata tarkemmin, millä tavoin lasten etu olisi otettava huomioon esimerkiksi lasten (tai heidän perheenjäsenensä) varallisuusoikeuksia koskevissa siviiliasioiden asiaryhmissä.

Taloudellisia seikkoja sivuaa lähimmin aiheeltaan lapsen edusta yritystoiminnan näkökulmasta vuonna 2013 annettu yleiskommentti, jossa eritellään lapsen mahdollisia erilaisia positioita yrityksiin nähden: kuluttajina, laillisesti palkattuina työntekijöinä, tulevina työntekijöinä tai yritysjohtajina sekä jäseninä yhteisöissä ja ympäristöissä, joissa yritykset toimivat.⁸³ Kommentissa eivät korostu esimerkiksi seikat, jotka liittyvät lapsen asemaan oikeustoimien osapuolena.⁸⁴ Varallisuus oikeudellisia asiaryhmiä ei eritellä myöskään sopimusvaltiolta edellytettävien määräajoin annettavien maaraorttien jäsentelyssä.⁸⁵

81. EIT *S. L. ja J. S. v. Kroatia* 7.5.2015.

82. Ks. esim. CRC/C/GC/14, kohta 29. Asumiseen tosin viittaa luettelossa mainittu ”accommodation”. Ks. myös s. 13–18, joissa käsitellään mm. lapsen erottamista vanhemmistaan, terveyttä ja koulutusta. Taloudelliset asiat mainitaan myöhemmin hyväksikäytöltä suojelemisen näkökulmasta (ks. kohta 73). LOS:n osalta ks. myös Sandra F. Joireman, *Protecting future rights for future citizens: children’s property rights in fragile environments*. *Oxford Development Studies* 46(4) 2018, s. 470–482, 472.

83. Committee on the Rights of the Child. General comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children’s rights. 17 April 2013. CRC/C/GC/16, luku I.2.

84. Lasten oikeuksien on muutoinkin arvioitu jääneen sivuun yritystoiminnasta käydyssä keskustelussa. Ks. Gamzë Erdem Türkelli, *Children’s rights in business and human rights: from the sidelines to the center field?*, s. 237–301 teoksessa Eva Brems – Ellen Desmet – Wouter Vandenhoele (eds), *Children’s Rights Law in the Global Human Rights Landscape. Isolation, Inspiration, Integration?* Routledge 2017.

85. Ks. Committee on the Rights of the Child, *Treaty-specific guidelines regarding the form and content of periodic reports to be submitted by States parties under article 44, paragraph 1 (b), of the Convention on the Rights of the Child*, 3 March 2015 (CRC/C/58/Rev.3).

Jossain määrin täsmentymättömäksi jääkin, millä tavoin LOS 3(1) artikla olisi ulotettava varallisuusoikeudelliseen ratkaisuharkintaan.⁸⁶ Kansallisissa oikeusjärjestelmissä on eroavuuksia siinä, miten esimerkiksi lapsen omistusoikeutta ja muita varallisuussuhteisiin liittyviä asioita on järjestetty. Meidän järjestelmäsämme nuoretkin lapset ovat muodollisesti asianosaisia tällaisissa riita-asioissa, vaikka heidän edustuksestaan prosesseissa huolehtivat aikuiset. Joissakin oikeusjärjestyksissä saattaa taas korostua esimerkiksi omaisuutta hoitavien aikuisten asema.⁸⁷

Edellä kuvatut edunvalvonnan keinot huolehtia lapsen intresseistä ovat hyvin sovitettavissa varallisuusasioiden käsittelyn lähtökohtiin.⁸⁸ Vajaavaltaisuutta ja edunvalvontaa koskevalla sääntelyllä ”korjataan” lapsen aseman erityisyys ja lapsen erityinen oikeussuojan tarve suhteessa oikeustoimen toiseen osapuoleen. Jos vajaavaltainen tekee tavanomaisen, merkitykseltään vähäisen taloudellisen sopimuksen, tästä voi koitua velvoitteita, jotka vaikuttavat hänen taloudelliseen asemaansa negatiivisin tavoin. Sama voi seurata myös sopimuksesta, johon hän on edunvalvojan edustamana sitoutunut. Ei kuitenkaan voida omaksua lähtökohtaa, jonka mukaan esimerkiksi velkomustuomiota sinänsä olisi pidettävä lapsen edun vastaisena. Nähdäksemme tällaista edellytystä ei voida johtaa myöskään LOS:sta. Ellei alaikäisiä voisi velvoittaa täyttämään omaa osaansa pätevästi tehdystä oikeustoimesta, he eivät myöskään voisi saada oikeuksia ja toimintavapautta, joita lainsäädäntö heille antaa. Kuten Helin on huomauttanut, lasten kollektiivinen etu puhuu sitä vastaan, että heidät asetettaisiin erityisasemaan sopimusten tulkintaa koskevissa asioissa.⁸⁹

Kollektiiviseen lasten etuun liittyvä perustelu ei ehkä ole yhtä lailla ulotettavissa kaiken tyyppisiin varallisuusoikeudellisiin asioihin.⁹⁰ Samaa johtopäätöstä voitaneen kuitenkin usein perustella muiden asian osapuolten oikeuksien turvaamisella.⁹¹ Mikäli asiaratkaisun lopputuleman määrittäisi se, mikä ratkaisuvaihtoehtoista parhaiten toteuttaisi alaikäisen osapuolen edun, hänen vastapuolensa perustellut oikeudelliset odotukset voisivat vaarantua ennakoimattomin tavoin.

86. Ks. Helin 2021. Myös Maarit Hovila on nostanut tämän esiin tarkastellessaan lainsäätäjään kohdistuvia velvoitteita kysyessään, miten lapsen etuun liittyvä harkinnanvaraisuus on sovitettavissa esimerkiksi sopimusoikeuden peruseräpäätöksiin. Hovila 2017, s. 101.

87. Ks. vertailevista näkökohdista Melander 1939, s. 6–7 ja uudemmasta kirjallisuudesta esim. Jorjeman 2018, s. 472–474. Trust-järjestelmästä perheenjäsenten ja läheisten turvana ks. Tuulikki Mikkola, Trust: Oikeusvertaileva tutkimus. Kansainvälisen talusoikeuden instituutti 2003, s. 93–95.

88. Tässä ei voida enemmälti käsitellä kysymystä siitä, toteutuuko valvonta aina tarkoituksenmukaisin tavoin. Ks. tästä esim. Hovila 2017, s. 100.

89. Helin 2021, s. 129, jossa hän toteaa, ettei kukaan tällöin uskaltautuisi tekemään sopimuksia, joissa lapsi on osapuolena.

90. Helin 2021, s. 129.

91. Muiden osapuolten oikeuksia koskevan punninnan mahdollisuudesta mainitsee myös lapsen oikeuksien komitea. CRC/C/GC/14, kohta 39.

On kuitenkin huomattava, että varallisuus oikeudellinen ajattelutapa on muuttunut esimerkiksi kohtuusperiaatteen ja heikomman osapuolen suojan korostuessa ja siten, että pyritään puuttumaan sopijapuolten mahdolliseen epä-tasavertaisuuteen.⁹² Arvostuksenvaraisuus sääntelyssä avaa ennakoitavamman väylän ottaa huomioon myös lapsen etuun vaikuttavia olosuhteita ja torjua yksittäistapauksissa sitä, että ratkaisu olisi lapsen edun vastainen.⁹³ Tällöin lapsen etua voitaneen luonnehtia ratkaisun sisältöön vaikuttavaksi asialähteeksi.⁹⁴ Tuula Linna on todennut insolvenssioikeuden näkökulmasta, että vaikka lapset ovat ulosottokaaren säännösten valossa samassa asemassa kuin aikuiset perittävän määrän ja aikataulun osalta, voidaan nuoruudelle antaa merkitystä sovellettaessa ”erityisiä” tai ”painavia” syitä edellyttäviä säännöksiä.⁹⁵

Selventävää voisi olla, jos lasten etuun liittyviä seikkoja otettaisiin huomioon asiakohtaisessa sääntelyssä.⁹⁶ Erityinen alaikäisiä koskeva säännös on jo vahingonkorvauslaissa (412/1974), jossa kytketään vahingonkorvauksen määrää koskeva harkinta muun muassa ikään ja kehitystasoon (2:2).⁹⁷

4. Lasta välillisesti koskevat asiat

4.1. Asiat, joissa lapsen yksilöllinen etu määrittää punnintaperusteena parasta mahdollista ratkaisua

Varsin monet lapsen perheenjäseniä, erityisesti vanhempia, koskevista asioista vaikuttavat tosiasiallisesti lapseen merkittävästi. Toisinaan lapsen yksilöllinen etu

92. Ks. tästä esim. Leena Kartio – Eeva Tammi-Salminen teoksessa *Varallisuus oikeus*, luku I.2, päivitetty 10.1.2011. Alaikäisten tekemien sopimusten kohtuullistamisen puolesta puhuvista näkökohdista ks. Hovila 2017, s. 107.

93. Avoimista, arvostuksenvaraisista termeistä ks. myös esim. Mika Huovila, *Oikeuslähteoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa*, s. 13–99 teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.), *Rikostuomion perustelemisen*. Helsingin hovioikeus 2005, s. 52, jossa mainitaan mm. ”kohtuullinen” ja ”erityinen syy”.

94. Ks. käsitteestä Karhu 2020, s. 1026.

95. Tuula Linna, *Velkaantunut lapsi ja nuori – suomalaisen pikaluottosääntelyn ja insolvenssioikeuden näkökulma*, s. 6–18 teoksessa Niemi 2017, s. 9–11.

96. Ks. tätä koskevasta ehdotuksesta ulosottolainsäädäntöön Linna 2017, s. 12, jossa viitataan ruotsalaiseen ehdotukseen SOU 2016:81, del 2, s. 248–250. Ulosottokaaren 1 lukuun esitetyn uuden säännöksen mukaan lapsen etu tulisi erityisesti ottaa huomioon lapseen vaikuttavissa päätöksissä ja muissa toimenpiteissä. Ks. myös Prop. 2020/21:197, bilaga 1, s. 40, 1 kap 4 st. Ainakaan toistaiseksi ehdotus ei näytä johtaneen lainsäädäntöön.

97. Ks. tästä esim. Mika Hemmo teoksessa *Varallisuus oikeus*, luku IV.3, päivitetty 17.1.2011.

voi vaikuttaa siihen, mikä vaihtoehtoista valitaan (kuvion ryhmä d.). Tällainen pyrkimys näkyy esimerkiksi sosiaalihuollossa, jossa palveluilla on ehkäisevä ja lapsen kehitystä edistävä tavoite (sosiaalihuoltolain 5 §). Onkin todettu, että lapsen etu tulee ottaa huomioon, kun sosiaalihuollon toteuttaminen tosiasiallisesti vaikuttaa lapsen tilanteeseen.⁹⁸ Oikeuslähteenä lapsen etua voitaneen tällöin luonnehtia asialähteeksi joko vahvasti velvoittavana tai vaihtoehtoisesti heikosti velvoittavana oikeusperiaatteen tyyppisenä lähteenä.⁹⁹

Siviiliasioissa lapsen yksilöllinen etu voi saada tämäntyyppisen käyttöalueen esimerkiksi sovellettaessa avioliittolain säännöksiä yhteiselämän lopettamisesta (24 §). Tällä voidaan mahdollistaa asuntoa enemmän tarvitsevalle puolisolle oikeus jäädä asumaan puolisoiden yhteiseen kotiin. Esitöissä mainitaan säännöksen eräänä tarkoituksena antaa pahoinpitelytilanteissa mahdollisuus puolison ja lasten suojaamiseen.¹⁰⁰

Kyseenalaisempaa on, millaista merkitystä lapsen yksilölliseen etuun liittyvät seikat voisivat saada päätettäessä vaikkapa niin sanotuista vallinnanrajoituksista, jotka rajoittavat puolison oikeutta luovuttaa omaisuuttaan (AL 39.1 §). Rajoitusten piiriin kyllä kuuluu muun muassa lasten henkilökohtaiseen käyttöön tarkoitettu omaisuus (5 kohta). Rajoituksia sovellettaessa keskeinen arvioitava seikka on kuitenkin omaisuuden käyttötarkoitus.¹⁰¹ Selvältä vaikuttaa, ettei lapsen yksilöllisen edun arvioinnille jää sijaa vanhempien avioeroon liittyvässä hakemusasiassa.¹⁰² Harkinta-aika (AL 25.1 §) ei kytkeydy meillä siihen, onko puolisoilla lapsia,¹⁰³ vaikka lainvalmistelussa tätä säännöstä perusteltiin muun muassa sillä, että se antaa puolisoille aikaa selvittää yhteisten lasten huoltoon ja tapaamisoikeuteen liittyviä kysymyksiä.¹⁰⁴

Ruotsalaisessa kirjallisuudessa on pohdittu, onko lapsen etuun mahdollista vedota työsuhteeseen liittyvissä asioissa, jotka eivät muodollisesti koske lasta.¹⁰⁵ Voidaankin kysyä, voisiko lapsen yksilöllinen etu saada merkitystä sellaisissa

98. Ks. esim. Sosiaalihuoltolain soveltamisopas 2024. Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön julkaisu 2024:1, s. 30.

99. Ks. käsitteistä Karhu 2020, s. 1026, 1028.

100. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta 62/1986 vp, s. 48. Ks. tarkemmin esim. Tapani Lohi, Aviovarallisuus-oikeus. 2. painos. Alma Talent 2023, s. 267–268.

101. Ks. vallinnanrajoituksista Lohi 2023, s. 215.

102. Ks. kuitenkin CRC/C/GC/14, kohta 29, jossa vanhempien avioeroa koskeva oikeudenkäynti on erikseen mainittu lapsen vaikuttavana menettelyynä.

103. Ruotsissa alle 16-vuotiaan lapsen kanssa asumisella on merkitystä harkinta-ajan edellytyksenä. Äktenskapsbalk 1987:230, 5 luvun 1 §.

104. HE 62/1986 vp, s. 50.

105. Ruotsin työtuomioistuimen oikeuskäytäntöä tarkastellut Laura Carlson arvioi kriittisesti tapaa, jolla käsitettä on hyödynnetty. Laura Carlson, *Borde barnets bästa godtas av Arbetsdomstolen?*, s. 102–112 teoksessa Ann-Christin Cederborg – Wiweka Warnling-Nerep (red.), *Barnrätt – en antologi*. Norstedts Juridik 2017.

harkinnanvaraisissa tilanteissa, joissa työnantaja sovittaa yhteen omaan toimintaansa ja työntekijöiden olosuhteisiin liittyviä seikkoja. Tällainen tilanne saataisi olla käsillä esimerkiksi irtisanottavia valitessa tai työntekopaikan siirtyessä toiselle paikkakunnalle. Lapsen etuun liittyvän pohdinnan aktualisoituminen todennäköisesti kuitenkin edellyttäisi, että lapsen tilanteeseen liittyisi jotakin erityistä haavoittuvuutta, kuten lapsen erityistarpeita. Tällöinkin olisi otettava huomioon työntekijöiden tasapuolisen kohtelun velvoite.¹⁰⁶

Tähän ryhmään sijoittuvina voidaan vielä mainita asiat, joissa on kysymys lapsen vanhemman suojaamisesta lähestymiskiellolla toiselta vanhemmalta. Lähestymiskiellon edellytyksiä arvioitaessa on otettava huomioon muun muassa asiaan osallisten olosuhteet (2 a §). Jos osapuolilla on yhteisiä lapsia, on esitöiden mukaan arvioitava muun muassa vaikutuksia lapsen huoltoon ja tapaamisoikeuteen.¹⁰⁷

4.2. Asiat, joissa lapsen yksilölliseen etuun liittyvin perustein voidaan torjua muun lain soveltamisesta seuraava lopputulos

Toisinaan lapsen yksilöllinen etu – eli hänen riittävän painava intressinsä – voi estää sellaisen ratkaisun tekemisen, joka asiassa muutoin olisi tehtävä, vaikka asia koskee lasta vain välillisesti (kuvion ryhmä e.). Tällä perusteella siis torjutaan muun lain soveltamisesta seuraava lopputulos. Lasten kannalta kriittinen voi olla esimerkiksi perheen asuntoa koskeva päätöksenteko. Tästä sangen kiinnostavan vertailukohdan tarjoaa ruotsalainen ratkaisu vuodelta 2021, jossa HD päätyi lapsen etuun liittyvien näkökohtien perusteella kumoamaan ulosmittauksen, jonka kohteena oli perheen kotina käytetty kiinteistö.

Ruotsin ulosottokaaren (utsökningsbalk, 1981:774) mukaan ulosmittauksen yleisenä edellytyksenä on, että ulosmittaus on perusteltu (försvarlig, 4 luvun 3.1 §). HD:n mukaan ulosmittauksella saatavaa hyötyä tuli punnita suhteessa ulosmittauksella aiheutettavaan haittaan. Tässä arvioinnissa lapsen oikeus turvallisiin olosuhteisiin tuli ottaa huomioon arviointiin vaikuttavana intressinä. HD:n mukaan LOS:n voimaantulo lakina Ruotsissa 1.1.2020 konkretisoi ja vahvisti lapsen omien intressien merkitystä ulosmittausmenettelyssä, minkä seurauksena lasten yksilölliset olosuhteet tuli asiassa selvittää ja arvioida. Lapsen yksilölliseen etuun viitattiin perusteluissa vahvasti velvoittavaan auktoriteettilähteeseen verrattavin tavoin.

106. Katso yleisesti tasapuolisen kohtelun velvoitteesta esim. Mika Valkonen, Oikeus yhdenvertaiseen kohteluun, luku III.1. teoksessa Seppo Koskinen – Martti Kairinen – Kimmo Nieminen – Vesa Ullakonja – Mika Valkonen (toim.), Työoikeus. WSOYpro 2004 (päivittyvä).

107. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi lähestymiskiellosta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 41/1998 vp, s. 17. Näissä tilanteissa voidaan joutua antamaan määräyksiä esimerkiksi tapaa-misoikeuden järjestämisestä valvotuun vaihdoin. Ks. tarkemmin HE 143/2022 vp, s. 18–19, 31. Lähestymiskieltoasioita käsiteltiin myös edellä alaluvussa 3.2.

Kiinteistö oli kuuden lapsen pitkäaikainen koti, jonka sijaintipaikkakunnalle sijoituivat lasten koulu ja ystävyysuhteet. Sopivaa asuntoa ei ollut saatavilla alueelta sellaisella vuokralla, josta huoltaja saattoi selviytyä. Ulosmittauksella saatava hyöty olisi ollut vain 85 000 kruunua, joka jakautui yhdeksälle velkojalle. Lisäksi velalliset ulosmitattiin kuukausittain palkkaa. Kun lasten intressiä olla joutumatta lähemmään kotiympäristöstään punnittiin suhteessa velkojien intressiin ja ulosmittauksesta saatavissa olevaan taloudelliseen hyötyyn, ei ulosmittausta voitu HD:n mukaan pitää perusteltuna. Ulosmittaus tuli näin ollen kumota.¹⁰⁸

Perusteluissa lasten edulle annettiin merkitystä käsitteen negaation kautta tuoden esiin ulosmittauksen erittäin kielteiset vaikutukset lapsille. Vaikka lapset eivät olleet asianosaisia eivätkä välittömästi ratkaisun kohteena, heillä oli sellainen suojattava intressi, jota asiassa arvioitiin. Perustelujen valossa oven intressipunnintaan avasi säännös, joka mahdollisti kohtuullisuusharkinnan. Tiettyä yhtäläisyyttä voidaan siten nähdä myös siihen, mitä Karhun jaottelussa todetaan heikosti velvoittavien asialähteiden hyödyntämisestä. Näillä on yhtymäkohtia esimerkiksi kohtuusperiaatteeseen.¹⁰⁹

Ruotsin ulosottolainsäädännön edellyttämä ”hyötyarviointi” siis avasi mahdollisuuden ottaa huomioon lapsen etuun liittyviä näkökohtia. Miten vastaavaa asiaa olisi arvioitava Suomen ulosottoaarta (705/2007, UK) sovellettaessa? UK 4:16 kieltää turhan ulosmittauksen, jossa hakijoille tilittävä kertymä olisi vähäinen. Säännös ei siis näytä edellyttävän aivan samanlaista arviointia kuin Ruotsissa.¹¹⁰ Kotimaisessa keskustelussa on ehdotettu, että lapsen edusta säädettäisiin ulosottoaareissa nimenomaisesti.¹¹¹

Jo nykyisin saattaisi olla mahdollista nojata EIS 8 artiklaan, joka edellyttää kodin menetystä merkitsevän toimenpiteen suhteellisuuden arvioimista. Ihmisoikeussopimusta tulkittaessa kodin menettämiseen johtavia toimenpiteitä pidetään äärimmäisenä puuttumisena kodin suojaan, josta määrätään yksityis- ja perhe-elämän suoja koskevassa 8 artiklassa. EIT totesi vuonna 2017 annetussa äidin ja pikkupojan häätöä koskeneessa ratkaisussa Dakus v. Ukraina 8 artiklaa loukatun, kun kansallisessa menettelyssä ei ollut arvioitu toimenpiteen suhteellisuutta (proportionality).¹¹²

108. NJA 2021, s. 1065. Lapsen edusta asuntojen ulosmittauksessa ruotsalaisessa ulosotto-oikeudessa ks. Kristian Gustafsson, Barnets bästa vid utmätning och exekutiv försäljning av bostäder i svensk utsökningsrätt. Lunds universitet 2022.

109. Karhu 2020, s. 1028–1030.

110. Ks. säännöksestä esim. Erkki Havansi, Ulosotto-oikeus, luku III teoksessa Risto Koulu – Erkki Havansi – Emilia Korkea-aho – Heidi Lindfors – Johanna Niemi, Insolvenssioikeus. 3. painos. WSOYpro 2009, s. 510. Ulosoton toimenpiteiltä edellytetään myös asianmukaisuutta (UK 1:19). Linna (2017, s. 12) huomauttaa kuitenkin, ettei tätä ole erityisesti kohdennettu alaikäiseen.

111. Linna 2017, s. 12, jossa mainitaan lapsen asemasta myös silloin, kun aikuinen perheenjäsen on toimenpiteen kohde.

112. Ks. EIT Dakus v. Ukraina 14.12.2017, kohdat 47–53. Aiemmasta oikeuskäytännöstä viitattiin muun muassa ratkaisuihin EIT McCann v. Yhdistynyt kuningaskunta 13.5.2008 ja EIT Win-

4.3. Asiat, joissa lapsen etu määrittää, kuinka paljon haittaa lapsen on siedettävä

Viimeisenä ryhmänä käsittelemme lyhyesti tilanteita, joissa lapsen etu toimii yhtenä ratkaisuperusteena sellaisessa sääntely-ympäristössä, jonka keskeiset tavoitteet ovat oikeuksia rajoittavia (kuvion ryhmä f.). Esimerkkinä otamme esiin perheenyhdistämistä koskevat ulkomaalaislain soveltamistilanteet, jotka koskevat lapsen perheenjäseniä. Sovellettaessa ulkomaalaislakia alaikäisiin erityistä huomiota tulee kiinnittää lapsen etuun sekä hänen kehitykseensä ja terveyteensä liittyviin seikkoihin (Ulkl 6.1 §). Oleskeluluvan myöntäminen edellyttää lähtökohtaisesti, että ulkomaalaisen toimeentulo on turvattu. Toimeentuloedellytyksestä voidaan yksittäisessä tapauksessa poiketa, jos siihen on poikkeuksellisen painava syy tai lapsen etu sitä vaatii (Ulkl 39.1 §). Käytännössä lapsen etu ei nouse ensisijaiseksi tai saa aina edes tosiasiallista painoarvoa yksittäisessä ratkaisutilanteessa.¹¹³ On vaadittu erittäin poikkeuksellisia olosuhteita, jotta lapsen etu estäisi esimerkiksi toimeentuloedellytystä koskevan säännöksen soveltamisen. Vaikka lapsen etu on muodollisesti auktoriteetilähde, se näyttää tosiasiallisesti toimivan heikosti velvoittavan asalähteen tavoin.

Ulkomaalaisoikeudellisissa kontekstissa voidaankin kysyä, voiko lapsen edun huomioon ottamista koskeva säännös suorastaan kääntyä tarkoituksensa vastaiseksi. On huomautettu, että säännös voi päättyä legitimoimaan tilanteita, jotka ovat selvästi vastoin lapsen intressejä.¹¹⁴ Lapsen edun vastaisena ei ole pidetty esimerkiksi Suomessa syntyneen ja koko elämänsä asuneen Suomen kansalaisen viemistä toisen vanhemman kotimaahan, vaikka hänen yhteytensä toiseen vanhempaan tällöin katkeaisi.¹¹⁵

terstein ja muut v. Ranska 17.10.2013.

113. Ks. esim. Suvianna Hakalehto – Katariina Savela, Lapsen etu ja sen ensisijaisuus ulkomaalaisasioita koskevassa päätöksenteossa, s. 407–445 teoksessa Heikki Kallio – Toomas Kotkas – Jaana Palander (toim.), Ulkomaalaisoikeus. Alma Talent 2018; Heta Heiskanen – Reija Knuutila, Lapsen etu viranomaistoiminnassa: katsaus eräisiin Maahanmuuttoviraston vii-meaikaisiin kielteisiin päätöksiin. Oikeus 3/2014, s. 314–321; Mark Klaassen – Stephanie Rap – Peter Rodrigues – Ton Liefaard (eds), Safeguarding Children's Rights in Immigration Law. Intersentia 2020 ja Sormunen 2021.

114. Ks. tästä Mustasaari 2016.

115. Ks. esim. KHO 2013:97 ja ratkaisusta Mustasaari 2016.

5. Johtopäätökset

Tässä artikkelissa tavoitteenamme on ollut kytkeä lapsen etua oikeuslähteoppiin ja sen kehitykseen. Olemme tehneet havainnoja lapsen edun käyttöalueesta joissakin kotimaisissa asiaryhmissä. Jo näiden esimerkkien valossa voidaan todeta, ettei jaottelu suoraan ja välilliseen koskemiseen ole itsessään ratkaiseva. Riippumatta siitä, kummasta ryhmästä on kysymys, lapsen etu voi käyttäytyä ratkaisunormina eri tavoilla sääntely-ympäristöstä ja asiasta riippuen.

Luokittelussa näkyy esimerkiksi se, ettei lapsen yksilöllisen edun käyttöalueessa lasta suoraan koskevissa varallisuus oikeudellisissa asioissa (ryhmä c.) ja häneen välillisesti vaikuttavissa perheen asumista koskevissa asioissa (ryhmä e.) ole jyrkkää eroavuutta vaan pikemminkin jonkinlainen aste-ero. Ellei asiakkoita erityissääntelyä ole, molemmissa asiatyypeissä lapsen yksilölliseen etuun liittyviä näkökohtia otetaan huomioon arvostuksenvaraisia säännöksiä sovellettaessa ja osana kohtuullisuusharkintaa.

Sääntely-ympäristön vaikutusta lapsen etua koskevan harkinnan toteutumiselle havainnollistaa erityisesti vertailu vanhemmuuden tunnustamista koskevien kansainvälisyksitysoikeudellisten asioiden välillä. Vaikka nämä tilanteet muistuttavat läheisesti toisiaan, vaikuttaa siltä, että sijaissynnytyksellä alkunsa saaneen lapsen vanhemmuuden tunnustamista koskevassa asiassa painotetaan tosiasiallisesti vahvemmin lapsen yksilöllistä etua kuin ulkomaisen adoption tunnustamista koskevassa asiassa. Näistä asioista jälkimmäisessä harkintaa ohjaavat asiakkohtaiset säännökset, joiden taustalla korostuvat lasten kollektiiviseen etuun liittyvät tavoitteet.

Lapsen edun saama erilainen oikeuslähdemerkitys eri asiayhteyksissä voi olla tulkitsijalle haastava. On myös nähtävissä, että lapsen edulle voidaan ja sille todennäköisesti tulisi antaa tulkinnallista merkitystä joissakin sellaisissa kysymyksissä, joissa lapsen etua ei perinteisesti ole otettu argumentaatiossa huomioon.

Lapsen yksilöllistä etua arvioimalla voidaan pyrkiä korjaamaan eriarvoisuutta tuottavia tilanteita oikeudenmukaisemmiksi. Samalla on syytä muistaa, että lapsen etu toimii yhteydessä sääntely-ympäristöön. Jos se on lasten kannalta vaikea, ei lapsen edun avulla voida korjata kaikkia kohtuuttomiakaan lopputuloksia.

On syytä pyrkiä torjumaan ainakin sellaisia lapsen olosuhteiden kannalta kriittisiä ratkaisuja, jotka ovat ilmeisesti vastoin lapsen etua. Tällaisen harkinnan toteuttamista selkeämmin ja ennakoitavammin tavoin voisi tukea Linnankin esittämin erityissäännösin. Tarkoituksenmukainen varoventtiili joihinkin tilanteisiin voisi olla tällaisen sääntelyn toteuttaminen lapsen edun negatiota hyödyntäen.

Nähdäksemme tarvitaan myös enemmän sellaista lapsen edun käsitettä kehitettävää tulkintalainoppia, jossa tarkastelu kytketään erilaisten asiaryhmien yleisiin oppeihin ja erityispiirteisiin. Esimerkiksi varallisuus oikeuden asiaryhmissä olisi

tälle tarvetta. On tärkeää havainnoida eroavuuksia lapsen edun käyttöalueessa, jotta voimme lähemmin tarkastella sitä, ovatko eroavuudet legitimejä. Muutoin lapsen edun merkitys voi vesittyä asioissa, joissa lapsen oikeus saada etunsa perusteellisesti arvioiduksi olisi hänen kannaltaan kriittinen mutta joissa sitä ei ole totuttu ottamaan huomioon.

Best interests of the child as a source of law

SANNA MUSTASAARI, LL.D., Docent, Universities of Lapland and Turku; Associate Professor, University of Eastern Finland – HANNELE TOLONEN, LL.D., Trained on the Bench, University Lecturer, University of Helsinki, Vaasa Unit of Legal Studies

According to Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC), in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration. In this article, we examine the concept of the best interests of the child, from the perspective of recent theoretical discussions on children's rights and from the perspective of the Finnish legislation and case law. We specifically ask what it means to say that an action concerns a child. Traditionally, discussions about the best interests of the child as a decision-making principle have focused on the child's position in the family and matters directly affecting the child, such as custody disputes. The discourse on children's rights and child law has strongly emphasised the broad principle of the best interests of the child extending to all actions of the authorities, as outlined in the CRC. We explore how the best interests of the child is taken into account as a norm that determines the decision that will be reached, and how the scope of matters in which the best interests of the child are the most central decision-making criterion might be defined. The best interests of the child -norm has recently emerged in case law in interesting ways, for example, in a decision by the Supreme Court of Sweden concerning enforcement, where the best interests of the child prevented the seizure of a residential property due to a parent's debt. In this article, we observe the use of the norm of the primacy of the best interests of the child and consider its possibilities in legal argumentation in various other types of matters, especially in different fields of civil law.

Oikeushyvien suojele rikosoikeuden tavoitteena – rikosoikeuden tehtävistä ja rajoista

HAKUSANAT: rikosoikeus, yhteiskuntasopimus, oikeushyvä, kestävä kehitys, vapaus

1. Johdanto

Rikosoikeuden yleisissä opeissa on tututtu puhumaan oikeushyvistä. Oikeushyvä on jotain ideaalisempaa kuin teko-objekti, jollainen anastusrikoksessa olisi anastuksen kohde. Oikeushyvä on se, mitä rikoksella ideaalisesti loukataan. Yksityistä omistusoikeutta ja omistajan hallintaa suojataan varkauskriminalisoinnilla, mutta yksittäinen varkausrikos ei tietenkään mitenkään muuta tai poista noita oikeuksia, vaikka se niitä loukkaakin. Kriminalisoinnilla ylläpidetään omistajan oikeuksia loukkausta vastaan. Samalla ylläpidetään uskoa siihen, että ne oikeudet ovat päteviä ja voimassa. Ellei näin olisi, jouduttaisiin vaaralliseen luonnontilaan, jossa jokainen puolustaisi itseään ja omaisuuttaan niin kuin parhaiten kykenee.¹ ”Oikeushyvä”-termin käyttö liittyy rikosoikeuden käytön perimmäisiin päämääriin: mitä rikosoikeuden tavoitteeksi voidaan asettaa suojattavaksi.

Moderneissa yhteiskuntasopimusteorioissa on tunnetusti tyypillisesti käsitelty niitä syitä, joita ihmisellä on ollut päättää elää järjestäytyneessä yhteiskunnassa ja valtiossa, ja samalla valtiosta lähtöisin olevan oikeuden oikeutusta.² Thomas Hobbesin Leviathan³ suojasi yksilöitä luonnontilan viheliäisyydeltä mutta vaati vastaavasti ehdotonta alistumista valtion valtaan. John Locken mukaan luonnontilaan syntyikin jo järjestystä eikä yksilö oikeastaan luovuttanut oikeuksiaan pois – valtio tarvittiin vain turvaamaan näiden ennalta määriteltyjen

* *Kimmo Nuotio*, OTT, professori, Helsingin yliopisto.

1. Ei ole kuitenkaan teoreettisessa mielessä lainkaan itsestään selvää, mihin rikoksen ilmentämä vääryys oikeastaan kohdistuu eli onko aina kyseessä uhrin subjektiivisen oikeuden loukkaus vai onko kyse yleisemmästä oikeudenloukkauksesta. Ks. esim Philipp-Alexander Hirsch, *Das Verbrechen als Rechtsverletzung. Subjektive Rechte im Strafrecht*. Duncker & Humblot 2021.
2. Ks. esim. Kaarlo Tuori – Jaana Matikainen (toim.), *Yhteiskuntasopimuksesta yhteisöön*. Helsingin yliopisto 1990.
3. Thomas Hobbes, *Leviathan – eli kirkollisen ja valtiollisen yhteiskunnan aines, muoto ja valta*. (Leviathan or the matter, forme and power of a commonwealth ecclesiasticall and civil, 1651.) Suomentanut Tuomo Aho. Vastapaino 1999.

oikeuksien suoja, omistusoikeus mukaan lukien.⁴ Jean-Jacques Rousseau kehitti hankin yhteiskuntasopimusteoriaa mutta piti yksityisen omistusoikeuden hyväksymistä vapautta uhkaavana.⁵

Saksalaisen idealismin suuret nimet Kant⁶ ja Hegel⁷ pohtivat hekin valtiollan oikeutusta kuvitteellisen yhteiskuntasopimuksen valossa. Rikosoikeuden oikeushyväopit eivät ole suoraan kehittyneet näissä keskusteluissa, mutta ei ole vaikeaa nähdä niillä olevan yhteyksiä asiaan. Valistuksen ihmiskeskeinen oikeusajattelu on pitänyt yksilön vapauden turvaamista valtion ydintehtävänä, mutta päätelmät sen suhteen erovat, miten vapaus ymmärretään ja mitä valtiolta edellytetään. John Stuart Mill pohti sitä, millaista valtaa yhteiskunta saattoi oikeutetusti käyttää yksilöön nähden.⁸ Tämä on sinänsä laajempi kysymys kuin se, missä tarkoituksessa julkinen valta voi turvautua rikosoikeudelliseen sääntelyyn. Joel Feinberg puolestaan tarkasteli Millin hengessä täsmällisemmin kysymystä valtiollisen rikosoikeuden moraalisisista rajoista, mikä vaati peräti neljän erillisen teeman tarkastelua ja teoksen laatimista.⁹

Kun rikosoikeus on ottanut modernisoitumisen myötä yhä uudenlaisia tehtäviä, tämä on heijastunut myös suojattaviin oikeushyviin. Esimerkiksi puhe rikosoikeuden ydinalueesta on liittynyt käsitykseen, että välittömästi havaittavat yksilöön ja yksilön oikeushyviin kohdistuvat rikokset, kuten väkivaltarikokset, olisivat sen ytimessä. Ydinalueen ulkopuolella on kuitenkin paljon sellaista, jossa rikosoikeuden rajoihin ja tehtäviin on tarpeen ottaa kantoja. Lindsay Farmer, joka on tarkastellut historiallisesti rikosoikeudellisen suojan kehitystä, on maininnut, että isossa kuvassa suojan painopiste on muuttunut omaisuuden suojasta henkilöiden suojaamiseen.¹⁰

4. John Locke, *Second Treatise of Government* (1690). Tutkielma hallitusvallasta – tutkimus poliittisen vallan oikeasta alkuperästä, laajuudesta ja tarkoituksesta. Suomentanut Mikko Yrjönsuuri. Gaudeamus 1995.

5. Jean-Jacques Rousseau, *Yhteiskuntasopimuksesta eli valtio-oikeuden johtavat aatteet*. (Du contrat social ou principes du droit politique, 1762.) Suomentanut ja johdannolla varustanut J. V. Lehtonen. 3. painos (1. painos 1918). Karisto 1997.

6. Kantin oikeusfilosofiasta ks. esim. Panu Minkkinen, *Järjen lait. Kant ja oikeuden filosofia*. Vastapaino 2022. Poliittisen filosofian näkökulmasta ks. erityisesti Arthur Ripstein, *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy*. Harvard University Press 2009.

7. Oikeusfilosofian pääpiirteet eli luonnonoikeuden ja valtiotieteen perusteet. (Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821.) Johdannon laatineet Juha Manninen ja Markus Wahlberg. Suomentanut ja selityksiin varustanut Markus Wahlberg. Pohjoinen 1994.

8. John Stuart Mill, *On Liberty*. 1859, Chapter I: Introductory.

9. Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. Volume one: Harm to Others*. Oxford University Press 1984, s. 3–4.

10. Lindsay Farmer, *Making the Modern Criminal Law. Criminalization and Civil Order*. OUP 2016, s. 9. Farmerille rikosoikeus asetettu osaksi kansalaisyhteiskunnan järjestystä (civil order).

Oikeushyväopeilla on tunnetusti ollut lukuisia tehtäviä, joista yksi ilmeisimmistä on systematisoiva tehtävä. Esimerkiksi rikoslakimme (39/1889, RL) erityisessä osassa ja sitä tulkitsevassa oikeuskirjallisuudessa rikoksia on ryhmitelty ja rikoslain lukujakin nimetty sen mukaan, mitä oikeushyvää luvun säännöksillä katsotaan suojattavan.¹¹ Henkeen ja terveyteen kohdistuvista rikoksista säädetään omassa luvussaan, vapauteen kohdistuvista rikoksista taas omassaan. Henki ja terveys samoin kuin vapaus ovat siten astetta yleisempiä suojan kohteita, suojelutarkoituksia, suojeluintressejä tai suojelutavoitteita, kuin mitä lukuun sisällytetyistä rangaistussäännöksistä suoraan sanamuodon mukaan ilmenee.¹² Rikoslain lukuja on voitu nimetä myös muin perustein, temaattisesti. Esimerkiksi työrikokset, aserikokset tai vaikkapa alkoholirikokset jäsenyväst rikoslaisia omiksi kokonaisuuksikseen.

”Oikeushyvä”-termiä on toisinaan arvosteltu hämmäntäväksi,¹³ eikä edellä sanotusta voi vielä päätellä, että rikoslain erityisen osan säännösten tulkinnassa ja soveltamisessa oikeushyvän käsitteestä olisi nimenomaista hyötyä. Selvää kuitenkin on, että rikosoikeuden suojattavia oikeuksia ja intressejä koskevia tulkintakysymyksiä joka tapauksessa nousee esille käytännön oikeuselämässä, ja näissäkin yhteyksissä termiä edelleen saatetaan käyttää.¹⁴ Oikeushyvän käsitteen laajemmasta merkityksestä antaa viitteen se, että rikosprosessissa asianomistajan käsite on tapana määritellä osaltaan sen avulla, kuka on rikoksella välittömästi loukatun oikeushyvän haltija.¹⁵

Kun oikeushyvistä rikosoikeuden alalla joka tapauksessa puhutaan, on tarpeen pohtia, miksi näin. Ja miten ymmärryksemme oikeushyvistä on muuttunut ja muuttumassa? Miten rikosoikeuden rajoista ja tehtävistä tulisi ajatella? Voiko rikosoikeus palvella ilmastonmuutoksen torjuntaa tai kestäväää kehitystä, vai tulisiko tällaisiin odotuksiin suhtautua pidättyvästi?

11. Ks. esim. Dan Frände – Tatu Hyttinen – Heikki Kallio – Heli Korkka-Knuts – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, *Keskeiset rikokset*. 5. painos. Edita 2023.

12. Viime aikoina asiaa on meillä käsitellyt syvällisimmin Sakari Melander, joka väitöskirjassaan tarkasteli ja kehitteli tulkintaa aiheesta ”rikosoikeuden tarkoitussidonnaisuuden” nimellä. Sakari Melander, *Kriminalisointiteoria – Rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 327–355.

13. Nils Jareborg katsoo saksalaisen teoretisoinnin usein johtaneen lähinnä kehäpäätelmiin. Nils Jareborg, *Allmän kriminalrätt*. Iustus förlag 2001, s. 51.

14. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2024:13 ratkottiin kysymystä, oliko hallussa pidetty laiton huumausaine sellaista irtainta omaisuutta, joka saattoi olla ryöstön kohteena. Korkein oikeus päätyi katsomaan, että tällainen laittonkin omaisuus ansaitsi tulla suojatuksi ryöstöä vastaan. Kyse oli oikeastaan olennaisesti siitä, oliko ensinkään rikosta, jolla loukattiin oikeushyväää.

15. Mikko Vuorenperä, *Asianomistajan oikeudet rikosprosessissa*. 2. painos. Alma Talent 2014 ja Dan Helenius – Tuula Linna, *Siviili- ja rikosprosessioikeus*. Juristiliiton Kustannus 2024, s. 391.

Tässä artikkelissa pohditaan kysymystä rikosoikeuden teorian ja hiukan laajemminkin oikeus- ja yhteiskuntafilosofian valossa. Yksilön oikeuksien ja vapauden turvaaminen on edelleen yksi rikosoikeuden perustehtäviä. Havaitsemme, että oikeushyvien suojelusta on ryhdytty puhumaan siinä vaiheessa, kun rikosoikeuden tehtäviä on alettu hahmottaa yhteiskunnallisessa yhteydessään. Tarve jälleen pohtia näitä kysymyksiä liittyy siihen, että viime vuosina rikosoikeudelle on tarjottu yhä uusia sääntelytehtäviä, kun rangaistavuuden tarpeita perustellaan esimerkiksi ihmisarvon suojaamisella tai yhä yleisemmän tason globaalien uhkien torjumisella.

Eräänlaista dialektiikkaa on siinä, että rikosoikeuden suojelutehtävät ovat kaiken aikaa laajentuneet uusille alueille mutta samaan aikaan pidetään kiinni viime kädessä siitä, että rikosoikeudella tulisi lähinnä suojata yksilön vapauspiiriä toisten taholta koituvia loukkauksia vastaan.¹⁶ Rikosoikeudellisen vastuun perustuminen loukkauseurauksen aiheuttamisen sijasta vaarantamiseen laajentaa tekijän vastuuta merkittävästi ja lisää väistämättä rikosvastuun konstruktivisuutta: vaarantaminen liittyy yhteiskunnallisiin käytäntöihin ja toimintaympäristöihin, joissa pyritään torjumaan vahinkojen aiheutumista sääntelemällä vaarantavaa toimintaa.¹⁷ Toisin kuin vaikkapa poliisioikeudessa on asian laita, rikosoikeudessa ei ole kyse suoraan vaarojontorjunnasta vaan siitä, että vahvistetaan normatiivisesti vastavuoroista odotusta siitä, että ihmiset ovat sitoutuneita lainsäädännössä asetettuihin käyttäytymisvelvoitteisiin.¹⁸

Rikosoikeuden oikeutus palautetaan usein siihen ihmis- ja oikeuskeskeiseen näkemykseen, että rikosoikeus on jokseenkin käsitteellisesti välttämätön osa tarvittavaa julkista ja valtiollista järjestystä eikä sellaisena kovinkaan joustava oikeudenala. Esimerkiksi ilmastonmuutoksen torjunnassa rikosoikeuden keinoin joudutaan venyttämään tätä ajatusmallia äärimmilleen tai jopa kokonaan luopumaan sanotusta ihmiskeskeisyydestä.¹⁹ Rikosoikeuden suojelutavoitteita koskeva tarkastelu voisi osoittaa myös rikosoikeuden sisäistä fragmentaatiokehitystä.²⁰ Tässä kirjoituksessa ei niinkään pyritä sellaisen osoittamiseen. Myöskään erityistä huomiota ei kiinnitetä siihen, missä määrin rikosoikeuden uudet tuulet liittyvät kansainväliseen yhteistyöhön, missä määrin puolestaan kansallisiin

16. Ks. jännitteestä esim. Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Tatu Hyttinen, Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Alma Talent 2019 s. 87–98.

17. Urs Kindhäuser, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte. Vittorio Klostermann 1989.

18. Urs Kindhäuser, Analytische Strafrechtswissenschaft. Band 1. Nomos 2021, s. 55.

19. Ks. keskustelusta Philipp-Alexander Hirsch, Klimastrafrecht und materieller Unrechtsbegriff. Probleme einer liberalen Strafrechtsgründung angesichts der Herausforderungen des Klimawandels, s. 111–136 teoksessa Helmut Satzger – Nicolai von Maltitz (Hrsg.), Klimastrafrecht. Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz. Nomos 2024.

20. Ks. tästä eräitä huomioita Kimmo Nuotio, Eurooppalaistuvan rikosoikeuden ääriiviivat. Lakimies 7–8/2007, s. 1102–1122.

seikkoihin. Rikosoikeuden rajoja ei voida tässä muutoinkaan käsitellä kaikissa suunnissa, joten esimerkiksi paternalismin ongelmat jäävät sivuun.

2. Oikeushyvistä ja rikoksen luonteesta oikeushyvää loukkaavana

Oikeushyvä-puhe on ilmiselvästi saksalaista alkuperää ja kotiutunut Suomeen jo 1900-luvun alussa. Angloamerikkalaisessa perinteessä käsitteistö on toisenlaista.²¹ Antti Tulenheimon teosta Luotto rikosoikeudellisena suojelusobjektina (1911) voi pitää meillä oikeushyväperinteen tienavaajana, ja se sisältää huomattavan paljon näiden kysymysten yleisempääkin pohdintaa, mistä tuonnempana. 1900-luvun mittaana on noussut esiin erilaisia kollektiivisia intressejä koskevia suojeletarpeita, jotka liittyvät muun muassa talousrikoksiin ja vaikkapa ympäristörikoksiin. Näiden säännösten suojelettavien asioiden palauttaminen yksilön oikeuksiin on epäluontevaa.

Hegelin oikeusfilosofiassa käsitellään kysymystä rikoksen luonteesta. Rikoksentekijä, joka varastaa, rikkoo eräässä mielessä omaakin rationaalista tahtoaan vastaan, koska hän anastaa toisen omaisuutta pitääkseen sen itse ja vaatii toisia puolestaan kunnioittamaan tätä saantoaan. Yksityinen omistusoikeus olisi ikään kuin järjen periaate, joka on yleisesti hyväksytty. Sen vuoksi anastus rikkoo tätä taustalla olevaa periaatetta ja oikeutta myös kokonaisuutena, ei ainoastaan yhtä pätevää normia vastaan. Varkaus on vastoin oikeutta eli oikeuden vastaista tässä yleisessä mielessä. Aivan samoin vaikkapa pahoinpitely, jolla loukataan toisen fyysistä koskemattomuutta ja itsemääräämisoikeutta, on vastoin yleistä periaatetta, jolloin teon ilmentämä vääryys on muutakin kuin yksittäisiä mustelmia ja haavoja. Hegelillä ja häntä seuranneilla rikosoikeusteoreetikoilla oikeusfilosofien tarkastelu johti siihen, ettei rangaistuksella tullut tavoitella hyötyvaikutuksia, kuten rikosten torjuntaa ja ehkäisyä, vaan sillä tuli ylläpitää oikeutta sinänsä.²²

Saksalaisen idealismin pohjalta hahmotettiin rikosoikeudesta käsitystä, jonka mukaan yksilöiden vapauspiirit oli määriteltävä ja sovitettava yhteen ensin peri-

21. Ajatustapa ei silti ole kovinkaan erilainen. Saatetaan puhua esimerkiksi julkisista hyvistä (public good) suojelettavina intresseinä, ja myös siinä perinteessä yksilön intresseillä on tietty erityisasema. Ks. esim. Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*. 9th Edition. OUP 2019, s. 38–55.

22. Ks. Hegel, *Oikeusfilosofian pääpiirteet*, 90–103 §. Hegelin ajattelulla oli suuri vaikutus myös rikosoikeuden teoreetikkoihin, niin sanottuun klassiseen koulukseen, kuten Suomen rikosoikeuden ”isän” Jaakko Forsmanin ajatteluun. Ks. esim. Eero Backman, *Rikoslaki ja yhteiskunta I. Teoreettinen erittely rikosoikeuden tieteenkäsitteistä 1800-luvulla ja sen konkretisointi moraalien, uskonnon ja rikoslain suhteisiin Suomessa vuosina 1894–1917*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1976.

aatteellisesti ja sitten oikeuden säännöksiin. Oikeushyvän käsitteen etuna oli, että siinä säilytettiin ajatus siitä, että rikoksella loukataan aina jotakin yleistä, mutta ei tarvinnut olettaa, etteikö voisi olla esimerkiksi yhteiskunnan etuja, joita on tarpeen suojata rikosoikeuden keinoin.

Kantilainen ajattelutapa ei kuitenkaan ole edelleenkaan kokonaan väistynyt. Jørn Jacobsen on vastikään esittänyt, että pohjoismaisen rikosoikeuden normatiiviseksi filosofiseksi perustaksi tulisi ajatella nimenomaan kantilaista vapaus- ja oikeuskäsitystä.²³ Ehdotus on kiinnostava, sillä sen mukaan rikosoikeuden sisältö hahmottuu keskeisesti viime kädessä ihmisten keskinäisyyhteessä, kun pohditaan, mitkä oikeudet ovat välttämättömiä ja mitä kuuluu suojattavaan ulkoiseen vapauteen. Valtio ottaa siten tehtäväkseen ulkoisen vapauden takaamisen puuttumalla siihen kohdistuviin loukkauksiin. Tämä olisi niin oikeuden legitimitetin perusta kuin myös peruste siihen, että ihmisen tulee velvoitautua valtion kansalaiseksi. Kantin aikaan saksalaista kansallisvaltiota ei ollut eivätkä oikeusolot olleet kehittyneet. Kant ei kuitenkaan kannattanut vallankumousta vaan asteittaista kehitystä.²⁴ Kantin tietyllä tapaa perustavasti konservatiivista oikeuskäsitystä olisi Jacobsenin mukaan mahdollista tulkita myös modernin oikeuden tarpeisiin nähden joustavasti, ainakin tiettyyn mittaan.²⁵ Rangaistus-teorioita pitkään hallinneet empiiriset korostukset hyötynäkökohtineen selittävät sitä, että on kiinnostusta kehitellä Kantin pohjalta vahvempaa normatiivista perustaa rikosoikeudelle ja rangaistusteorioille.²⁶

Yritys välttää pohjoismaisen pragmatismien periaatteettomuus on kiinnostava mutta ei täysin ongelmaton, sillä se voisi kuitenkin käytännössä johtaa sellaiseen rikosoikeusteoriaan, jossa lähtökohtaisesti asetetaan rikosoikeuden ensisijaiseksi tehtäväksi yksilön vapauden ja koskemattomuuden turvaaminen ja jossa erilaisten modernimpien tehtävien asettaminen rikosoikeudelle voisi lähinnä täydentää tätä ydintehtävää. Esimerkiksi Michael Pawlik, joka on itsekin työstänyt kansalaisten rikosoikeuden eräänlaista kokonaisteoriaa,²⁷ on huomauttanut siitä, ettei paluu Kantin tai Hegelin idealistisiin malleihin ole mahdollinen kuin ehkä vähäisin osin. Erilaiset deliberaatiota korostavat demokraattisen oikeusval-

23. Jørn Jacobsen, *Power, Principle, and Progress. Kant and the Republican Philosophy of Nordic Criminal Law*. Fagbokforlaget 2024. Modern Criminal Law Review on järjestänyt teoksen tiimoilta keskustelutilaisuuden, ja puheenvuorot on julkaistu verkkosivuilla osoitteessa <https://crimlrev.net/2024/05/31/nordic-criminal-law-as-a-normative-project-a-book-forum-2/>.

24. Ks. esim. Kari Saastamoinen, *Eurooppalainen liberalismismi*. Atena 1998, s. 118–127.

25. Jacobsen 2024, s. 305–317.

26. Ks. esim. Otfried Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*. Suhrkamp 1990.

27. Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*. Mohr Siebeck 2012.

tion rikosoikeuden oikeutuksen teorit lisäksi helposti johtavat ongelmalliseen päätelmään, ettei varhaisempi rikosoikeus olisi ollut rikosoikeutta ollenkaan.²⁸

Kantilaisittain ajateltuna rikoksen tuli aina merkitä oikeudenloukkausta, mikä käytännössä sulki pois sellaisen niin sanottuun politiaoikeuteen kuuluvan, jolla vain torjuttiin vaaroja ja turvattiin yhteiskunnan järjestystä.²⁹ Rikosoikeus haluttiin nähdä tällaisesta sääntelystä erilliseksi. Saksalaisessa rikosoikeustieteessä rikosoikeuden suojeltavista intresseistä on kirjoitettu hyllymetreittäin, eikä tässä ole tarpeellista paneutua tämän keskustelun yksityiskohtiin.³⁰

Vaikka oikeushyvän käsitteellä oli vanhempaakin juurta, vasta saksalaisen idealismin valtakauden jälkeen alettiin toden teolla ryhmitellä rikosoikeuden suojattavia intressejä sen avulla. Esimerkiksi tunnettu roomalaisen oikeuden tutkija ja intressilainopin kehittäjä Rudolph von Ihering, jolla oli vaikutusta niin sanotun sosiologisen koulun edustajan Franz von Lisztin ajatteluun, hahmotteli oikeuden suojattavia hyviä. Oikeus oli perustavasti yhteiskunnallinen ilmiö, sillä oikeuden tehtävänä oli yhteiskunnan elinehtojen suojaaminen.³¹ Tämä onkin luontevaa. Rikosoikeudessa esimerkiksi väärennysrikosten rangaistavuudella turvataan yhteiskuntaelämän kannalta välttämätöntä todistuskappaleiden yleistä luotettavuutta, ei niinkään väärennysrikoksiin liittyviä yksityisen oikeuksia. Myös valtiovaltaan voitiin kohdistaa rikoksia.

Von Lisztinkin mukaan intressinsuoja on oikeuden olemus ja tarkoituksen (Zweck) ajatus on oikeutta synnyttävä voima.³² Antti Tulenheimon eritellyssä rikokseen kuuluu aina seurauksenaan oleva intressinloukkaus. Intressinloukkaus ei kuitenkaan ole rikoksen vaikutus, vaan rikos itsessään on intressinloukkaus.³³ Jos vielä P. J. A. Feuerbachille rikos oli subjektiivisen oikeuden loukkausta, rikoksen objektiksi oli Tulenheimon mukaan sittemmin laajasti hyväksytty oikeushyödyke.³⁴

28. Michael Pawlik, *The Role of Philosophy within the General Theory of Crime*, s. 211–233 teoksessa Shin Matsuzawa – Kimmo Nuotio (ed.), *Methodology of Criminal Law Theory: Art, Politics, Science*. Nomos 2021, s. 229.

29. Ks. Kimmo Nuotio, *Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998, s. 474–485.

30. Ks. esim. Eric Hilgendorf, *Strafrechtspolitik und Rechtsgutslehre*, s. 791–851 teoksessa Eric Hilgendorf – Hans Kudlich – Brian Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts. Band 1. Grundlagen des Strafrechts*. C.F. Müller 2019; Claes Lernestedt, *Kriminalisering. Justus förlag 2003*, s. 131 ss ja Kimmo Nuotio, *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach*, s. 238–261 teoksessa R. A. Duff ja muut (ed.), *The Boundaries of the Criminal Law*. OUP 2010.

31. Kimmo Nuotio, *Rudolf von Ihering. Rikosoikeus yhteiskunnan elinehtoja suojaamassa*, s. 285–311 teoksessa Jarkko Tontti ja muut (toim.), *Filosofien oikeus 1*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001, erit. s. 288–297. Ks. myös Nuotio 1998, s. 39.

32. Franz von Liszt (- Schmidt), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Erster Band. Einleitung und allgemeiner Teil*. Walter de Gruyter 1932, s. 3.

33. Tulenheimo 1911, s. 61–62.

34. Tulenheimo 1911, s. 63–64.

Tässä yhteydessä ei ole tarpeellista jäljittää tarkemmin oikeushyvän käsitteen syntyä ja käsitehistoriaa. Todettakoon, että se on aikaansa kuuluvana ollut yhteydessä voimakkaasti yhteiskunnallisesti värittyneeseen oikeusajatteluun tavalla, joka on jossain määrin vieras nykykäsitteille, arvattavastikin yhtäältä myöhemmän oikeuspositivismin vahvistumisen myötä ja toisaalta perus- ja ihmisoikeuksien tarjotessa uudenlaista oikeusjärjestyksen sisäistä perustaa oikeuden suojeltaville oikeuksille, arvoille ja intresseille. Lisäksi tieteenfilosofisillakin näkökohdilla lienee ollut merkitystä, kun ei ollut enää selvää, että intressit voivat olla pätevästi tiedon kohteina. On kiinnitetty huomiota esimerkiksi siihen, ettei oikeushyvää voida määritellä luonnontilana ilman, että jo samalla otetaan huomioon oikeus vapauden järjestyksenä.³⁵

Oikeushyvien suojelun ajatus saattaisi myös välineellistää rikosoikeuden käyttöä ja luoda liian korkeita odotuksia rikosoikeuden tehokkuudesta keinona. Tämä korostuu erityisesti, kun kytketään rikosoikeuden keinoja yhteisöllisten oikeushyvien suojaamiseen.³⁶ On kuitenkin muistettava, että oikeushyväpohjaisella kritiikillä on myös vaadittu rikosoikeuden alueen rajautumista pois siveellisyysrikosoikeuden alueelta kuten Saksassa 1960-luvulla.³⁷ Kotimaisesta keskustelusta voi mainita esimerkkinä sen, kuinka dopingrikosoikeuden suojelun tavoite tulisi ymmärtää. Olisi ongelmallista ottaa tavoitteeksi kontrolloida doping-ilmiötä urheilun ideaalisen puhtauden edistämiseksi.³⁸ Lienee kuitenkin selvää, että lainsäätäjän on monessa suhteessa mahdollista päättää siitä, että jokin intressi ansaitsee tulla rikosoikeudellisesti suojatuksi. Ei tulekaan katsoa, että olisi jokin ennalta annettu oikeushyvien joukko, joka asettaa lainsäätäjälle rajat tässä suhteessa.³⁹ Lainsäätäjän rajoitukset ovat luonteeltaan periaatteellisia.

Claus Roxin katsoo, että rikosoikeuden tehtävänä on viime kädessä turvata kansalaisten vapaa ja rauhanomainen yhteiselo varmistamalla perustuslaillis-

35. Esim. Michael Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Springer 1997, s. 24–25.

36. Ks. kritiikistä esim. Winfried Hassemer, *Symbolinen rikosoikeus ja oikeushyvien suojeleminen*. Oikeus 5/1989, s. 388–400. Viimeksi jääneessä teoksessaan Hassemer käsittelee myös oikeushyväopin valtiosääntöoikeudellisia kytkentöjä. Winfried Hassemer, *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*. Berliner Wissenschafts-Verlag 2008, s. 81–92.

37. Lernstedt 2003, s. 137–139. Saksan liittotasavallassa homoseksuaalisuuden rangaistavuudesta luopuminen oli näkyvä merkki siitä, ettei yksinomaan moraalisilla näkökohdilla enää voitu perustella sanottua ratkaisua, koska kyse oli vapaaehtoisesta toiminnasta yksityiselämän alueella. Rikoslain muutos toteutettiin professoreiden valmisteleman vaihtoehtoehdotuksen pohjalta, ei moralistisen varsinaisen ehdotuksen. Seksuaalirikosoikeutta uudistettiin laajemminkin turvaamaan yksilön seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Auflage. Verlag C. Beck 2006, s. 19–20.

38. Ks. esim. Kimmo Nuotio, *Onko hyökkäys paras puolustus? Defensiivistä ja offensiivista kriminalisointipolitiikkaa*. Lakimies 8/1998, s. 1341–1354, 1351–1353.

39. Ks. Hilgendorf, *Strafrechtspolitik und Rechtsgutslehre*, teoksessa Eric Hilgendorf – Hans Kudlich – Brian Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts. Band 1. Grundlagen des Strafrechts*. C.F. Müller 2019, s. 829.

ten oikeuksien toteutuminen. Oikeushyvien suojelun kielellä muotoiltuna tämä tarkoittaa sitä, että turvataan oikeushyvinä se, mikä on välttämätöntä, jotta jokainen voi elää vapaana valintojensa mukaan, toteuttaa perusoikeuksiaan ja elää näiden päämäärien varaan rakentuvassa valtiollisessa järjestelmässä.⁴⁰ Rikosoikeuden tehtävänä olisi siten yksilön oikeuksien turvaaminen mutta myös sen turvaaminen, mikä on yhteiskunnan tasolla välttämätöntä tämän edellytyksenä. Näin myös yhteisöllisille tavoitteille ja kollektiivisille oikeushyville jää tiettyä tilaa ja tarvetta. Rikosoikeus ei voikaan ulottaa alaansa kaikenlaisten häiriöiden torjuntaan, vaan sen tulee rajautua yhteiskunnan järjestyksen perustavien arvojen (Grundwerte der Sozialordnung) suojaan.⁴¹

Oikeushyvän käsite oli luonteva ja tarpeellinen siinä vaiheessa, kun hahmotettiin rikoslain erityisen osan säännösten suojeltavia intressejä. Perus- ja ihmisoikeuksien merkityksen nousu saattaisi rikosoikeuden alalla merkitä sitä, ettei oikeushyvistä olisi enää niinkään tarpeen puhua vaan palattaisiin saksalaisen idealismin kaltaisesti teemaan rikoksista oikeuksien loukkaamisena. Oman lisänsä asiaan tuo se, että rikosoikeuden modernisoituminen on lisännyt huomattavasti vaarantamiskriminalisointien määrää, jolloin vaarantavan toiminnan yhteys mahdolliseen loukkaussuraukseen muodostuu etäisemmäksi.⁴² Rikoksen syyksilukeminen ja määrättävä rangaistus eivät voi silloin suoraan tukeutua siihen, että yksilön oikeushyvää on loukattu. Kollektiivisten intressien suojaamisessa loukkaus hahmotetaan konstruktivisemmin ja mukaan tarvitaan tietoa riskeistä ja vaaroista.

Ympäristörikos voi heikentää ympäristön tilaa ja saada aikaan kielteisiä terveysvaikutuksia, mutta ympäristöarvoja, kuten luonnon monimuotoisuutta, suojellaan myös itseisarvoisesti.⁴³ Esimerkiksi liikenneturvallisuus, jota liikennesäännöillä ja niitä tehostavilla rangaistuksilla edistetään, on olennaisesti liikenteen osallisten hengen ja terveyden ja heidän omaisuutensa oikeudellista suojaamista.⁴⁴

Ennen niin sanottua konstitutionalismikehitystä oikeushyvät joutuivat yksin kannattelemaan rikosoikeuden suojeltavia arvoja ja perus- ja ihmisoikeuksien sovellettavuuden vahvistumisen myötä niiden tämä tehtävä ainakin osaksi helpottui. Samaan aikaan on selvää, että edelleen kuitenkin tukeuduttiin myös ”oikeushyvä”-termiin. Esimerkiksi perustuslakivaliokunnan tärkeässä lausunnossa

40. Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. Verlag C. Beck 2006, s. 16. Roxin avaa hyvin saksalaista keskustelua oikeushyväopin ja samalla rikosoikeuden rajojen kipukohdista.

41. Hans-Heinrich Jescheck – Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Duncker & Humblot 1996, s. 7.

42. Nuotio 1998.

43. Tapio Lappi-Seppälä ja muut (Nuotio), Rikosoikeus. Oikeuden perusteokset. Alma Talent 2022, s. 1599.

44. Matti Tolvanen, Tieliikenne rikokset ja kriminaalipolitiikka. Kauppakaari 1999, s. 179–180.

vuodelta 1997 todettiin kriminalisointiperiaatteisiin kuuluvan suhteellisuusperiaatteen ilmaisevan sen, että kriminalisoinnin tulee olla välttämätön taustalla olevan oikeushyvän suojaamiseksi.⁴⁵ Välttämättömyys puolestaan ilmaisee periaatteen rikosoikeuden käytön viimesijaisuudesta, mikä tarkoittaa, että jos muita vähemmän puuttuvia keinoja on käytettävissä, niihin tulee ensin turvautua.

On myös aiheellista muistuttaa, että 1970-luvulla elettiin vaihetta, jossa koettiin välttää perinteistä ”oikeushyvä”-termiä ja korvata se ajan hengen mukaisesti vieläkin yhteiskuntapoliittisemmin värityneellä käsitteistöllä. Rikosoikeutta katsottiin käytettävän tiettyjen tarkemmin määriteltyjen haitallisten ja vahingollisten käyttäytymismuotojen torjuntaan ja siten yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden edistämiseen. Tämän ajattelutavan kohokohtana oli rikosoikeuskomitean mietintö, jossa tarkasteltiin rangaistavuuden perusteita elämänalueittain, ikään kuin puhtaalta pöydältä. Kun ensin oli määritelty yhteiskuntapolitiikan tavoitteet, tuli arvioida, missä määrin tuli rikosoikeuden keinoin edistää näitä tavoitteita.⁴⁶ Ajattelutapa oli sukua angloamerikkalaisessa perinteessä tutulle, edellä jo mainitulle haitan tai vahingollisuuden (harm) periaatteelle.

Tällainen välineellinen suhtautuminen rikosoikeuden käyttöön mittasi rikosoikeutta lähinnä keinona eikä kovin hyvin tunnistanut sitä, että rikosoikeuden tuli myös ilmentää sellaista vapauden suojaa ja vapauksien yhteensovittamista, joista seuraavaksi puhutaan. Rikosoikeuskomitea ei kuitenkaan kokonaan torjunut oikeushyvistä puhumista ja käytti sitä ilmiökentän erittelyssä.⁴⁷ Rikosoikeuskomitean työssä oli selvästikin tietoisia myös siitä, että rikosoikeudella mahdollisesti oli myös jonkinlainen ydinalue ja että rikosoikeuden tehtävät ja juuri oikeuksien suoja limittyivät, miten ne sitten ymmärrettiinkään.⁴⁸

Saksalaisittain uudempi keskustelu liittyy siihen, onko oikeushyväoikeista saatavissa apua siihen, että määritellään jonkinlainen ydinrikosoikeus ja tunnustetaan alueita, jotka tulisi jättää rikosoikeuden ulkopuolelle. Oikeushyväkeskustelu liittyy myös meillä tiiviisti esimerkiksi kysymykseen *ultima ratio* -periaatteen asemasta ja rikosoikeuden valtiosääntöoikeudellisista rajoista.⁴⁹ Lainsäädännön

45. Perustuslakivaliokunnan lausunto (HE 6/1997 vp oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi) 23/1997 vp, s. 2. On huomattavaa, että perustuslakivaliokunnan lausunto annettiin juuri hallituksen esityksestä, joka koski mm. tuonnempana käsiteltäviä rikoksia yleistä järjestystä vastaan. Tällä aihealueella kohdataan runsaasti kysymyksiä rikosoikeuden periaatteellisista rajoista.

46. Rikosoikeuskomitean mietintö. Komiteamietintö 1976:72, s. 46–56.

47. Rikosoikeuskomitean mietintö. Komiteamietintö 1976:72, s. 56–58.

48. Ks. Aura Kostiainen, Rationaalisuuden vallankumous. Oikeus, asiantuntijuus ja politiikka rikosoikeuskomitean (1972–1977) työskentelyprosessissa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2023, s. 328–342.

49. Ks. esim. Otto Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. J.C.B. Mohr 1996. Ks. myös laajemmin Sakari Melander, Kriminalisointiteoria. Rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 327–470.

tarkoitus kytkee asian myös olennaisesti rikosoikeudellisen sääntelyn oletettuun vaikutukseen. Rikosoikeudellisia keinoja tulee käyttää vain, jollei samaan voida päästä muunlaisin keinoin.

Seuraavaksi tarkastellaan ensin muutamia pieniä kertomuksia oikeushyivistä murroksessa, minkä jälkeen palaamme laajempiin kysymyksiin rikosoikeuden suojeltavien intressien luonteesta, suojan kehitysmahdollisuuksista ja jännitteistä, joita oikeuskehitykseen myös teoreettiselta kannalta liittyy. Tarkastelu on esimerkinomaista, mutta esimerkit kuitenkin konkretisoivat asiaa käytännön kannalta.

3. Vapaus, itsemääräämisoikeus ja häirintä

Vapaus ja itsemääräämisoikeus eri muodoissaan kuuluvat rikosoikeuden suojeltaviin oikeushyviin. Tiettyjä rikostyyppisiä säännellään rikoslain luvussa, joka koskee vapautteen kohdistuvia rikoksia, mutta esimerkiksi seksuaalirikoksia säännellään omassa luvussaan.⁵⁰

Rikosoikeuden viimeaikaisessa kehityksessä on yhtenä kiinnostavana kehityspiirteenä häirintätyyppisten kriminalisointien esiinnouminen. Vainoamiskriminalisointi on sijoitettu vapautteen kohdistuvia rikoksia koskevaan rikoslain lukuun, kun taas ahdistelua koskeva rangaistussäännös on seksuaalirikoksia koskevassa luvussa. Viestintärauhan rikkomista koskeva säännös on puolestaan yksityisyyttä, rauhaa ja kunniaa suojaavassa rikoslain luvussa.⁵¹

Vainoamiskriminalisoinnilla reagoidaan toistuvaan toimintaan, kuten tarkkailuun, joka on luonteeltaan sellaista vainoa, että se herättää kohteekseen joutuneessa pelkoa tai ahdistusta.⁵² Säännöksen tausta on lähisuuhdeväkivaltaa ja naisiin kohdistuvaa väkivaltaa torjuvan Istanbulin sopimuksen luomassa veloitteessa, mutta sellaisesta olisi voitu säätää kansallisistakin syistä. Tällaisen rangaistavan kontrolloinnin tyyppillisenä tavoitteena on puuttua rikoksen uhrin elämään ja vaikuttaa siihen. Esimerkiksi erotilanteessa toinen puolisoista voi reagoida voimakkaasti haitaten entisen puolisonsa uuden elämän aloittamista.

Vainoaminen saattaa herkästi myös todellisuudessa vaikuttaa siihen, miten uhriksi joutunut esimerkiksi liikkuu kotinsa ulkopuolella. Vainoaminen voi siten

50. Ks. Minna Kimpimäki, Vapaus rikosoikeudellisena käsitteenä, s. 412–427 teoksessa Esko Yli-Hemminki – Sakari Melander – Kimmo Nuotio (toim.), Rikoksen ja rangaistuksen filosofia. Gaudeamus 2022.

51. Molemmat otettiin rikoslakiin samalla uudistuksella, ks. hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta 19/2013 vp.

52. Vainoamisesta säänneltävänä ilmiönä ks. Elisa Silvennoinen – Matti Tolvanen, Vainoaminen rangaistavaksi – loittoneeko vaino, riitä? Defensor Legis 5/2014, s. 752–763.

johtaa häirintäkokemuksen ohella liikkumisvapauden kaventumiseen. Vainoamisessa toiminnan psykologinen tavoite ja vaikutus on selvästi kirjattu rikostunnusmerkistöön. Kyse ei olekaan välittömästä ulkoisesta vaikutuksesta ja uhrin ulkoiseen vapauteen ja itsemääräämisoikeuteen kohdistuvasta puuttumisesta vaan sellaisesta vallankäytöstä ja kontrolloinnista, joka estää kohdehenkilöä käyttämään vapauttaan siten kuin kuuluu.

Vainoamiskriminalisoinnilla torjutaan vallankäyttöä, joka tulee toisen yksityisen taholta, ja tunnistetaan tähän sisältyvä oikeudenloukkaus. Vaikka säännöksen tausta on lähisuhdeväkivallan sääntelyssä, se soveltuu tätä laajemmalle. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2022:8 arvioitiin sitä, täyttyikö vainoamisen tunnusmerkistö, kun vastaaja oli muun muassa julkisesti sosiaalisessa mediassa kommentoiden ja yksityisviestein lähestynyt toimittajaa. Sananvapaus ei toimintaa oikeuttanut, vaan se katsottiin oikeudettomaksi ja ahdistavaksi ja vastaaja tuomittiin vainoamisesta rangaistukseen. Oli viitteitä siitä, että Venäjän informaatiovaikuttamista käsitellyttä toimittajaa yritettiin näin hiljentää. Tapauksessa saattoi nähdä myös maalittamisen piirteitä. Maalittamisessahan on olennaista, että sosiaalisessa mediassa vaikutusvaltainen taho nostattaa ilkeää viestintää jotakuta tahoja kohtaan, jolloin saadaan aikaan hiljentävä yhteisvaikutus. Maalittamisesta ei Suomessa ole nimenomaista sääntelyä.⁵³ Maalittamisilmiö nostaa esille tarpeen suojella eri toimijatahoja vaikuttamis- ja hiljentämisyri-tyksiltä.

Seksuaalista ahdistelua koskevan lainsäädännön historia on siinä mielessä kiinnostava, että hallituksen esityksessä esitettiin rikosnimikkeeksi ”seksuaalista häirintää”.⁵⁴ Lakivaliokunta ja sitä ennen perustuslakivaliokunta esittivät huolia siitä, että rangaistavuuden rajat saattaisivat jäädä rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kannalta epämääräisiksi eikä häirintänimike kuvannut asianmukaisesti rangaistavan menettelyn tarkoitettua sisältöä, joten lakivaliokunta nimesi rikoksen ”seksuaaliseksi ahdisteluksi” ja rajasi rangaistavaksi tekotavaksi koskettelun. Samalla lakivaliokunta kuitenkin ilmaisi, että kunhan säännöksen soveltamisesta saadaan kokemuksia, sääntelyn soveltamisalaa voitaisiin laajentaa myös muunlaiseen kuin fyysiseen ahdisteluun.⁵⁵

Tällainen laajennus toteutettiin seksuaalirikosoikeuden kokonaisuudistuksen yhteydessä, kun kosketteluun voimakkuuden tai toistuvuuden vuoksi vakavuudeltaan rinnastuva sanallinen toiminta, viestittely tai muu tämänkal-

53. Maalittamisen säätämisestä rangaistavaksi on kuitenkin laadittu virkatyönä arviomuistio: Maalittamisen rikosoikeudellinen sääntely. Arviomuistio. Oikeusministeriön julkaisuja. Mietintöjä ja lausuntoja 2022:29.

54. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta 216/2013 vp.

55. Lakivaliokunnan mietintö (HE 216/2013 vp laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta) 4/2014 vp.

tainen asia tehtiin rangaistavaksi.⁵⁶ Vaikka laajennus oli tuntuva, lainkohtaan jäi edelleen kynnys siten, ettei mikä tahansa uhrin kokemaa seksuaalinen häirintä sitä täytä. Laajennuksella täytettiin ilmeinen rangaistavuuden aukko mutta vällettiin kuitenkin se, että olisi alettu suojata laajasti yksinomaan häirinnän kokemukselta. Sellainen säännös olisi ollut tulkinnanvarainen. Rikosnimikkeeksi vakiintui ”seksuaalinen ahdistelu”.

Viestintärauhan rikkomisen kriminalisointi puolestaan sai alkunsa lainsäädäntötoimista sen jälkeen, kun korkein oikeus (KKO 2008:86) oli hylännyt syyteen kotirauhan rikkomisesta jutussa, jossa syyte koski muun muassa asiattomien tekstiviestien mittavaa lähettämistä.⁵⁷ Tällaisen toiminnan häiritsevyys perustui pikemmin viestien sisältöön kuin itse viestien vastaanottamiseen. Tuolloin voimassa olleen lainkohdan mukaan kotirauhan rikkomisesta tuomittiin se, joka oikeudettomasti rikkoo toisen kotirauhaa metelöimällä, heittämällä esineitä, soittamalla puheluita tai muulla vastaavalla tavalla.⁵⁸ Korkein oikeus viittasi myös lain esitöihin, joissa oli sinänsä ollut esillä mahdollinen laajempi rikosoikeudellisen suojan tarve, mutta tuossa yhteydessä annettu lakivaliokunnan lausuma ei ollut johtanut lainsäädännön uudistuksiin.

Lainsäädäntötyöhön kuitenkin ryhdyttiin sen jälkeen, kun sääntelyn aukkoon havahduttiin. Kotirauhan rikkomista koskevaan säännökseen lisättiin tekotavaksi tekstiviestien lähettely. Tämä korjasi ongelmaa mutta vain osaksi, sillä edelleenkin ei voitu kiinnittää huomiota viestien sisältöön vaan ainoastaan viestien saapumisen häiritsevyyteen. Tämä johtui juuri oikeushyvälouvuudesta, joka kotirauhassa oli rajattu kotirauhan ulkoiseen häiriöttömyyteen. Viestittelyn rangaistavuus oli myös kytköksissä siihen, oliko vastaanottaja viestin tullessa kotirauhan suojaamassa paikassa, mikä oli keinotekoinen raja nykyisten matkapuhelinten aikakaudella. Eduskunta oli tietoinen siitä, ettei ratkaisu ollut kestävä, ja edellytti kokonaisvaltaisen selvityksen laatimista aihepiiristä.⁵⁹

Pian valmisteltiinkin uudistus, jossa viestien lähettely ja soittaminen irrotettiin kokonaan yhteydestä kotirauhasäännökseen ja luotiin uusi lainsäädännön viestintärauhan rikkomisesta.⁶⁰ Uudella säännöksellä tavoitettiin olennainen, sillä säännös oli neutraali suhteessa eri viestintävälineisiin, eikä sen soveltaminen ollut myöskään riippuvainen siitä, missä paikassa viestintää vastaanotetaan.

56. RL 20:6 ja hallituksen esitys eduskunnalle seksuaalirikoksia koskeväksi lainsäädännöksi 13/2022 vp, s. 39–42.

57. Heli Korkka-Knuts – Dan Frände – Markus Wahlberg, Koti- ja viestintärauhan rikkominen, s. 386–404 teoksessa Frände ja muut 2023, s. 399–400.

58. Alun alkaen puhelimella soittamisen häiritsevyys liittyi siihen, että puhelin koneet olivat suuria ja kerrostalossa soiton ääni saattoi kuulua myös naapurihuoneistoihin. Yölliset pilapuhelut koettelivat asukkaiden hermoja ja yöllistä rauhaa. Sääntely otettiin lakiin vuonna 1938.

59. Ks. lakivaliokunnan mietintö (HE 232/2008 vp laiksi rikoslain 24 luvun 1 §:n muuttamisesta) 10/2009 vp.

60. HE 19/2013 vp ja sitä koskeva lakivaliokunnan mietintö 11/2013 vp.

Aiheemme kannalta on kiinnostavaa, että perinteisen kotirauhan⁶¹ suojan rajat tulivat vastaan, joten oli luotava uutta ja uudentyypistä yksityiselämää suojaava sääntelyä. Viestintärauha oli käsitteenä uusi, mutta se kantoi samalla jotakin hyvin perinteistä. Ihmiset tarvitsisivat suojaan viestinnän keinoin toteutettua häirintää vastaan, ja viestintärauha kuvasi hyvin sitä tavoiteltua rauhan tilaa, jossa vakavaa häirintää ei ollut.

Seksaalirikokset olivat historiallisesti olleet siveellisyyserikoksia, joten niillä oli suojattu pikemmin yhteiskuntaa ylläpitäviä siveellisyyssnormeja eikä niinkään yksilön seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Rikoslain synnyn aikoihin ja sen alkuvuosina keskustelun linjat kulkivat sen mukaan, edustettiin absoluuttista vai relatiivista seksuaalimoraalia. Jälkimmäinen oli edellistä sallivampaa eräissä kysymyksissä.⁶² Jo edellä mainittu Antti Tulenheimo käsittelee kysymystä seksuaalirikosten suojeltavista intresseistä vuodelta 1914 olevassa kirjoituksessaan eritelten asiasta esitettyjä näkemyksiä. Hän puhui rikosoikeuden ”suojelusobjektista” ja ”oikeushyödykkeistä”. Oli ilmeistä, että tuonkin ajan seksuaalirikosoikeus edusti sekä valtion intressiä että yksityistä intressiä eikä siten ollut kyse yksin valtion ja yhteiskunnan edellyttämästä siveellisyydestä. Yksilön kannalta katsottuna seksuaalirikokset kohdistuivat sukupuolisiveellisyyden integriteettiin.⁶³

Seksaalirikosten sääntelyssä yleiset yhteiskuntamoraaliset näkökohdat ovat sittemmin pitkälle syrjäytyneet yksilön seksuaalisen itsemääräämisoikeuden suojaamisen tieltä. Raiskauksen määrittely uhrin suostumusta rikkovana ilmentää juuri tätä näkökohtaa. Jokaisen tulee itse saada päättää vapaaehtoisesti ryhtymisestään sukupuoliyhteyteen. Sellainen raiskaussäännös, joka sisältää pakottamiselementin, rajaa raiskausrikoksen ulkopuolelle joitakin sellaisia tilanteita, joissa seksuaalista itsemääräämisoikeutta ja henkilökohtaista koskemattomuutta on loukattu. Tämä havainto oli kotimaisenkin lainuudistuksen taustalla.⁶⁴

Sukupuolisiveellisyyttä loukkaavia tekoja ei enää pidetä seksuaalirikoksina vaan niitä säädellään rikoksissa yleistä järjestystä vastaan. Luvussa on rikossäännöksiä esimerkiksi sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan kuvan levittämisestä ja sukupuolisiveellisyyttä loukkaavasta markkinoinnista. Kiinnostava historiallinen jäännös on myös sukurutsaa eli sukupuoliyhteyttä lähisukulaisten kesken kos-

61. ”Kotirauha on ikivanha Pohjolan kansojen oikeuskäsite.” Mikael Livson, Yksityisen kotirauhan rikosoikeudellinen suoja Suomen oikeuden mukaan. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1958, s. 7.

62. Backman, Rikoslaki ja yhteiskunta I. Teoreettinen erittely rikosoikeuden tieteenkäsitteistä 1800-luvulla ja sen konkretisointi moraalien, uskonnon ja rikoslain suhteisiin Suomessa vuosina 1894–1917. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1976, s. 220–232.

63. Antti Tulenheimo, Siveellisyyserikoksista alaikäisiä vastaan. Lakimies (12) 1914, s. 6–25, 12–13: ”Sukupuolisiveellinen integriteetti on omituinen, vapautta läheisesti muistuttava oikeushyvä, joka sosiaalisen merkityksensä vuoksi yhteiskunnassa on lähellä kunniaa, fysiologisen tärkeytensä vuoksi – erityisesti naisille – taasen mitä läheisemmässä yhteydessä ruumiillisen koskemattomuuden kanssa.”

64. Ks. HE 13/2022 vp.

keva lainsäädännös. Rikoslain vuoden 1995 uudistuksessa säännös sukurutsasta siirrettiin yleistä järjestystä turvaavaan rikoslain 17 lukuun ja otsikoitiin uudelleen. Esitöissä selitetään, että säännöksellä suojataan perhesuhteita ja perheen kiinteyttä.⁶⁵

Kyseisen rikoksen vääräys perustunee edelleen ennen muuta jonkinlaiseen siveellisyyskäsitteeseen, jonka horjuttamisen voinee teoriassa katsoa uhkaavan yleistä järjestystä. Säännöstä voi kuitenkin pitää pikemmin symbolisena yhteiskunnallisen tabun ilmentymänä.⁶⁶ Muutoin on vaikeaa ymmärtää, miksi rikolaissamme on säännös, jonka mukaan esimerkiksi kahden 70-vuotiaan sisaruskeskinäinen vapaaehtoinen yksityisissä tiloissa tapahtuva sukupuoliyhteys on ankarasti rangaistavaa rangaistusasteikon ulottuessa jopa kahteen vuoteen vankeutta.

4. Uskonrauhan rikkominen, eläinsuojelu ja yleisen järjestyksen turvaaminen

Oikeushyväopillisesti kiinnostava on myös uskonrauhan rikkomista koskeva säännös. Uskonrauhaa turvaava säännös on nimittäin sekin enää rikoslain yleistä järjestystä turvaavassa 17 luvussa. ”Uskonrauha” on myös terminä luova, uusinvaika kehitelmä. Rikoslain kokonaisuudistuksessa oli omaksuttu näkemys, ettei uskonto tai usko ole rikosoikeudellisen suojan kohteena vaan säännöksellä suojataan uskonnollisia vakaumuksia ja tunteita. Uskonrauha ja oikeus harjoittaa uskontoa ovat osa yhteiskuntarauhaa, joka puolestaan kuuluu yleiseen järjestykseen. Järjestelyllä on kuitenkin taustanaan myös perustuslaissa (731/1999, PL) turvattu uskonnonvapaus, joka sisältää kollektiivisen vapauden yhtä hyvin uskontokunnalle järjestäytyä kuin yksilölle harjoittaa uskontoaan.⁶⁷ Ilmaisuunvapauteen kohdistuvana sääntely on kuitenkin vanhahtava, ja nykyisin voinee ajatella, että rikoslain kiihottamisrikosta koskeva säännös soveltuu paremmin turvaamaan uskonnon harjoittamista puuttuessaan uhkaaviin ja panetteleviin puheisiin, joita voidaan kohdistaa uskonnollisiin ryhmiin. Jos kyse on muusta kuin kiihottamisrikoksena rangaistavasta toiminnasta, kuten väkivallanteosta, teon kohdistuminen uskonnolliseen ryhmään on peruste koventaa rangaistusta.

Rikokset yleistä järjestystä vastaan edustavat jonkinlaista kaatoluokkaa, johon on sijoitettu sellaisia rikossäännöksiä, joille on vaikea osoittaa luontevaa

65. Ks. HE 6/1997 vp, s. 155–158.

66. Roxin ei pidä perusteita sukurutsan kriminalisoinnille vakuuttavina. Roxin 2006, s. 27–28.

67. Suojan tarpeista ja ulottuvuuksista ks. esim. Anu Mantila, Usko pilkan kohteena. Edilex-artikkeli 26.4.2021 osoitteessa www.edilex.fi/artikkelit/22902.

paikkaa.⁶⁸ Tuon luvun säännökset ovatkin osin jäänne ajasta, kun rikosoikeudella suojattiin yleistä siveellisyttä. Kyse on yhteiskunnallista moraalikäsitystä ilmentävistä rikoksista, joilla on jonkinlainen liityntä yleisen yhteiskuntarauhan ja järjestyksen ylläpitämiseen. Esimerkiksi laittoman naamioitumisen kriminalisoinnissa tämä yhteys on suora, mutta monessa muussa säännöksessä se on epäsuorempi. Uhkapelin järjestämisen kriminalisointi edustaa moraalikriminalisointia,⁶⁹ ja tätä koskeva lainkohta olikin aikaisemmin hyvien tapojen rikkomista koskeneessa RL 43 luvussa, kun taas rahapelirikoksella turvataan oikeastaan valtion monopolia myöntää lupia tuollaisen toiminnan harjoittamiseen.⁷⁰

Myös eläinsuojelurikoksista säädellään rikoksissa yleistä järjestystä vastaan. Aineellinen eläinsuojelulainsäädäntö on jo varsin kehittyntä, ja on toki olen-naista, että vakavimmat lakien ja EU-oikeudellisten säännösten vastaiset teot tulee voida katsoa eläinsuojelurikoksina rangaistavaksi. Eläimen julma kohtelu ja tarpeettoman kärsimyksen, kivun tai tuskan aiheuttaminen eläimelle ovatkin rangaistavia.⁷¹ Yhteys yhteiskuntarauhaan ja yleiseen järjestykseen on olemassa, joskin suhteellisen heikkona.

Rikosoikeudellisilla säännöksillä turvataan lainsäädännön noudattamista, ja niillä on myös vahva eettis-moraalinen ulottuvuus. Ei olisi mahdotonta jäsentää suojan tarvetta myöskään eläinten oikeuksien näkökulmasta. Vaikka eläimet eivät olisikaan aivan ihmisen kaltaisia oikeussubjekteja, niillä on ilmiselvästi sellaisia suojan tarpeita, joille tulisi tarjota suojaa itseisarvoisesti eikä ainoas-taan sen vuoksi, että ihmiselle tekee pahaa nähdä eläimen kärsivän. Eläinten oikeusasemaan on kiinnitetty tutkimuksessa aikaisempaa enemmän huomiota, eikä ole poissuljettua, että tämä näkyisi tulevaisuudessa myös rikosoikeudelli-sen sääntelyn yhteydessä. Tämä voisi merkitä lähinnä sitä, että asiaa koskevat säännökset sijoitettaisiin rikoslaisiin muuhun yhteyteen, jopa omaan lukuunsa.⁷²

Kantilaisittain ajatellussa antropologisessa rikosoikeuskäsityksessä lähtö-kohtana ovat ihmiskeskeisyys ja ihmisen järki. On vaikea jäsentää sen perus-teella eläinten tai luonnon oikeuksien suojan itsenäistä asemaa. Yleinen järjestys

68. Kuvaava on hallituksen esityksen tekstissä esitetty luonnehdinta: silloin voimassa olleet sää-nökset eivät muodostaneet mitään selkeää ja yhtenäistä kokonaisuutta ja säännösteksteissä oli jouduttu käyttämään arvostuksenvaraisia ja kiistanalaisia käsitteitä. Ks. HE 6/1997 vp, s. 95. Tuolloin toteutettua uudistusta voikin pitää edistysaskeleena, mutta todettu ongelmallisuus ei sen myötä kokonaan poistunut.

69. Säännös on siinä mielessä myös holhoava, että sillä suojellaan uhkapeliin ryhtyviä siltä, että he saattaisivat hävitä varoihinsa nähden liian suuria summia.

70. Rahapelirikosta koskevan erillissäännöksen luominen liittyi rahapelitoiminnan huomattavaan yhteiskunnalliseen ja taloudelliseen merkitykseen. Mikko Alkio, Rahapelilainsäädäntö ja mark-kinat. Talentum 2015, s. 49.

71. Tarja Koskela – Satu Rantaeskola, Eläin rikoksen kohteena. Warelia 2019.

72. Eläinten periaatteellisesta oikeuskelpoisuudesta ks. esim. Visa Kurki, Voiko eläin olla oikeus-subjekti? Lakimies 3/2013, s. 436–458 ja Visa Kurki, Onko eläin esine? Eläimen oikeudellisesta asemasta. Lakimies 6/2020, s. 845–871.

oikeushyvinä on mahdollistanut tällaisten ei-inhimillisten intressien suojan, vaikka samalla se on hämärtänyt sitä, mitä kaikkea yleinen järjestys oikeastaan voikaan merkitä.

Isommassa kuvassa yleisen järjestyksen ja turvallisuuden korostus rikosoikeudenkin suojelutavoitteina muuttaa syvällisellä tavalla tarinaa valtion oikeuden oikeutuksesta. Valtio ikään kuin perustelee toimintaansa yhä suuremmin – Hobbesin ajatusmaailmaan liittyvällä tavalla – sillä, että turvallisuus sitä vaatii, mikä puolestaan edellyttää kansalaisten oikeuksia rajoittavaa sääntelyä. Turvallisuushaksi määritellyn ilmiön torjuntaa perustellaan tällaisella julkisella intressillä. Uhat ja pelot piirtävät valtiolle tehtäviä, eikä tälle näy loppua.

Turvallisuudesta on kehitelty jopa uudenlaista perusoikeutta, jonka ongelmana kuitenkin on, että sen nimissä voidaan heikentää muita yksilön perusoikeuksia.⁷³ Tämä aihepiiri on tuttu esimerkiksi terrorismin ja järjestäytyneen rikollisuuden vastaisista toimista. Vaikka terroristiset rikokset on suunnattu kansalaisia vastaan, niillä perustellaan usein viranomaisille annettavia toimivaltuuksia. Myös rikosvastuu on ulotettu laajasti erilaisiin terrorismin tukitoimiin.⁷⁴

5. Ihmisoikeudet oikeushyvinä

Yhdenvertaisuuden loukkaukset ovat kiinnostava uudehko ilmiö, jotka ovat tulleet viime vuosina monin tavoin esille rikosoikeudessaamme. Yhdenvertaisuutta edistetään syrjäntäkielloilla, joiden rikkominen on saatettu säätää rangaistavaksi. Yleinen syrjäntäkriminalisointi RL 11:11 on säädetty rikoslain luvussa sotarikoksista ja rikoksista ihmisyyttä vastaan, vaikka se ei tarkkaan ottaen sen otsakkeen alle kuuluisi. Kyseinen kriminalisointi toteuttaa kuitenkin ihmis- ja perusoikeuksien suojavelvoitteita. Esimerkiksi syrjinnän rangaistavuuden ulottaminen perimän ja vammaisuuden perusteella tapahtuvaan syrjintään johtui muun muassa siitä, että geenitestausta oli kehittyneet siinä määrin, että oli tullut mahdolliseksi harjoittaa tällaista syrjintää.⁷⁵ Samassa luvussa on myös jo edellä

73. Kriittisistä huomioista ks. Kaarlo Tuori, Yleinen järjestys ja turvallisuus – perusoikeusko? Lakimies 6–7/1999, s. 920–931.

74. Valsamis Mitsilegas, Security versus Justice. The individualization of security and the erosion of citizenship and fundamental rights, s. 199–215 teoksessa Barbara Hudson – Synnove Ugelvik, Justice and Security in the 21st Century. Risks, rights and the rule of law. Routledge 2012. Terrorismista ks. myös Tapio Lappi-Seppälä (Nuotio), Rikosoikeus. Oikeuden perusteokset. Alma Talent 2022, s. 1163–1166.

75. Hallituksen esitys eduskunnalle 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 hyväksymisestä sekä laeiksi niiden lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta

mainittu kiihottamisrikosta koskeva rangaistussäännös (RL 11:10), jolla suojataan useanlaisia vähemmistöjä vihailmaisuilta.⁷⁶ Tämäkin kuuluu asiallisesti ottaen syrjinnänvastaisiin säännöksiin. On vielä muistettava rangaistuksen koventamista koskeva lainkohta (RL 6:5.1:n 4 kohta), jossa on vastaava syrjintäperusteiden luettelo kuin kiihottamisrikossäännöksessä.

Onko sitten yhdenvertaisuus oikeushyvä, ja jos on, niin millainen? Tulkit-
sisin, että vakavimman syrjinnän varalta säädetyt rangaistussäännökset ker-
tovat uudentyypisistä suojan tarpeista. Näiden perustana on juuri perus- ja
ihmisoikeusjuridiikan kehittyminen. Syrjinnän varalta annettuihin säännöksiin
on pyritty keräämään kattavasti syrjintäperusteet, jolloin vältetään pistemäi-
nen erillissäätely. Siihen nähden uskonrauhan rikkomista koskeva sääntely
on historiallinen jäännös ja luo uskontoon ja uskonharjoittamiseen perustuville
loukkauksille erillisen regiimin. Monissa vertailumaissa tällaisesta erillissään-
telystä on loukkaamistyyppisten sananvapauden käyttöön liittyvien tilanteiden
yhdydessä luovuttu.

Kiihottamisrikos on ollut viime vuosina paljon esillä kuten sananvapausri-
kossäännökset laajemminkin. Oikeushyväopilliselta kannalta kiinnostavaa on,
että suojelutavoite voi olla hyvinkin etäinen mutta kuitenkin perustavanlaatui-
nen. Esimerkiksi holokaustin julkinen kieltäminen on usein tulkittu kiihottamis-
rikoksena rangaistavaksi. Sellainen puhe loukkaa toki holokaustin uhreja, joita
olivat juutalaisten ohella esimerkiksi romanit ja vammaiset. Samalla puhe voi
merkitä uhkaa, että sama voisi toistua, erityisesti kun puhe on osa uusnatsistista
poliittista liikehdintää.⁷⁷

Euroopassa holokaustin kieltämistä koskevat kysymykset ajankohtaistuivat
ensin Ranskassa ja sitten Saksassa 1990-luvun alussa.⁷⁸ EU:n rasismipuitepäät-
tökseen vuodelta 2008 otettiin asiasta nimenomainen kriminalisointivelvoite.⁷⁹
Sanan- ja ilmaisunvapaus on perustavia eurooppalaisia arvoja, mutta samaan
aikaan on katsottu perustelluksi edellyttää tällaisten ilmaisujen kuuluvan krimi-
nalisoitujen tekojen listalle. Kyse on yhdeltä kannalta muistilaeista, joilla turva-
taan sitä, ettei jokin muisto himmene. Holokaustin kieltämisen rangaistavuus
on tästä tutuin esimerkki. Viime vuosisadan hirmutekoja ei tule kieltää eikä

ja rikoslain 11 luvun 11 §:n ja 47 luvun 3 §:n muuttamisesta 216/2008 vp. Lainuudistus liittyi kansainvälisen biolääketiedeyhteisösuojituksen velvoitteiden kansalliseen täytäntöönpanoon. Vastaava muutos tehtiin myös työsyryntää koskevaan RL 47:3:n lainsäätöön.

76. Ruotsissa vastaava lainkohta on yleistä järjestystä vastaan tehtyjä rikoksia koskevassa luvussa, BrB 16:8.

77. Oikeusministeriössä on virkatyönä valmisteilla hallituksen esitys vakavien kansainvälisten rikosten kiistämisen kriminalisoinnista. 27.8.2024 päivätty esitysluonnos on tätä kirjoitettaessa lausuntokierroksella.

78. Ks. laajemmin Kimmo Nuotio, Holocaust Denial as Memory Criminal Law Seen Through the Nordic Lenses. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 11(1) 2023, s. 1–29.

79. Neuvoston puitepäätös 008/913/YOS, tehty 28 päivänä marraskuuta 2008, rasismien ja muukalaisvihan tiettyjen muotojen ja ilmaisujen torjumisesta rikosoikeudellisin keinoin, 1 artikla.

unohtaa, mutta toisaalta nähdään tällaisen puheen liittyvän sellaiseen illiberaaliin poliittiseen liikehdintään, jota ei demokraattisessa oikeusvaltiossa tule sallia. Muistilakejakin voi olla monentyyppisiä, ja niitä voidaan käyttää eri tarkoituksiin.⁸⁰ Holokaustin kieltämisen rangaistavuus ylläpitää viime kädessä ihmisoikeuksia ja ihmisarvon loukkaamattomuutta. Venäjällä on puolestaan säädetty rangaistavaksi kieltää Venäjän (Neuvostoliiton) olevan toisen maailmansodan voittajavaltio, jolloin suojataan valtiollista intressiä, Venäjän ja Stalinin armeijan sotilaallista kunniaa.⁸¹

Oikeushyväopilliselta kannalta yhdenvertaisuuden loukkausten varalta säädetty rikossäännökset ovat moniulotteisia, sillä niillä toki suojataan sekä yksilöitä että ryhmiä ja vieläpä yhdenvertaisuuden periaatteen yleisempää toteutumista yhteiskunnassa. Oikeushyviä yhteydessä on aikanaan saatettu puhua oikeushyvän ”kantajasta”. Sellainen puhe on ollut luontevaa, kun kyse on selvästi yksilön oikeuksiin puuttuvista rikoksista. Kun mennään tällaisiin laaja-alaisempiin suojelutavoitteisiin, oikeushyvällä ei aina ole yhtä selkeää kantajaa.

Edellä jo viitattiin rikoslain lukuun sotarikoksista ja rikoksista ihmisyyttä vastaan. Luku on juhlava ja avaa nykyään rikoslain erityisen osan kuten uskontorikokset aikanaan. Luvun keskeisen ytimen muodostavat suoraan kansainvälisen oikeuden mukaan rangaistavat niin sanotut kansainvälisen rikosoikeuden ydinalueen rikokset, joissa myös Kansainvälinen rikostuomioistuin on toimivaltainen. Lisäksi luvussa on säännöksiä vakavimmista ihmisoikeusrikoksista, kuten kidutuksesta ja tahdonvastaisesta katoamisesta. Kiihottamisrikosta koskeva säännös on sekin ihmisoikeusperustainen ja luonteeltaan erityisesti vähemmistöryhmiä suojaava.⁸²

Rikoslain henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia koskevaan lukuun ehdotetaan lisättäväksi säännökset naisen sukuelinten silpomisesta ja sen valmistelusta.⁸³ Viimeksi mainittu tunnustetaan ihmisoikeusrikokseksi, toisin kuin poikien ympärileikkaus, jonka rangaistavaksi säätämiseen ei ole kansainvälistä velvoitetta.

Miksi sitten ei olisi erillistä lukua ihmisoikeusrikoksista tai vakavimmista, rangaistavista ihmisoikeusloukkauksista? Voi arvella asiaan vaikuttaneen, että rikoslain kokonaisuudistusta valmisteltaessa perus- ja ihmisoikeuspainotukset tulivat mukaan vasta huomattavan myöhäisessä vaiheessa eikä systemaattisessa mielessä ollut vielä valmiutta eikä työkaluja ajatella säännösten sijoittelua niiden pohjalta. Oman ongelmansa muodostaa kuitenkin sekin, että ihmis- ja pe-

80. Ks. esim. Stina Löytömäki, *Law and the Politics of Memory: Confronting the Past*. Routledge 2014.

81. Nikolay Kaposov, *Memory Laws, Memory Wars. The Politics of the Past in Europe and in Russia*. Cambridge University Press 2018, s. 292.

82. Tapio Lappi-Seppälä ja muut (Nuotio) 2022, s. 290.

83. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja siihen liittyviksi laeiksi 69/2024 vp.

rusoikeusvelvoitteet koskettavat tavalla tai toisella varsin suurta osaa rikoslain erityisen osan kokonaisuudesta, joten joka tapauksessa joudutaan erittelemään näitä kokonaisuuksia tavoilla, joissa myös oikeushyväsystematiikasta saattaa olla etua. Hyvin usein kriminalisointivelvoitteet seuraavat yhtä aikaa kansainvälisestä oikeudesta, ihmisoikeussopimuksista ja eurooppaoikeudellisista lähteistä, joten olisi mahdotonta järjestää rikoslain tunnusmerkistöjä tällaisten näkökohtien mukaan. Esimerkiksi Saksassa on säädetty rikoksista kansainvälisyyttä vastaan erillisessä rikoslaissaan⁸⁴ eikä ole muutenkaan tavatonta, että yleisen rikoslain rinnalla on muuta rikosoikeudellista lainsäädäntöä.

Meillä lainsäätäjät tavoittelut sitä, että vakavimmat kansainvälisen humanitaarisen oikeuden loukkaukset tunnustetaan omaksi kokonaisuudekseen. Niillä täytetään sitä suojelun aukkoa, joka yleensä on aluetta hallitsevalla valtiolla. Aseellisen konfliktin tilanteessa kansainvälisen yhteisön vastuu korostuu.

6. Vapauden suojaamisesta

Kun sanotaan, että suojataan rikosoikeudellisesti vapautta, mitä silloin oikeastaan tarkoitetaan? Henkilökohtainen vapaus on perus- ja ihmisoikeus, josta säädetään esimerkiksi PL 7 §:ssä ja ihmisoikeussopimuksen 5(1) artiklassa. Rikoslain 25 luvussa säädetään vapauten kohdistuvista rikoksista. Vapaudenriistossa on nimensä mukaisesti kyse juuri fyysisestä toisen vapauden rajoittamisesta esimerkiksi tilaan sulkemalla. Aikaisemman ihmisryöstön korvannut ihmiskaupan sääntely on jo astetta moniaineksisempi, koska siinä on kyse toisen ottamisesta määräysvaltaan hänen saattamiseksi muuan muassa pakkotyöhön. Perustusmerkistö (RL 25:3.1) on rakennettu siten, että kolmen elementin – toiminta, keino, tarkoitus – välillä vaaditaan yhteys.⁸⁵ Säännöksen tarkoitus on antaa suoja sellaisia loukkauksia vastaan, joissa ihminen saatetaan olosuhteisiin, joissa hänen tosiasiallinen kykynsä määrätä asioistaan on kaventunut. Ihminen voi siten säilyttää osan vapauttaan mutta olla siinä määrin toisen määräysvallan alla, että tavanomainen itsemääräämisoikeuden käyttäminen on näiden⁸⁶ olosuhteiden vuoksi suuresti vaarantunut.⁸⁷ On puhuttu myös ”rajoitetusta toimijuudesta”.

84. Völkerstrafgesetzbuch, annettu 26.6.2002.

85. Jussi Matikka, Vapauten kohdistuvista rikoksista, s. 486–487 teoksessa Dan Frände ja muut 2023.

86. Minna Viuhko, Aktiivisia toimijoita vai passiivisia ideaaliuhreja? Ihmiskaupan uhrien rajoitettu toimijuus. Oikeus 4/2013, s. 385–404 ja Minna Kimpimäki 2022, s. 424–425.

87. Ihmiskaupan ja parituksen rikostunnusmerkistöt ovat lähellä toisiaan ja osin päällekkäin. Ks. esim. Venla Roth, Paritusta vai ihmiskauppaa? Defensor Legis 3/2007, s. 419–436.

Vapautta suojaavassa rikoslain luvussa on myös säännökset muun muassa laittomasta uhkauksesta, pakottamisesta ja jo edellä mainitusta vainoamisesta. Havaitsemme, että lainsäätäjä on ymmärtänyt vapauden suojaava tarvittavan muuhunkin kuin fyysisen vapauden turvaamiseen. Ihmisen voi kohdistua pakkoa ja pakottamista, joilla kavennetaan normaalia toimintavapautta ja vapautta päättää omista asioistaan. Kun kyse on väkivallalla uhkaamisesta, pakottamisesta tyypillisesti painostetaan sen kohteeksi joutunutta toimimaan tietyllä tavalla.

Vapausoikeudet on perinteisesti nähty yksilön turvaksi suhteessa julkiseen valtaan, ja ne ovat myös yhteiskuntasopimusteorioissa valtiiovallan tehtävänannon ydintä. Vapausoikeuksia tulee kuitenkin suojata myös suhteessa yksityisiin toimijoihin. Hengen ja terveyden suoja on kaiken ytimessä: jolleivät ihmisen henki ja fyysinen koskemattomuus olisi turvatut, vapaudellakaan ei olisi merkitystä. Liberaalissa poliittisessa perinteessä vapaudella on erityisasema, mihin edellä viitattiin.

Vapausoikeuksien merkitys on siinä, että ihmiset voivat elämässään toteuttaa itseään ja valintojaan eikä heitä rajoita siinä muu kuin toisten vastaava vapaus.⁸⁸ Vapausoikeuksien ohella poliittiset oikeudet ovat demokraattisessa oikeusvaltiossa keskeisiä. Ajatuksena on, että julkinen valta edustaa eräänlaista yhteiskunnan itsehallintoa. Esimerkiksi Jürgen Habermasin demokraattisen oikeusvaltion rekonstruktiossa perusoikeudet ja demokratiaperiaate ovat kumpikin yhtä tärkeitä ennako-oletuksia. Kansalaisten on tunnustettava toisilleen tietyt oikeudet, jotta on mahdollista ajatella, että yhteiselämää säännellään legitiimisti säädännäisen oikeuden avulla.⁸⁹

Sananvapaus kuuluu poliittisiin oikeuksiin, mutta sillä on monenlaisia ulottuvuuksia. Sananvapaus on myös taiteen ja tieteen vapautta ja vapautta itseilmaisuuksiin. Median vapaus on olennainen osa julkisen vallan toiminnan ulkoista arviointia. Yksityisyyden ja yksityiselämän suoja ja tietosuojakin ovat modernissa tietoyhteiskunnassa turvattavia asioita myös sen vuoksi, että teknologisen kehityksen myötä haavoittuvuutemme on lisääntynyt. Modernissa yhteiskuntasopimuksessa täytyisi tällaisetkin edut ottaa lukuun.

Sananvapauden rikosoikeudellisen suojan ja kontrollin piirissä jo edellä mainittu kiihottamisrikos on keskeinen. Samalla kun sananvapaus on turvattava, tulee ymmärtää, ettei tämäkään oikeus ole rajoittamaton. Tällä selittyy myös se, miksi sananvapauden suoja on vahvimmillaan, kun sitä käytetään keskustelussa yleisesti olennaisista yhteiskunnallisesti merkityksellisistä aiheista. Toimintaa politiikassa tulee voida arvioida julkisesti. Poliitiikassa on voitava puhua asioista

88. Saksan perustuslain 2.1 §:ssä nostetaan esille tämä ihmisen vapaus luoda vapaasti itsestään se, joka hän on, kunhan hän ei loukkaa toisten oikeuksia, valtiosäännön järjestystä tai tapojen vaatimuksia.

89. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp 1992, s. 109.

niiden oikeilla nimillä. Poliitikonkaan puhe ei kuitenkaan ole rajoittamatonta, kuten esimerkiksi EIT:n vihapuhetta koskeva soveltamiskäytäntö kertoo. Perustuslakivaliokunta on ottanut asiaan kantaa käsitellessään valtakunnansyyttäjän pyyntöä saada asettaa kansanedustaja syytteeseen eduskunnassa lausumansa perusteella.⁹⁰

Liberaalin rikosoikeusparadigman piirissä on mahdollista palauttaa hyvinkin monet rikosoikeuden keinoin suojattavat intressit viime kädessä vapauteen. Vapaus on siihen riittävän joustava käsite, koska se venyy kattamaan myös välillisesti yksilön toiminta- ja valinnanvapautta oikeudettomasti kaventavan toiminnan, jolloin kyse ei ole yksinomaan ihmisen vapauden fyysisen rajoittamisen torjumisesta. Edellä käsiteltiin vainoamisrikosta esimerkkinä tällaisesta. Vapauden käsitteen voi laajemmassa merkityksessä suorastaan samastaa yksilön itsemääräämisoikeuteen eli autonomiaan. Jotta jokainen voi elää ihmisarvoista elämää ja käyttää vapauksiaan, yhteiskunnan on asetettava rajoja yksilöihin kohdistuvalle vallankäytölle ja rajoittamiselle. Rikosoikeudelliset keinot puuttuvat vakavimpaan osaan tällaista haitallista vaikuttamista.

Edellä jo viitattiin Jörn Jacobsenin esittämään ajatukseen, että pohjoismaista rikosoikeutta voi lähestyä kantilaisittain vapautta suojaavana. Tässä esitetty sopii sinänsä hyvin sen kanssa yhteen, kunhan vapaus itse ymmärretään riittävän monipuolisesti ja avarasti. Tiettyä vaikeutta on kuitenkin selvittää, miten erinäisten kollektiivisten päämäärien edistäminen on sovittavissa yhteen tällaisen vapauslähtöisen ajattelun kanssa.

Rikosoikeutemme 1970-luvulta lähtien kiihtynyt modernisaatio on merkinnyt rikosoikeuden keinojen valjastamista myös uudenaikaisiin tehtäviin. Tuttuja esimerkkejä ovat vaikkapa liikenne- ja talousrikosoikeuden kehittyminen sekä työ- ja ympäristörikosten sääntely rikoslaissa. Oikeushenkilön rangaistusvastuusta on säädetty sellaisten rikostyyppien sääntelyssä, jotka tyypillisesti voivat toteutua liikeyritysten toiminnassa. Oikeushenkilön rangaistusvastuu kertoo itsessään siitä, että oikeushenkilö voi olla rangaistuksen kohteena, vaikkei se olisi rikoksen tekijä suppeassa merkityksessä. Mikä onkaan oikeastaan tällaisten uudentyyppisten rikosten suojan kohteen yhteys yksilötason vapauden turvaamiseen?

Saksalaisessa oikeushyväopissa puhutaan kollektiivisista oikeushyvistä silloin, kun suojattavat intressit eivät ole palautettavissa yksilön oikeushyviin. Ympäristön pilaantumista torjutaan muun muassa ympäristön turmelemisen kriminalisoinnilla. Ympäristön puhtaus ja saasteettomuus ovat luonnollisesti

90. Perustuslakivaliokunnan mietintö (M 5/2019 vp valtakunnansyyttäjän syyttämislupaa koskeva pyyntö asettaa kansanedustaja syytteeseen) 21/2020 vp. Ks. myös Kimmo Nuotio, Kansanedustajan asettaminen syytteeseen hänen eduskunnan täysistunnossa käyttämiensä ilmaisujen vuoksi, s. 29–45 teoksessa Päivi Korpisaari (toim.), Oikeuksia, vapauksia ja rajoituksia. Vies-tintäoikeuden vuosikirja 2019. Helsingin yliopisto 2020.

ihmiselle arvokkaita hyviä sellaisenaan, ja ympäristöä voidaan suojella myös itseisarvoisesti. Kohonnut ympäristötietoisuus on kytkenyt ympäristön tilojen muutoksia omaksumaamme elämäntapaan. Myös teollisuuden toiminnalla samoin kuin vaikkapa liikenteellä on merkittäviä ympäristövaikutuksia. Rikosoikeuden keinoin voidaan puuttua vain pieneen osaan pilaantumista aiheuttavasta toiminnasta.

Jos ajatellaan, minkälainen hiljainen yhteiskuntasopimus olisi nykyaikana oletettava rikosoikeutemme selitykseksi, on ilmeistä, että siihen tulisi sisällyttää aineksia myös yhteiskunnan ja valtion tason intressien suojasta.⁹¹ Vaikka esimerkiksi viranomaisten lahjonta ei Suomessa olisi merkittävä ongelma, lainsäädännöllä on varauduttava tällaisiin ilmiöihin.

Rikosoikeuden modernisaatio on meillä ollut reaktiota siihen, että rikosoikeuden keinoilla on nähty merkitystä usealla uudella toiminnan lohkokalla. Esimerkiksi liikeyritysten vaikutuspotentiaali on kasvanut siinä määrin, että ilman uutta vastuunootta, oikeushenkilön rangaistusvastuuta, rikosoikeudellisen vastuun toteuttaminen taloudellisissa organisaatioissa tapahtuvissa rikoksissa olisi vaikeaa ja jättäisi yhteiskunnan vaille riittävää suojaa. Ympäristörikosten sääntely antaa myös perustan liikeyrityksille järjestää oma organisaationsa ja toimintansa siten, että lain asettamia velvoitteita voidaan noudattaa silloinkin, kun lain rikkomisesta olisi mahdollisesti taloudellista hyötyä.

Yhteiskuntaelämän kehittyminen ja järjestäytyminen tuottavat myös lieveilmiöitä. Esimerkiksi kansainvälisen kaupan vilkastuminen on synnyttänyt laittomia markkinoita, joilla järjestäytyneet rikollisuus toimii hyvinkin kannattavasti. Järjestäytyneen rikollisuuden haitalliset vaikutukset ulottuvat laajalle. Esimerkiksi huumeiden käyttäjät ja ihmiskaupan uhrin, jotka ovat näiden markkinoiden äärellä vaikka eivät niistä hyödy, voivat joutua vaikeaan asemaan, ja myös rikollispiireissä toimivien oma turvallisuus on jatkuvassa vaarassa. Julkinen talous kärsii saamatta jääneistä verotuloista, ja myös rikollisuuden haitat kuormittavat yhteiskuntaa. Rikollispiirit voivat jopa saada poliittista vaikutusvaltaa, jolloin koko yhteiskuntajärjestys olisi uhattuna.

Jo suhteellisen niukka ja maininnanomainen tarkastelu riittää osoittamaan, että rikosoikeuden suojelutehtävät eivät rajaudu yksinomaan yksilönvapauden suojaamiseen, vaikka se onkin oikeusjärjestyksemme liberaalia ydintä. Samalla viestintäteknologian ja sosiaalisen median kehittyminen luo uudenlaisia suojan tarpeita myös yksilöiden välisissä suhteissa. Vaikkapa maalittamisessa voidaan keskittää yhtä henkilöä vastaan niin vastaansanomaton julkinen massamittainen häirintä, että vaatii paljon jatkaa elämäänsä normaalisti tällaisissa olosuhteissa. Ihmisen vapautta ja itsemääräämisoikeutta tulee voida suojata tällaista toimintaa vastaan.

91. Ks. keskustelusta esim. Michael Head, *Crimes Against the State. From Treason to Terrorism*. Routledge 2011.

7. Kestävä rikosoikeus ja tulevien sukupolvien oikeudet

Rikosoikeuden keinoin voidaan pyrkiä suojaamaan tulevien sukupolvien oikeuksia kestävän kehityksen periaatteiden mukaisesti. Tällaisessa ajattelussa mukaan tulee entistä selvemmin ajallinen ulottuvuus. Ympäristön tilaa heikentävät kehityspotut voivat lyhyellä aikavälillä näyttäytyä vähämerkityksisinä mutta olla silti kestävän kehityksen näkökulmasta vaarallisia ja torjuttavia ja uhata jopa ihmiskunnan tulevaisuutta. Suuret haasteet, kuten ilmastonmuutoksen torjunta ja lajien monimuotoisuuden ylläpitäminen, voivat edellyttää myös rikosoikeudellisten keinojen käyttöä, vaikka väistämättä rikosoikeudellisten keinojen käytön merkitys tällaisten laajojen yhteiskunnallisten prosessien ohjaamisessa jää marginaaliseksi. Viime vuosina on noussut esille vaatimuksia luonnontuhontarikoksen hahmottamisesta joukkotuhontarikoksen rinnalle.⁹²

Rikosoikeuden keinoin ei voida kovin suoraan esimerkiksi säännellä luonnonvarojen käyttöä siitä huolimatta, että rikoslaissa on säännökset luonnonvararikoksista. Luonnonvaraoikeudessa painottuu luonnon talouskäytön näkökulma.⁹³ Kuitenkin esimerkiksi metsärikoksena voi tulla joissakin tapauksissa rangaistavaksi metsäluonnon elinympäristön monimuotoisuuden vahingoittaminen metsän lainvastaisella hoito- tai käyttötoimenpiteellä (RL 48a:3.2).

Kestävän kehityksen tavoitteilla on yhteys myös ihmisarvon suojaamiseen. Bioteknologian alalla on tullut mahdolliseksi puuttua ihmisen perimään tavoilla, joiden turvallisuudesta ja vaikutuksista ei vielä ole tarkkaa tietoa. Ihmisen perimään puuttuminen samoin kuin ihmisen kloonaminen on säädetty rikoslaissa rangaistavaksi. Maailmalla on jo kloonattu ihmisyksilöitä.⁹⁴ Tulevien sukupolvien oikeuksien suojan tarve on siten tässäkin suhteessa jo todellisuutta. Ihmisarvoa ei välttämättä ole nähty suoraan rikosoikeuden keinoin suojattavana oikeushyvinä vaan pikemmin muiden oikeushyvien tausta-arvona. Estettä ei kuitenkaan olisi kehitellä tällaista itsenäisempää ihmisarvon käsitettä.⁹⁵

Rikosoikeuden keinoin suojeltavat oikeushyvät ovat murroksessa rikosoikeuden saadessa yhä uusia tehtäviä, kun reagoidaan toteutumassa olevaan ja tulevaan yhteiskuntakehitykseen. Vaikka yksilönvapaus on edelleen keskeinen

92. Greene, Anastacia, *The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?* *Fordham Environmental Law Review* 30(3) 2019, s. 1–48.

93. Lappi-Seppälä ja muut (Nuotio) 2022, s. 1639.

94. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle sikiön, alkion ja perimän suojaa koskevien rangaistus-säännösten muuttamisesta 156/2008 vp, s. 9: ”Oikeudellisessa ja eettisessä keskustelussa on korostettu, että lääketieteellisen tiedon ja menetelmien kehityksen vuoksi riski ihmisarvoa loukkaavista väärinkäytöksistä muun muassa ihmisalkioita kohtaan kasvaa. Sen vuoksi ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteen merkitys vahvistuu, vaikka se ei ole osoitettavissa elävän yksilön konkreettiseksi perusoikeudeksi.”

95. Ks. Sakari Melander, *Ihmisarvon muuttuva oikeudellinen merkitys – erityisesti rikosoikeudessa*. Oikeus 2/2008, s. 181–199.

lähtökohta ja mittapuuna, sitä joudutaan täydentämään lukuisilla näkökohdilla. Rikosoikeus on keino suojata oikeushyviä, mutta instituutiona se myös ilmentää pysyvyyttä ja arvoja. Rikosoikeuden preventiivinen vaikutus perustuu osin sen hyväksyttävyyteen, jota ei tulisikaan ajatella liian välineellisesti. Rikosoikeuden on välttämätöntä seurata oikeuden ja yhteiskunnan modernisaatiota, mutta sen ominaisuus vaikuttaa siihen, ettei se voi hallita tätä kehitystä. Edellä viitattiin Roxinin esittämään määritelmään oikeushyviä suojelusta: mikä kulloinkin on välttämätöntä, on tulkinnanvarainen asia. Jos ilmastonmuutos tai lajikato uhkaa ihmiseloa perusedellytyksiä, ei ole mahdotonta hahmottaa rikosoikeudelle tehtävää osaltaan olla tukemassa sen säilymistä.

Tässä vaiheessa on aiheellista avartaa näkökulmaa siten, että tarkastellaan rikosoikeuden suojafunktioita myös suhteessa rikosoikeuden preventiovaikutuksiin. Eri preventiot teoriat nostavat esiin erilaisia käsityksiä. Esimerkiksi hyvin yksilökeskeinen tarkastelutapa seuraa tyypillisesti jo kriminologiasta, jossa selitetään yksilön rikoskäyttäytymistä ja pyritään vaikuttamaan rikosalttiuteen. Rikoksentekejiin ja rikoksiin keskittyvä syytökäsimus voi tarkastella esimerkiksi pelotuspreventiota eli rangaistusuhkan ja viranomaiskontrollin vaikutusta rikolliseen päätöksentekoon. Tällainen tarkastelu, joka esimerkiksi rikostaloustieteessä on ollut vallalla, kiinnittää huomiota yksilön harkintaan tilanteessa, jossa rikos on mahdollinen.⁹⁶ Tällainen kriminologinen tarkastelu sopii hyvin yhteen yksilökeskeisen oikeushyväopin kanssa ja edustaa eräänlaista peilikuvaa sille. Yhtä yksilöä rajoittamalla turvataan toisen vapautta.

Pohjoismaisessa oikeudessa ja Saksassa vallalla oleva positiivisen yleisprevention teoria puolestaan rakentuu pikemmin yhteisöllisemmän rikostorjunnan vaaraan. Ajatuksena on, että kriminalisoinnit ja niiden soveltamiskäytäntö välittyvät yhteiskuntaan vaaditun toiminnan mittapuuna. Tämän käsityksen mukaan olennaisinta ei ole yksittäisen henkilön kokemana pidäke, jonka viranomaisvalvonta ja rangaistusuhka muodostavat, vaan rikosoikeuden normit antavat taustatukea sosiaalisille ja moraalille, jotka todellisuudessa ylläpitävät suurelta osin normien edellyttämää käyttäytymistä. Tällaisen näkökohdan mielessä on olennaista, että rikosoikeuden normit ovat ajanmukaiset ja että rikosoikeuden suojeltavat arvot, oikeudet ja hyvät ilmentävät todellisia tarpeita. Jos rikosoikeus olisi jäänyt yksilökeskeiseksi ja suojaamaan yksilön vapauspiiriä eikä olisi reagoinut uudensuojan tarpeisiin, se olisi voinut menettää hyväksyttävyytensä.

Australialainen kriminologi John Braithwaite on käsitellyt rikosoikeuden vapautta turvaavaa tehtävää ja rikostorjuntaa tällaisesta kokonaisu-yhteiskunnallisesta näkökulmasta ja esittänyt vaihtoehdon yksilökeskeisille tarkasteluille.⁹⁷ Hänen mukaansa perinteinen tarkastelutapa on ansiokkaasti pitänyt esillä sitä,

96. Kotimaisesta keskustelusta ks. esim. Kalle Määttä – Heikki Pihlajamäki, Rikoksen hinta. Taloustieteellinen näkökulma rikosoikeushistoriaan. Talentum 2003.

97. John Braithwaite, *Macrocriminology and Freedom*. ANU Press 2022.

että ihminen tarvitsee suojaa valtiovallan suunnalta tulevaa vallankäyttöä vastaan. Liberaali oikeusvaltiollinen rikosoikeus on vastaus tähän kysymykseen. Vapautta suojaava rikosoikeus on arvokas ja välttämätön. Braithwaiten mukaan kriminologiassa on kuitenkin usein tehty virhe, kun on oletettu, että rikosoikeuden ankaroitaminen on ikään kuin vapauden kääntöpuoli: mitä enemmän rikosoikeutta, sitä enemmän vapautta. Vapaus olisi näin ajateltuna todellista, kun valtiovalta kaikella painollaan asettuu sitä turvaamaan. Valtiovalta olisi näin toimiessaan lockelaisen yhteiskuntasopimuksen mukaisessa tehtävässä. Juuri valtion tehtävien kasvu voi johtaa tilanteeseen, jossa liu'utaan hobbeslaiseen suuntaan, kun valtiovalta joutuu samalla kaventamaan yksilön oikeuksia ja vapauksia.

Braithwaite tarkastelee rikosoikeuden tehtävää ja toimintaa erilaisissa poliittisissa järjestelmissä ja pyrkii osoittamaan, että jos rikosoikeuden tehtäväksi asetetaan vapauden suojaaminen, vapautta tulee tarkastella yhteiskuntasopimusteorioita monipuolisemmin ja eritellä niitä erilaisia tapoja, joilla vapautta loukataan. Hänelle olennaisen republikanistisen vapauskäsitteen mukaan vapaus merkitsee sitä, ettei henkilöön kohdistu tosiasiallista ulkopuolista kontrollia ja hallinnointia (dominion). Vapautta voivat uhata niin julkinen valta kuin toiset toimijat. Esimerkiksi poliittisessa diktatuurissa saatetaan onnistua madaltamaan näkyvän rikollisuuden tasoa, jolloin vapaus näyttäisi tässä suhteessa turvatulta mutta samalla ehkä luodaan sellaisia yhteiskunnallisia varjorakenteita, jotka puolestaan kaventavat vapautta merkittävästi. Olennaista makroyhteiskunnallisessa tarkastelussa on, että rikollisuusilmiöitä ja niiden torjuntaa katsotaan osana yhteisöllisiä rakenteita ja normeja. Myös niin sanottu regulaatioteoria⁹⁸ tulee kuvaan, eli niin toimintaa markkinoilla kuin muutakin toimintaa tulee tarkastella käytettävissä olevien sääntelyvaihtoehtojen rajoissa. Erityisesti elinkeinoelämän sääntelyssä lähestymistapoja voi olla lukuisia.

Rikosoikeudellinen kontrolli muodostaa tämän mukaan normipyramidin huipun, joka usein tarvitaan, mutta käytännössä muunkin tyyppinen ohjaus voi varmistaa vahvistettujen normien tehokkuutta. Esimerkiksi rikosten vaihtoehtosovittelu voi tukea rikosoikeuden normien tehokkuutta ilman, että se sisältää suoran valtiovallan puuttumisen määräämällä rangaistuksen ja panemalla sen täytäntöön. Rikosoikeus tarvitaan viimesijaisena keinona tukemaan sääntelypyramidin alempien tasojen toimintaa. Vain tämä kokonaisuus voi turvata aitoa yksilön vapautta. Liian kapean vapauskäsitteksen ongelmana on siten se, ettei se tunnista kaikkia niitä todellisia uhkia, joita yksilön elämään ja itsemääräämisoikeuden toteutumiseen todellisuudessa kohdistuu.

Braithwaiten tapaan ymmärretty makrokriminologinen lähestymistapa rikosoikeuteen keinona tuottaa vapautta soveltuu myös erilaisten yhteiskuntien ja poliittisten järjestelmien vertailuun. Näin voidaan tehdä ymmärrettäväksi, että vapaus ei ole yksinkertainen yksilön suhde toiseen yksilöön ja yläpuolellaan

98. Ks. esim. Christopher Hodges, *Law and Corporate Behaviour*. Hart 2015.

olevaan valtiovaltaan vaan tulos siitä, kuinka legitiimin järjestyksen keinoin tuotetaan ja turvataan mahdollisimman paljon vapautta yhteiskunnassa. Tämän mukaisesti repressiivisen rikosoikeuden käyttö ilmenee osin myös vapautta tuhoavana, ja mahdollisuus vallan väärinkäyttöön kyseenalaistaa sitä entisestään. Braithwaite vaatii rikosoikeudellisen kontrollin ja erityisesti vankeuden käytön rajoittamista minimiin.⁹⁹

Erityisesti laajemmassa kehitysoikeuden asiayhteydessä, kun otetaan mukaan Euroopan ulkopuolinen maailma, näillä havainnoilla on suuri merkitys. Tärkeäksi tulee korruption torjunta ja sellaisten valtakeskusten suitsiminen, jotka esimerkiksi median hallinnan tai juuri korruption keinoin tavoittelevat vaikutusvaltaa ohi tavanomaisen poliittisen vaaleilla vaikuttamisen. Oikeusvaltiollinenkaan rikosoikeus ei toimi tyydyttävästi, jos yhteiskunnassa on sellaisia vaikutusvaltaisia toimijoita, jotka voivat rikkoa lakia tai jopa käyttää rikosprosesseja omiin tarkoituksiinsa.

Kokonaisyhteiskunnallisella tarkastelulla on niin etunsa kuin haittansakin. Etuina ovat juuri realistinen tulkinta eri asioiden keskinäisyhteyksistä ja tarkastelun sosiologisuus, erilaisten yhteisöjen merkityksen esiin saaminen. Haittana on puolestaan se, ettei tällaisessa tarkastelussa ole mahdollista päästä ankarimmassa mielessä tarkoitettuun tieteelliseen tietoon erilaisista syy- ja vaikutussuhteista. Rikosoikeus vaikuttaa yhteiskunnassa monin tavoin, eikä niiden vaikutustapojen tarkka todistaminen ole mahdollista. Kyseinen ongelma on ollut jo niin sanotun positiivisen yleisprevention rikoslain moraalialuonnan luovan vaikutuksen osoittamisen hankaluutena. Makrokriminologinen teoria sopii hyvin yhteen pohjoismaisen humanin ja rationaalisen kriminaalipolitiikan kanssa siinä, että kriminaalipolitiikassa tulisi tavoitella vähintään mahdollista määrää repressiota. Rikosoikeudellisen kontrollin hyötyihin suhtaudutaan siten varovaisemmin kuin esimerkiksi suoraviivaisessa pelotuspreventioajattelussa. Jos yksilöllistä pelotuspreventiota ajattelee mikrorikostaloustieteenä, mitä se Gary Beckerin jäljissä seuraten olisikin, Braithwaiten makrokriminologia vastaa makrotaloustieteen ja sosiologian näkemystä rikollisuudesta, sen torjunnasta ja vapauden turvaamisesta.

Rikosoikeuden nykyisessä teoriassa on tietynlaisia pyrkimyksiä tavoitella rikosoikeuden ominaisuutensa tunnistavaa ja perustelevaa filosofista teoriaa, joka selittäisi rikosoikeuden tehtävät osana valtion julkista oikeutta ja vielä siten, että oikeuden sisältö selittyisi positiivista oikeutta syvemmillä periaatteilla. Edellä viitattu Jacobsenin esittämä teoria edustaa tällaista. Rikosoikeuden tutkimuksessa yhteydet poliittiseen filosofiaan ovat muutenkin vahvistuneet. On luontevaa, että samalla yhteiskuntasopimusteoriat ovat tekemässä paluuta: on kyettävä esimerkiksi perustelevaan kansalaiselle, miksi hän ei saa rankaisematta käyttää huumetta, vaikka pitäisi sitä oikeutenaan. Miksi valtio saa määrätä tällaisista asioista?

99. Braithwaite 2022, s. 431–500.

Jacobsenin kantilaisesta republikanismista ponnistava rikosoikeusfilosofia tekee oikeutta sille, että rikosoikeus on yksilöiden keskinäisiä vapauspiirejä suojaava valtion järjestelmä, jonka perimmäinen sisältö ei kuitenkaan ole mielivaltaisen vaan seuraa järjen ja harkinnan periaatteista. Modernin rikosoikeuden dilemma saattaisi olla siinä, että siltä odotetaan enemmän ja siltä odotetaan kykyä ratkoa yhteiskunnallisia ongelmia ja konflikteja, vaikka se ei ole siihen kykenevä.

Kestävää kehitystä aktiivisesti edistävä rikosoikeus voisi joutua murtautumaan ulos oikeusvaltiollisesta rakenteestaan. Tämä jännite on aihealueen pioneerin, Elina Pirjatanniemen, väitöskirjatyön ytimessä.¹⁰⁰ Jos tarkastellaan mahdollisuuksia kontrolloida ympäristön pilaantumista rikosoikeuden keinoin, havaitaan nopeasti, ettei rikosoikeus voi ohittaa sitä, mitä aineellinen ympäristönsuojelu määrittää, eikä rikosoikeus voi olla ensisijainen keino ratkoa maailman ongelmia – sen tulee ottaa tarkasti punnittu roolinsa kokonaisuuden osana.¹⁰¹

Oikeusjärjestykseen on rakentunut valtava määrä ympäristöä suojelevaa normistoa, mutta niin on myös sellaista normistoa ja sellaisia menettelyitä, jotka oikeuttavat pilaamista ja haitallisia ympäristövaikutuksia. Törmäämme siihen, että rikosoikeus joutuu vaikeuksiin, kun se erkaantuu perinteisistä tehtävistään. Braithwaite voisi muistuttaa siitä, että markkinoiden toimintaa on säänneltävä ja vasta sen jälkeen voidaan harkita tukeutumista rikosoikeuden keinoihin.

Oikeusfilosofisemmin voi myös kysyä, mitä arvoa on esimerkiksi itsemääräämisoikeudella, jos ihmisen elämä käy vaivalloiseksi ja vaaralliseksi ympäristön muutosten vuoksi. Oikeusteoreetikoiden olisikin muotoiltava näitä uusia suojan vaatimuksia myös oikeuksien kielelle. Esimerkiksi puhe tulevien sukupolvien oikeuksista olisi otettava tosissaan. Tätä kautta olisi mahdollista avartaa sitäkin, mitä oikeastaan kantilaisittain ulkoisella vapaudella voidaan tarkoittaa. Näin edellä käsitelty kantilainen republikanismi vapautuisi ihmiskeskeisyyden liiallisista rajoituksistaan.

8. Lopuksi

Rikosoikeus ei ole kuihtumassa pois, sillä sitä tarvitaan joka tapauksessa viimekätisenä vapauden rajojen osoittajana. Rikosoikeuden tutkimuksessa on tarpeen pitää mielessä yhtä hyvin kysymys valtiollisen oikeuden yleisestä oikeutuksesta

100. Elina Pirjatanniemi, Vihertyvä rikosoikeus. Ympäristökriminalisointien oikeutus, mahdollisuudet ja rajat. Edita 2005.

101. Kimmo Nuotio, Kan straffrätten användas för miljöskydd? *Retfærd* 14(1) 1991, s. 3–20. Pohdintaa kestävästä kehityksen teemasta prosessioikeudessa ks. Laura Ervo, Sustainability in East-Nordic Procedural Law. *Revista Electronica de Direito Processual* 23(1) 2022, s. 713–732.

kuin rikosoikeuden oman oikeutuksen erityiskysymykset. Jos yhteiskuntasopimusteoreettiset kysymykset tarkastelevat pääosin edellistä kokonaisuutta, rikosoikeuden tutkimuksen on jatkettava tästä eteenpäin ja osoitettava hyväksyttävän rikosoikeuden arvot, tavoitteet ja rajat.

Rikosoikeuden on modernisoiduttava, mutta sille ei voida mitään, että se on perimmiltään valtiollista reaktiota ennalta vääryydeksi määriteltyyn loukkaukseen. Se on välineenäkin erityinen, koska se ei tästä tehtävästään voi vapautua. Esimerkiksi hallinto-oikeudellisen sanktioinnin välineellisyys ja keinovalikoima voivat olla aivan eri tavalla joustavia, joskin eurooppalaisessa command and control -tyyppisessä hallinto-oikeudessa toistetaan monesti sitä, mikä välineellisimmässä merkityksessä voisi tunkeutua rikosoikeuteenkin.

Yhteiskuntasopimusteorioiden kielellä muotoiltuna: syyt siihen, miksi meidän on liityttävä yhteen yhteiskunnaksi ja eletävä valtiossa, valtion oikeuden alla, on ajateltava uudestaan. Valtion tehtävät muuttuvat, ja sen olisi kyettävä suojaamaan arvokkainta, ihmisarvoa ja ihmiselämää, planetaarisiaakaan haasteita unohtamatta.

Rikosoikeuden muutosta on voitu hallita ja reflektoida valtiosääntöistymisen avulla. Rikosoikeuden suoja tehtävien palauttaminen oikeuksien suojan kielelle on edustanut kriittistä ja rikosoikeuden rajoitukseen perustuvaa tarkastelutapaa. Perus- ja ihmisoikeuksien varassa kehitelty intressipohjainen oikeushyväpuhe on tullut konkreettisemmaksi. Silti kyseinen konstitutionalismikehitys ei mahdollista viime kädessä sellaista oikeuspositivistista asennoitumista, jossa kokonaan vältettäisiin oikeudellisen suojan kohteista puhuttaessa viittaus joihinkin ideaalisempiin arvoihin ja yhteiskuntaan.

Rikosoikeuden muutokset heijastuvat rikosoikeuden suojeleutavoitteisiin ja siten oikeushyväoppeihin monin tavoin ja tuovat niihin jännitteitä. Valtion suuntautuminen turvallisuusintressien edistämiseen muuttaa kuvaa valtiosta ja sen oikeudesta, jolle se ei enää olekaan neutraali yksilöiden vapauspiirien suojaaja. Yleisen järjestyksen ja turvallisuuden sekä yhteiskuntarauhan tarkemman sisällön erittely vaatisi erillistutkimuksen. Sekään, miten rikosoikeudessa suhtaudutaan niin sanottuihin moraalikriminalisointeihin, ei edellä esitetyn perusteella ole aivan selvä asia.

Kun rikosoikeus kohtaa kestävä kehityksen haasteet, se on edelleen kytkettynä valtiosääntöisiin reunaehtoihinsa, mutta nuo samat haasteet kohdataan myös valtiosäännön ja sen legitimitetin kannalta. Jos rikosoikeus voi hyötyä teoretisoinnista poliittisen filosofian suunnalla, tämä ei koske sen vähempää valtiosääntöteoreettista tarkastelua. Rikosoikeus on erityisen vahvasti sidoksissa kysymykseen valtiollisen rangaistusvallan käytön oikeutuksesta, joka toimii eräänlaisena hitausvoimana.

Ei olekaan yllätys, että on merkkejä poliittisen filosofian paluusta ja pyrkimyksestä kokonaisvaltaiseen teorianmuodostukseen rikosoikeuden legitimeistä tehtävistä. Muutoksia voidaan tarkastella yhtä hyvin pienten kuin suurtenkin

kertomusten valossa. Olemme jälleen kerran neuvottelemassa tai pikemmin teoretisoimassa uudelleen yhteiskuntasopimustamme. Tavoittemme vapautta, mutta tuon vapauden turvaamiseksi tulee hillitä sellaisia prosesseja, jotka vapauttamme uhkaavat, seuraavat ne sitten toisten ihmisten, markkinoiden tai valtion taholta tai yleisestä yhteiskuntakehityksestä. Jotta rikosoikeus saisi niistä otteen, ne tulee voida palauttaa ihmisten vastuulla oleviin tekemisiin. Tarvitsemme entistä selvemmin kuvaa siitä, miten rikosoikeudellinen vastuu voi toimia jonkinlaisena perälautana yhteiskunnallisen ohjauksen kokonaisuudessa siten kuin sääntelyteoriassa on esitetty. Rikosoikeuden tutkimuksessa on siten myös etsittävä yhteyksiä muihin kuin rikosoikeudellisiin sääntelytapoihin.

Hyvinkin olennaista on, millaisen vapauskäsitteen varaan rakennamme. Republikaanistinen perinne asettaa vapauden suojan tason korkealle ja tunnistaa vapautta uhkaavia kehityskulkuja monipuolisesti. On myös eduksi, että pohditaan vapauden ja kehityksen kysymyksiä kotimaisen yhteiskuntamme olosuhteita avarammin. Globaalit haasteet ja niiden ratkaiseminen sitovat meidän joka tapauksessa yhteen muiden kansojen ja toisten oikeusjärjestysten kanssa. Monien uhkien menestyksellinen torjunta voi tapahtua vain kansainvälisen yhteistyön keinoin, kuten jo viimeksi covid19 osoitti. YK:n piirissä tapahtuvassa kriminaalipoliittisessa yhteistyössä on 1990-luvulta lähtien hallinnut se, että valtiot ovat luoneet mekanismeja kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastaiseen toimintaan. Leimallista on ollut valtiokeskeisyys. YK:n kestävä kehityksen tavoitteiden painotus voi siirtää painopistettä selvemmin ihmisten ja yhteiskuntien suuntaan.¹⁰²

Tässä artikkelissa on avattu keskustelua oikeushyvistä murroksessa ja osoitettu muutostendenssejä ja muutosten reunaehtoja. Loppujen lopuksi ei ole tärkeintä, puhutaanko näistä kysymyksistä käyttäen ”oikeushyvä”-termiä. Mutta oikeushyvistä puhuminen ja tähän puheeseen liittyvät erittelyt ovat kantaneet keskustelua siitä, mitä rikosoikeudella suojataan ja mihin se pystyy. Ainakin joiltain osin tätä kautta on voitu piirtää myös rikosoikeuden rajoja esimerkiksi siinä, että moraalikriminalisointeja on torjuttu. Terminologiaa olennaisempaa on, että tätä keskustelua voidaan käydä.

102. Ks. esim. Matti Joutsen, *Four Transitions in the United Nations Crime Programme*. HEUNI 2017. Ks. laajemmin myös Jarrett Blaustein – Kate Fitz-Gibbon – Nathan W. Pino – Rob White (eds), *The Emerald Handbook of Crime, Justice and Sustainable Development*. Emerald Publishing 2021.

The protection of legal interests as the aim of criminal law – on the functions and limitations of criminal law

KIMMO NUOTIO, LL.D., Professor, University of Helsinki

Criminal law is said to have the aim of protecting legal interests, or legal goods, if we use the well-known German expression. These days, such purposes are intimately linked with the principles of criminalisation, which in turn binds the functions and limitations of criminal law to constitutional law as criminalisations also restrict the use of fundamental rights and human rights. This constitutionalisation of criminal law does not, however, do away with the need to discuss even more broadly the working of criminal law in protecting legal interests or legal goods. The current article discusses theoretically, but also resorting to practical examples, the challenges and changes in this regard that are topical today. Criminal law continues to protect individual freedom, to give an example; however, at the same time, the understanding of what this freedom in fact means is in flux. In the article, we raise some issues relating to the aims of sustainable development, and we also refer back to theories of the social contract. The thesis being presented is that we do still need a critical theory and discussion which can account for in a principled manner and also dynamically the different individual and societal needs that may arise, but at the same time take care of the fundamental demands of the justification of criminal law as well as refute the often too vague expectations that criminalisations and criminal law can solve societal problems. The claim is also that criminal law theorising needs once again to be connected to political theory.

De lege ferenda -tutkimusote vero-oikeudessa: pohdintaa teorian, käytännön ja tieteenalojen rajapinnoilla



HAKUSANAT: vero-oikeus, de lege ferenda, veropolitiikka, lainoppi, oikeusteoria

1. Aluksi

Verolainsäädäntöön kohdistuu tunnetusti monenlaisia muutospaineita ja muutostarpeita. Fiskaalisten tavoitteiden lisäksi verolainsäädännöllä voidaan vaikuttaa tulonjakoon, edistää yhteiskuntapoliittisia tavoitteita tai ajaa tiettyjen eturyhmien erityisintressejä. Verotuksella ei tulisi tarpeettomasti haitata kotimaista taloudellista kasvua ja myös kansainvälinen verokilpailuasetelma tulisi huomioida. Verolainsäädäntö on vaikeasti ratkaistavien poliittisten näkemuserojen ja kamppailujen pelikenttää. Myös sääntelytekniset haasteet ovat merkittäviä, kun verolainsäädäntöä on sopeutettava muuttuvaan kansainväliseen sääntely-ympäristöön sekä talouden muutokseen. Vero-oikeuden lohkoista yritysverotuksessa kansainvälisen verotusta koskevan sääntelykoordinaation lisääntyminen on viime vuosina ollut selkein yksittäinen verolainsäädännön nopeaa muutosta selittävä tekijä. Verolainsäädännössä olisi pystyttävä huomioimaan myös ajan myötä muuttuvat käsitykset viranomaistoiminnasta ja julkisen vallan käytön oikeudellisista reunaehdoista.

Verotus, verojärjestelmä ja niissä konkretisoituvat veropoliittiset ratkaisut ja intressiasetelmat ovat laajalti muiden tieteenalojen kuin oikeustieteen tutkimuskohteena. Taloustieteillä, yhteiskuntatieteillä ja ylipäänsä empiirisillä tieteillä on erilaiset metodologiset lähtökohdat ja erilainen suhde oikeusjärjestykseen kuin oikeustieteellä.¹ Voimassa oleva oikeus ja lakisidonnaisuus eivät rajoita näiden muiden tieteenalojen kysymyksenasettelua samalla tavalla kuin oikeustieteessä.

* *Matti Urpilainen*, OTT, dosentti, Turun yliopisto; yliopistonlehtori, Tampereen yliopisto. Kiitän nimettömäksi jääviä arvioijia käsikirjoitusta eteenpäin vieneestä referee-palautteesta. Artikkelin liittyy Verohallinnon rahoittamaan aggressiivista verosuunnittelua käsittelevään tutkimuskonkreettisuuteen, johon kuuluvia tutkimushankkeita toteutetaan vuosina 2023–2025 Tampereen, Turun ja Vaasan yliopistoissa sekä VATT:ssa.

1. Ks. esim. Raimo Siltalan jäsentely lainopin ja muiden tieteenalojen välisestä suhteesta. Raimo Siltala, *Oikeustieteen tietenteoria*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 159 ss.

Ne voivat arvioida verojärjestelmää ja esittää sitä koskevia muutosehdotuksia näkökulmista ja menetelmillä, joita perinteinen oikeustieteellinen tarkastelu ei tavoita. Kysymys voi olla esimerkiksi siitä, millaisia yhteiskunnallisia valtarakenteita verolainsäädäntö uusintaa, millainen verolainsäädäntö olisi taloudellisesti tehokasta tai mitä tulonjakovaikutuksia verolainsäädäntö tuottaa. Erityisesti taloustieteellä ja taloustieteilijöillä on ollut käytännössä vahva asema veropolitiikan tiedontuottajina ja verolainsäädännön vaikutusarvioinneissa.

Myös vero-oikeuden tutkijat osallistuvat verojärjestelmän kehittämiseen ja parantamiseen sääntelyehdotuksilla erilaisissa asiantuntijarooleissa, siis muutenkin kuin jo tällä hetkellä olemassa olevien verolain säännösten tulkitsijoina. Vero-oikeudellisen tutkimuksen perusmetodi on lainoppi (oikeusdogmatiikka), jonka tarkoituksena on voimassa olevan verolainsäädännön systematisointi ja tulkinta.² Tietoa voimassa olevan verolainsäädännön sisällöstä tarvitaan yhteiskunnassa laajalti sekä taloudellisen toiminnan suunnitteluun että verotusta koskevien oikeusriitojen ratkaisemiseen. Keskeisen lähtökohdan verolainopille asettaa lakisidonnaisuus: veroista säätäminen ja päätöksenteko verojärjestelmän sisällöstä kuuluvat eduskunnalle.³ Verolainopin tutkimuskohde rajautuu varsin suoraviivaisesti kullakin hetkellä voimassa olevan verolainsäädännön perusteella. Voimassa olevaa verolainsäädäntöä tulkitaan ja systematisoidaan oikeuden sisäisestä näkökulmasta⁴, vaikka se olisi jostain muusta näkökulmasta hyvää tai huonoa, puutteellista tai tarpeetonta.⁵ Verolainopin tutkimuskohde on selkeä, mutta tulkintajuridiikan näkökulmasta johtuu rajoitteita sille, millaisiin verojärjestelmän kehittämistä koskeviin keskusteluihin verolainopin tutkijan on mahdollista osallistua.

Käytännöllisesti painottuneessa verolainopissa tietenkin tunnustetaan sääntelyalan läpipoliittisuus, mutta siihen pyritään pitämään etäisyyttä. Verolainsäädännön systematisoinnista ja tulkinnasta erkaantuvat kannanotot, ja siten kaikki muut kuin voimassa olevan verolainsäädännön sisältöä koskevat kannanotot, voidaan verolainopin näkökulmasta luokitella tavalla tai toisella veropoliittisiksi. Siitä ei kuitenkaan voi suoraan päätellä, tarkoittaako kannanoton ”poliittisuus”,

2. Ks. esim. Matti Myrsky, Vero-oikeuden opettamisesta ja tutkimisesta. Verotus 4/2015, s. 361–371, 368.

3. Ks. Reijo Knuutinen, Legaliiteettiperiaate vero-oikeudessa. Lakimies 6/2015, s. 811–833.

4. Ks. Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi. Werner Söderström Lakitieto 2000, s. 317. Näkökulman sisäisyys syntyy muun ohella siitä, että oikeustieteilijä osallistuu oikeusjärjestyksen tuottamiseen ja uusintamiseen.

5. Raitasuon kritiikin mukaan kotimaisen vero-oikeuden vallitsevassa paradigmassa lainopilliseen tutkimukseen suhtaudutaan ”teknisenä asiantuntijatyönä”, jolloin lainopillisen tutkimuksen poliittiset implikaatiot jäävät tunnistamatta. Ks. Santtu Raitasu, Oikeustiedettä vai asianajoa? Kriittisiä näkökulmia vero-oikeuden tutkimukseen. Helsingin yliopisto 2022, s. 18–23. Kuten jäljempänä tarkemmin kuvataan, tässä artikkelissa tarkastelun lähtökohtana on, että verolainoppia ei oikeusteoreettisessa katsannossa voida pitää arvoneutraalina tai ideologiavapaana, vaikka käytännön verolainopissa tämä ulottuvuus jääkin tyypillisesti taustalle.

että se olisi ymmärrettävä pääasiassa esittäjänsä subjektiiviseksi mielipiteeksi, vai onko kyseessä kuitenkin tutkimuksellinen kannanotto, joka perustuu joko oman tai jonkin muun tieteenalan tutkimustuloksiin tai metodologian hyödyntämiseen.

Lainopin yhteydessä esitettyjä ja lainoppiin pohjautuvia näkemyksiä lain-säädännön muutostarpeista on vakiintuneesti kutsuttu *de lege ferenda* -kannanotoiksi.⁶ Artikkelissa pohditaan, mitä verolainopin tutkija voi lausua verolainsäädännön kehittämisestä tutkijanroolissaan ja siten oikeustieteen tutkimustulosten pohjalta. Artikkelissa pyritään avaamaan tuoreita näkökulmia verolainopin itseymmärrykseen sekä verolainopin ja taloustieteen väliseen suhteeseen. Tarkastelun näkökulmana on Suomen verojärjestelmä ja sitä koskeva kotimainen verolainoppi. Verolainopissa on useinkin korostettu monitieteisten tutkimusasetelmien ja erityisesti taloustieteen hyödyllisyyttä vero-oikeudelliselle tutkimukselle, mutta tässä artikkelissa pyritään hahmottamaan vastakkaista vaikutussuuntaa: mitä hyödyllisiä kontribuutioita verolainsäädäntöä koskeva lainopillinen tutkimus voi tuottaa verojärjestelmän kehittämisen tueksi.

Artikkelissa pyritään tarkentamaan käsitystä siitä, mitä *de lege ferenda* -tutkimusote vero-oikeudessa tarkoittaa ja mitä eroa verolainoppiin linkittyvillä ja siten perustaltaan oikeustieteellisillä *de lege ferenda* -näkökohdilla on verrattuna muista lähtökohdista tapahtuvaan veropoliittiseen argumentointiin.⁷ Tarkastelussa tuodaan esiin verolainsäädäntöä koskevien *de lege ferenda* -tarkastelujen pidäkkeitä ja erityispiirteitä sekä pohditaan esimerkkien avulla, millaisia verolainsäädännön ominaisuuksia ja sääntelytekniisiä yksityiskohtia verolainopin tutkimustuloksiin pohjautuvat *de lege ferenda* -tarkastelut voivat tyypillisesti koskea.⁸ Artikkelissa ei pyritä esittämään uusia oikeusteoreettisia jäsennyksiä *de lege ferenda* -tutkimusotteesta. Tematiikkaa tarkastellaan kotimaisen verolain-

6. De lege ferenda -tutkimusotteen määrittelyistä ks. yleisesti Minni Leskinen, De lege ferenda -tutkimuksesta metodina ja tieteenä. Lakimies 7–8/2022, s. 1158–1185, Jaakko Markus, De lege ferenda -tutkimus prosessi- ja insolvenssioikeudessa. Lakimies 6/2023, s. 895–917 sekä Siltala 2003, s. 131–132. Kaikissa edellä mainituissa määrittelyjen lähtökohdista on Tuula Linnan väitöskirja Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987. Kansainvälisessä kirjallisuudessa on käytetty pitkälti samaa tarkoittaen myös muita nimityksiä, esimerkiksi ”reform oriented research”. Ks. Terry Hutchinson – Nigel Duncan, Defining and Describing What We Do: Doctrinal Legal Research. Deakin Law Review 17(1) 2012, s. 83–119, 101.

7. Linnan mukaan de lege ferenda -tutkimuksen tavoitteena on, samoin kuin lainopilla, argumentaation rationaalinen hyväksyttävyyys. Linna 1987, s. 50.

8. Oma tarkastelun aiheensa olisi se, millaista vero-oikeudellista de lege ferenda -tutkimusta Suomessa on käytännössä tehty (määrä, aihealueet, teoreettiset lähtökohdat) ja miten siinä esillä olleita lähestymistapoja ja argumentaatiota tulisi jäsentää. Jaakko Markus on toteuttanut tällaisen tarkastelun prosessi- ja insolvenssioikeuden osalta, ks. Markus 2023. Tutkimuskäytäntöjen tarkastelu on kuitenkin rajattu tässä artikkelissa käsitteilyn ulkopuolelle.

opillisen tutkimuksen erityispiirteiden sekä konkreettisten Suomen verolainsäädännön kehittämiseen liittyvien tiedonintressien kannalta.

2. Tarkastelun lähtökohtien tarkennusta

Verolainopin yhteydessä on sinänsä tavanomaista esittää erilaisia verolainsäädännön muutos- ja parannusehdotuksia⁹, mutta tällaisen tutkimusotteen teoreettinen asemointi verolainopin sisällä saatikka verolainopin ja muiden tieteenalojen rajapinnalla on ollut harvinaisempaa. Verolainoppi tuottaa tietoa verolainsäädännön tulkinnasta, verojärjestelmän systematiikasta ja sääntelyteknisistä ominaisuuksista. Voidaan ajatella, että verolainsäädäntöä koskevien *de lege ferenda* -tarkastelujen tutkimuksellinen lisäarvo muodostuu juuri tästä ominaispiirteestä: verojärjestelmän kehittämistä koskevaa oikeustieteellistä *de lege ferenda* -tietoa ei tuoteta muilla tieteenaloilla.¹⁰

Kysymykset siitä, mitä lainoppi on ja mitä *de lege ferenda* -tutkimus on, kuuluvat yleisen oikeusteorian alaan. Ne ovat yleisoikeudellisia eivätkä ole sidoksissa pelkästään Suomen oikeusjärjestykseen tai vain suomalaisen oikeustieteeseen.¹¹ Myös vero-oikeudellista *de lege ferenda* -tutkimusta koskevat tarkastelut liittyvät tähän laajempaan viitekehykseen.¹² Verolainsäädännöllä on huomionarvoisia erityispiirteitä, mutta sitä koskeva lainopillinen tai *de lege ferenda* -tutkimus

9. Myös tällainen tutkimus on nähty tärkeänä. Esim. Tikka on aikanaan kehottanut siirtämään vero-oikeudellisen tutkimuksen painopistettä ”jonkin verran” kriittisen analyysin ja lainsäädännön kehittämisvaihtoehtojen suuntaan. Kari S. Tikka, Oikeustieteen tehtävistä verotutkimuksessa. Lakimies 7–8/1983, s. 1079–1093, 1092.

10. Leskinen 2022, s. 1183 ja Markus 2023, s. 895 toteavat, että kotimaisessa oikeustieteessä *de lege ferenda* -tutkimuksesta on käyty yllättävän vähän keskustelua sen merkittävyyteen nähden. Markuksen mukaan laajempi keskustelu on omiaan kiinnittämään huomiota tutkimuksellisiin mahdollisuuksiin sekä tarjoamaan opastusta ja inspiaraatiota myös väitöskirjatutkijoille ja opinnäytteitä laativille opiskelijoille.

11. Laajasti ymmärrettynä kysymys on siitä, mihin perinteinen oikeusdogmaattinen lainoppi riittää ja miten sen näkökulmia tulisi laajentaa. Ks. esim. Rob van Gestel – Hans-Wolfgang Micklitz, Why Methods Matter in European Legal Scholarship. *European Law Journal* 20(3) 2014, s. 292–316.

12. Vero-oikeudellisen tutkimuksen eristäytyneisyys muusta oikeus- ja yhteiskuntatutkimuksesta on ollut esillä varsinkin yhdysvaltalaisessa keskustelussa. Ks. Michael A. Livingston, Reinventing Tax Scholarship: Lawyers, Economists, and the Role of the Legal Academy. *Cornell Law Review* 83(2) 1998, s. 365–436, 366–367 sekä Erik M. Jensen, Critical Theory and the Loneliness of the Tax Prof. *North Carolina Law Review* 76(5) 1998. Tutkimussuuntaus nimeltä Critical Tax Theory tarkastelee vero-oikeudellisen sääntelyn roolia taloudellisen eriarvoisuuden ylläpitäjänä, ks. yhteenvetona Diane Kemker, Teaching Critical Tax: What, Why, & How. *Pittsburgh Tax Review* 19(2) 2022, s. 143–181.

ei oikeusteoreettisilta lähtökohdiltaan voi juuri poiketa muilla oikeudenaloilla harjoitettavasta tutkimuksesta. Tässä artikkelissa siis katsotaan, että verolainsäädännön tarkastelussa esiin nousevat lopulta samanlaiset oikeusteoreettiset pulmat kuin muutakin lainsäädäntöä tarkasteltaessa: miten meidän tulisi ymmärtää lainopillisen tutkimuksen ja siihen liittyvän *de lege ferenda* argumentoinnin luonne – mikä tekee siitä oikeusjärjestykseen sidottua tieteellistä argumentointia.¹³

De lege ferenda -tutkimuksen yhteydessä nousee esiin myös kysymys tutkimuksen ja argumentoinnin arvosidonnaisuudesta. Verolainsäädäntöä koskevaan tulkintajuridiikkaan liittyy ainakin implisiittisesti oletus sen neutraalisuudesta: tulkinnan lopputulos johdetaan oikeuslähteistä eikä tulkitsijan arvomaailmasta. Käytännöllisesti orientoituneen verolainopin yhteydessä tutkimuksen arvosidonnaisuutta ei ole yleensä tarvetta pohtia. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että verolainoppi on oikeusteoreettisesti tarkasteltuna arvoneutraalia. Tässä artikkelissa lähdetään siitä, että oikeusteoreettisessa katsannossa verolainoppi ja verolainsäädäntöä koskevat *de lege ferenda* -kannanotot ovat arvosidonnaisia samalla tavalla kuin millä tahansa muullakin sääntelyalalla.

Artikkelissa kiinnitetään kuitenkin huomiota verolainopin käytännöllisiin erityispiirteisiin, jotka näyttävät heijastuvan myös verolainsäädäntöä koskevaan *de lege ferenda* -argumentointiin.¹⁴ Perustuslaista (731/1999) johtuvan lailla säätämisen vaatimuksen takia verolainopissa ei tyypillisesti operoida yleisillä oikeudellisilla periaatteilla tai kirjoitusasultaan avoimilla normeilla vaan oikeudellinen tulkinta ja systematisointi kohdistuvat yksityiskohtaiseen ja usein teknisluonteiseenkin verolainsäädäntöön.¹⁵ Tämä on myös omiaan korosta-

13. Näitä syvällisempi kysymys liittyy oikeuden voimassaoloon. Kuten Tuori toteaa, modernin oikeustyyppien normeilta edellytetään muodollisen pätevyyden lisäksi myös sisällöllistä hyväksyttävyyttä, ks. Tuori 2000, s. 297. Tämä voidaan nähdä keskeisenä oikeusteoreettisena haasteena vero-oikeudessa, jossa sääntely on pitkälle erikoistunutta ja oikeudenalasisidonnaista ja jossa verolainsäädännön muodolliset pätevyyskriteerit vaikuttavat huomattavasti selväpiirteisemmiltä kuin legitimiisyyden kriteerit. Asia konkretisoituu erityisesti pohdittaessa verotuksen ja perusoikeussuojan välistä suhdetta. Ks. tarkemmin Matti Urpilainen, Vapaa liikkuvuus ja verosuvereniteetti Euroopan unionin sisämarkkinoilla. Lakimiesliiton Kustannus 2012, s. 203–220.

14. Wikströmin mukaan vero-oikeudellisen tutkimuksen erityispiirteitä ovat legalismi sekä se, että taloutta sääntelevänä alana vero-oikeuteen liittyy muutos- ja jouston tarpeita. Wikströmin mukaan tutkimuksessa on haasteena näiden kahden erityispiirteen yhdistäminen. Kauko Wikström, Vero-oikeudellisen tutkimuksen erityispiirteitä, s. 330–338 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSOY 1997, s. 330.

15. Wilhelmsson on siviilioikeuden näkökulmasta korostanut lainopin roolia systeemin rakentamisessa ja yleisten oppien luomisessa. Wilhelmssonin mukaan oikeussäännösten yhdenlainen systematisointi saattaa vaikuttaa yhden tahon eduksi, toisenlainen systematisointi voi olla muiden tahojen intressissä eikä valintaa näiden välillä voida tehdä irrallaan poliittis-moraalisista valinnoista. Thomas Wilhelmsson, Sosiaalisen siviilioikeuden lähtökohdat, s. 339–358 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSOY 1997, s. 345. Viimekätisestä arvosidonnaisuudesta

maan verolainopin käytännöllistä luonnetta: kysymys on tyypillisesti sellaisten rajattujen tulkintaongelmien tarkastelusta, jotka nousevat esiin ja ovat mielekkäitä vain vero-oikeudellisissa kontekstissa.¹⁶ Vaikuttaa järkevältä olettaa, että verolainopin yhteydessä muodostettavat *de lege ferenda* -näkökohdat koskevat pääasiassa samanlaatuisia seikkoja. Niiden voidaan siis olettaa olevan tyypillisesti käytännöllisiä ja vero-oikeudellisen sääntelyn yksityiskohtiin liittyviä.

3. *De lege ferenda* -tutkimusta vai veropoliittista tutkimusta

Vero-oikeudellisessa tutkimuksessa ei näytä olevan vakiintuneita konventioita siitä, milloin oikeuspolitiikkaan liittyvien kysymysten tarkastelua tulisi kutsua *de lege ferenda* -tutkimukseksi. Useammin puhutaan veropoliittikkaa¹⁷ koske-

on syytä ajatella samoin myös vero-oikeudessa, mutta verolainsäädännön yksityiskohtaisuus tuntuisi jättävän huomattavasti vähemmän tilaa varsinaisten vaihtoehtojen systematisointien rakentelulle kuin siviilioikeudessa. Verolainopissa vaikuttaa edelleen puhuttevalta Aulis Aarnion näkemys, jonka mukaan arvoarvostelmat kuuluvat lainopin paradigmaan, mutta tämä oletus arvojen roolista on sisällöllisesti neutraali. Aarnion mukaan ei ole tarvetta ajatella, että lainopille luonteenomaisia olisivat jotkin tietyt arvot. Ks. Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria*. WSOY 1989, s. 61.

16. Verotuksen oikeuslähteiden yksityiskohtaisuus vaikuttaa siihen, millaisia laajempia yhteiskunnallisia arvovalintoja tulkintavaihtoehtojen valinnan yhteydessä konkretisoituu tai voi konkretisoitua. Tyypillisessä tilanteessa tulkintavaihtoehdon valinnasta riippuu, syntykö verovelvollisuus tai saako verovelvollinen tietyn veroedun. Valintatilanteen arvosidonnaisuutta voi kuitenkin olla vaikea eritellä pidemmälle. Tämä piirre koskee myös prejudikaattiluontoisia tulkintakysymyksiä. Esimerkiksi ratkaisussa KHO 2024:108 oli kysymys siitä, muodostuuko B Oy:n toimitusjohtajalle veronalainen autoetu sillä perusteella, että toimitusjohtajalla oli oikeus käyttää satunnaisesti yhtiön omistuksessa olevaa keräilyautoa. Ratkaisutilanne on harvinainen, eikä ratkaisu erityisesti täsmennä tai muuta oikeustilaa muilta osin. Verolainopin arvosidonnaisuutta on kuitenkin mahdollista lähestyä myös kysymällä, millaisia vaikuttimia sinänsä päteville oikeuslähteisiin perustuvilla tulkinnoilla voi olla ja miten tällaiset vaikuttimet voidaan tunnistaa. Tätä kutsutaan kriittiseksi lainopiksi. Kotimaista vero-oikeudellista tutkimusta on kriittisen lainopin menetelmillä tarkastellut Raitasuo 2022, ks. erityisesti s. 35 ss. Kriittisen lainopin perusesityksiin kuuluu Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*. Harvard University Press 1997.
17. Määttä jakaa veropoliittisen tutkimuksen normatiiviseen ja positiiviseen. Normatiivisessa veropoliittisessa tutkimuksessa tutkitaan sääntelyvaihtoehtoja ja positiivisessa veropoliittisessa tutkimuksessa sääntelyvaihtoehtojen käyttäytymisvaikutuksia. Kalle Määttä, *Veropoliittikka: Teoria ja käytäntö*. Edita 2007, s.7. Veropoliittikan lähikäsitteitä ovat lainsäädäntötutkimus ja yhteiskunnallinen oikeustutkimus. Ks. Petra Lyly, *Kodin verotuet – tavoite, normi ja vaikutus*. Vaasan yliopisto 2021, s. 28–31 sekä Kaijus Ervasti, *Yhteiskunnallinen oikeustutkimus*. Gau-deamus 2022.

vasta tarkastelusta ja veropoliittisista näkökohdista.¹⁸ Koska verolainsäädäntöä koskevat *de lege ferenda* -kannanotot eivät ole voimassa olevan lainsäädännön tulkintaa ja systematisointia, nekin ovat ”veropoliittisia”: niiden tarkoituksena on perustella, millaisia oikeuspoliittisia valintoja verolainsäädännössä olisi syytä tehdä.¹⁹ Verolainoppiin linkittyvä *de lege ferenda* -tutkimus ei kuitenkaan ole sama asia kuin se, mitä vero-oikeudellisessa kirjallisuudessa on vakiintuneesti ymmärretty veropolitiikalla.

Veropolitiikka ilmiönä ja tutkimuskohteena sekä myös monenlaiset veropolitiikkaan liittyvät konkreettiset kysymyksenasettelut ovat olleet kotimaisessa vero-oikeudellisessa tutkimuksessa runsaasti esillä. Vero-oikeuden ja veropolitiikan välisestä suhteesta käydyn keskustelun kiinnokehtina ovat toimineet varsinkin Kari S. Tikkanen vuonna 1990 teoksessaan Veropolitiikka esittämät jaottelut verotuksen yhteiskunnallisista tavoitteista sekä hyvän verojärjestelmän ominaisuuksista.²⁰ Näissä vero-oikeudellisista lähtökohdista kirjoitetuissa veropolitiikan esityksissä jäsennellään, miten erilaiset yhteiskuntapolitiittiset tavoitteenasettelut ovat vaikuttaneet tai miten niiden voidaan odottaa vaikuttavan verolainsäädäntöön.²¹ Vero-oikeudellisessa keskustelussa on ollut myös tavallista tuoda esiin se, miten muilla tutkimusaloilla tehtävä tutkimus lisää ymmärrystä verojärjestelmän toimintaperiaatteista sekä veropoliittisista valinnoista. Kotimaisessa vero-oikeudellisessa metodikeskustelussa onkin usein korostettu muun muassa erilaisten monitieteisten tutkimusasetelmien²² ja taloustieteen hyödyllisyyttä veropolitiit-

18. Myrskyn mukaan veropoliittisessa tutkimuksessa verolainsäädäntöä tarkastellaan muutoksessa olevana ilmiönä ja pyritään analysoimaan voimassa olevan oikeustilan ja parhaan mahdollisen saavutettavissa olevan lainsäädännön eroja ja tällä perusteella voidaan esittää perusteltuja ehdotuksia lainsäädännön kehittämiseksi. Matti Myrsky, Veropolitiikka. Talentum 2013, s. 5. Varsinkin vanhemmat vero-oikeudelliset väitöskirjat sisältävät tarkasteluja *de lege ferenda* -otsikon alla. Esimerkiksi Esa Aallon kysymyksenasettelu tavoittaa hyvin tämänkaltaisen tarkastelun idean ja lähtökohdat. Hän kirjoittaa: ”Riippumatta siitä, millainen koron vähennysoikeutta koskeva järjestelmä meillä on tuloverotuksessa, voidaan kysyä, onko se hyvä vai huono. Kenen eduksi ja kenen vahingoksi nykyjärjestelmä tosiasiallisesti vaikuttaa? Pitäisikö vähennysoikeutta koskevia säännöksiä muuttaa ja jos pitäisi, niin minkälaisen vaihtoehtojen perusteella ja mihin suuntaan?” Esa Aalto, Koron vähennysoikeus henkilöverotuksessa. Lakimiesliiton Kustannus 1988, s. 405.

19. Minni Leskinen on jakanut *de lege ferenda* -tutkimuksen neljään tyyppimuotoon, jotka ovat lainopillinen, teoreettinen, oikeuspoliittinen ja epistemologis-eettinen, ks. tarkemmin Leskinen 2022, s. 1167. Tässä artikkelissa korostetaan *de lege ferenda* -tarkastelujen liittyntää nimenomaan lainoppiin. Se ei ole verotuksen osalta ainoa mahdollinen tapa. Oikeustaloustiedettä hyödyntävät tarkastelut olisivat Leskinen jaottelussa oikeuspoliittista *de lege ferenda* -tutkimusta ja yhteiskunnallisten valtarakenteiden kritiikistä kumpuavat tarkastelut epistemologis-eettisiä.

20. Kari S. Tikka, Veropolitiikka. Lakimiesliiton Kustannus 1990.

21. Ks. yleisesityksenä Heikki Niskakangas, Veropolitiikka. WSOYpro 2011.

22. Ks. Matti Myrsky, Tieteidenvälisyydestä vero-oikeustutkimuksessa. Oikeus 3/2000, s. 326–332.

tisten kysymysten analysoinnissa.²³ Tämä ei tarkoita, että vero-oikeudellisen tutkimuksen tehtäväkenttä käsitettäisiin sinänsä kapeana – se tulee päinvastoin kuvattua hyvin laajasti – mutta verolainoppi jää silloin jossain määrin taustalle.

Tämä on sinänsä luontevaa, koska monimutkaiset veropoliittiset kysymyksenasettelut eivät metodologisesti ole verolainopin mukavuusalueetta. Verolainopin niin sanottu itseymmärrys ei perustele tutkimusalan voimakasta ekspansiivisuutta kohti arvosidonnaisia veropoliittisia kysymyksiä tai ekspansiivisuutta suhteessa muihin tutkimusaloihin. Verolainopin itseymmärrys tuottaa selkeän käsityksen verolainopin tehtävistä ja tutkimuksellisuuden edellytyksistä, mutta näin muodostuva näkökulma verojärjestelmään on väistämättä varsin kapea. Tutkimustulosten odotetaan perustuvan kulloinkin voimassa oleviin oikeuslähteisiin, ei niiden ulkopuolisiin seikkoihin tai arvostelmiin. Tämän voidaan nähdä edellyttävän tarkkaa rajanvetoa tutkimusalaan kuuluvien oikeudellisten argumenttien ja kaikkien muunlaisten, laajasti ymmärrettyinä poliittisten, argumenttien välillä. Tiukka sitoutuminen verolainopin lähtökohtiin ei välttämättä kannusta *de lege ferenda* -tarkasteluihin, joissa argumentoinnin tieteellisyyden kriteerit ovat väistämättä epämääräisemmät kuin verolainopissa.

Tässä yhteydessä huomionarvoinen seikka on myös se, että taloustiede²⁴ on vahvasti – ja nykyisin selvästi verolainoppia vahvemmin – esillä päivänpoliittisessa veropoliittisessa keskustelussa. Esimerkiksi Ylönen, Jaakkola, Saari ja Hiilamo ovat haastatteluaineiston perusteella osoittaneet, miten taloustieteilijöiden rooli verotuksen tiedontuottajina on Suomen aikavälin 1991–2014 yritysverouudistuksissa huomattavasti kasvanut oikeustieteilijöiden kustannuksella.²⁵ Verolainopin tutkijat joutuvat siis käytännössä kilpailemaan veropoliittisesta asian tuntijuudesta taloustieteilijöiden kanssa.²⁶ Useimmilla muilla oikeudenaaloilla ei liene tunnistettavissa näin selväpiirteistä kilpailuasetelmaa oikeustieteen ja taloustieteen välillä. Silläkin on merkitystä tarkasteltaessa, miten ja millä tavoin verolainopin tutkijat voivat tai haluavat osallistua veropoliittiseen keskusteluun.

Se, että vero-oikeuden sisäisessä metodikeskustelussa on usein korostettu taloustieteellisen tiedon merkitystä, viittaa siihen, että verolainopin tutkijat(kin)

23. Ks. kokoavasti Petra Lyly, Veropoliittinen tutkimus esimerkkinä monitieteisestä tutkimuksesta. *Lakimies* 7–8/2022, s. 1373–1382.

24. Erityisesti valtavirtainen taloustiede, jota toisinaan kutsutaan myös uusklassiseksi taloustieteeksi. Ks. määritelmästä ja sen kritiikistä Tony Lawson, What is this 'school' called neoclassical economics? *Cambridge Journal of Economics* 37(5) 2013, s. 947–983. Yleisesityksenä verotuksen näkökulmasta ks. esim. Louis Kaplow, *The Theory of Taxation and Public Economics*. Princeton University Press 2008.

25. Matti Ylönen – Jussi Jaakkola – Leevi Saari – Heikki Hiilamo, Näyttöperusteisuus ja yritysten verotus: ekonomismin nousu suomalaisen yhteisöveropoliitiikan tiedontuotannossa. *Poliittinen talous* 1/2020, s. 27–69.

26. Ks. myös Livingston 1998, s. 39, jonka mukaan metodisesti konservatiivisen verolainopin kiinnostavuus veropoliittisissa kysymyksissä on heikko verrattuna taloustieteeseen ja muihin yhteiskuntatieteisiin.

odottavat veropoliittisiin kysymyksiin tutkimukseen perustuvia kannanottoja erityisesti taloustieteilijöiltä.²⁷ Tämä onkin luonnollista, koska verotusta koskevan taloustieteellisen tutkimuksen tutkimuskohde on olennaisesti sama kuin vero-oikeudessa – kohteena ovat verojärjestelmä, sen toiminta ja vaikutukset.²⁸ Taloustieteen tutkimusmenetelmien voidaan odottaa tuottavan lainopillisen normatiivisen analyysin ulottumattomiin jäävää tutkimustietoa esimerkiksi verolainsäädännön aiheuttamista käyttäytymisvaikutuksista ja tehokkuustappioista.²⁹

Taloustieteellisen tutkimuksen vahvuutena ”veropolitiikan” kentällä on se, että se ei ole samalla tavalla sidoksissa oikeuslähteisiin ja voimassa olevaan oikeuteen kuin verolainoppi. Lähtökohtien neutraalisuus – olipa se todellista tai näennäistä – lukeutuu verolainopissa tunnistettuihin hyveisiin, ja myös valtavirran taloustiedettä on käsitelty verolainopissa lähtökohtaisesti arvoneutraalina: empiriaan, matemaattiseen analyysiin ja markkinamekanismin ymmärtämiseen perustuvat taloustieteelliset tutkimustulokset eivät ole verolainopin kannalta ainakaan avoimesti arvostuksenvaraisia tai poliittisia.³⁰ Veropolitiikassa nimenomaan taloustieteellinen tieto saattaa näyttäytyä monesti objektiivisimpana ja parhaana käytettävissä olevana tieteellisenä tietona.³¹ Ei olekaan yllättävää, että vero-oikeuden tutkijoiden veropoliittisia teemoja koskevissa tarkasteluissa näyttävät korostuvan enemmän taloustiede ja oikeustaloustieteelliset lähestymistavat kuin lainoppiin kytkeytyvä *de lege ferenda* -argumentointi.

27. Taloustiedettä voidaan hyödyntää myös verolain tulkinta-argumenttina osana seuraamusharkintaa, mutta suhtautumista voidaan kotimaisessa verolainopissa luonnehtia varsin varovaiseksi. Määttän mukaan taloustieteen hyödyntäminen verolain tulkinnassa on kaikkea muuta kuin yksinkertaista ja yksiselitteistä. Ks. Kalle Määttä, Verolakien tulkinta. Edita 2014, s. 292.
28. Knuutinen on kuvannut, miten vero-oikeudelliselle sääntelylle tyypilliset oikeudellisen muodon ja taloudellisen sisällön jännitteet syntyvät. Jos verotusta olisi mahdollista kohdentaa suoraan talouden tasolle, verotus voisi olla veropolitiikkaa ja taloutta ilman oikeudellista ulottuvuutta. Verolainsäädäntö synnyttää yhtäältä muodon ja sisällön jännitteet sekä toisaalta talouden, vero-oikeuden ja yksityisoikeuden riippuvuuden suhteen. Ks. Reijo Knuutinen, Muoto ja sisältö vero-oikeudessa – erityistarkastelussa rahoitus- ja sijoitusinstrumentit. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009, s. 53–67.
29. Taloustieteen näkökulmia lainsäädännön analysoinnin kannalta on eritellyt esim. Kalle Määttä, Oikeustaloustieteellinen näkökulma kotimaiseen lainvalmisteluun. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 242 (2009), s. 5–8.
30. Kuten valtavirran verolainopilla myös valtavirran taloustieteen tutkimuskäytännöllä on kriittikkonsa. Ks. esim. Teppo Eskelinen – Paul Jonker-Hoffrén, Taloustiede episteemisenä yhteisönä ja kamppailu asiantuntijuudesta. Poliittinen talous 1/2017, s. 91–120. Heidän mukaansa taloustieteessä kamppaillaan intensiivisesti tieteenalan yleisestä asiantuntija-asemasta sekä metodologisesta perustasta retorisilla strategioilla, korostetaan asiantuntijuuden neutraaliutta sekä viitataan vain vähän muiden yhteiskuntatieteiden tuloksiin.
31. Ylösen ja muiden mukaan taloustieteellisen tiedon merkityksen kasvu veropoliittisessa päätöksenteossa voidaan osaltaan kytkeä näyttöperusteisuuden vaatimukseen eli siihen, että päätöksenteko perustuu tutkittuun tietoon. Taloustiede on täyttänyt ”episteemistä aukkoa” veropolitiikan tiedontuotannossa. Ylönen – Jaakkola – Saari – Hiilamo 2020, s. 48–52.

Tässä asetelmassa näyttää aiheelliselta korostaa vero-oikeudessa tehtävän *de lege ferenda* -tutkimuksen oikeustieteellistä luonnetta ja varsinkin sen kytkentää käytännölliseen verolainoppiin. Näin ymmärrettynä *de lege ferenda* -tutkimus koskee laajasti ottaen veropoliittisia kysymyksiä mutta on tarkemmalta luonteeltaan verolainopin tutkimustuloksiin linkittyvää oikeustieteellistä tutkimusta. Tällöin voidaan ylläpitää erottelua yhtäältä varsinaiseen oikeustieteelliseen *de lege ferenda* -tutkimukseen ja toisaalta tilanteisiin, joissa verolainopin tutkija pikemminkin hyödyntää veropoliittisessa argumentoinnissa suoraan tai välillisesti esimerkiksi taloustieteen tutkimustuloksia.³² Erottelu voi tosin olla käytännössä häilyvä, ja lisäksi voidaan huomauttaa, että *de lege ferenda* -tutkimus tulee tällä tavalla kuvattua varsin suppeasti.³³

Tässä tarkoitettun verolainopillisen *de lege ferenda* -tutkimusotteen määrittelyä vaikeuttaa käytännössä se, että verolainopin tutkijat ottavat erilaisissa menettelyissä ja asiayhteyksissä kantaa siihen, millaista verolainsäädäntöä Suomessa tulisi säätää tai olla säätämättä. Tämä voi tapahtua nimenomaisesta pyynnöstä, esimerkiksi lainsäädäntöprosessiin liittyvissä kuulemismenettelyissä, tai omaehtoisesti tutkimuskirjallisuudessa, mediassa tai muussa julkisessa yhteydessä. Verolainopin tutkija voi ottaa kantaa veropoliittisiin kysymyksiin ilman, että tutkija pystyisi itsekään tarkasti määrittelemään omien kannanottojensa metodologista ja tiedollista alkuperää.

Kun verolainopin tutkijoita kuullaan asiantuntijoina esimerkiksi lainsäätämisprosesseissa, se ei tietenkään perustu oletamaan, että kaikki heidän lausumansa näkemykset perustuvat jäännöksettä oikeustieteellisiin tutkimustuloksiin. Kannanotot voidaan käsittää pikemminkin veropoliittisen päätöksenteon kannalta merkitykselliseksi asiantuntijuudeksi, ei niinkään minkään tarkkaan rajatun oikeustieteellisen tutkimusnäkökulman edustamiseksi. Voidaan myös todeta, että koska kotimaisessa vero-oikeudellisessa tutkimuskirjallisuudessa ei ole käyty laajempaa keskustelua siitä, mitä *de lege ferenda* -tutkimus lähemmin ottaen tarkoittaa tai ei tarkoita, asiasta ei ole olemassa vakiintuneita tutkimusalan sisäisiä konventioita. Useimmissa käyttöyhteyksissä argumentoinnin varustaminen *de lege ferenda* -luonnehdinnalla ei voine vaikuttaa sen vakuuttavuuteen tai uskottavuuteen suuntaan tai toiseen varsinkaan oikeustieteellisen yleisön ulkopuolella. Toisaalta jos verolainopin tutkija esittää verolainoppiin ja siten tutkimukseen perustuvia oikeustieteellisiä näkemyksiä verolainsäädännön kehittämisestä, niitä on syytä pitää sellaisina ilman *de lege ferenda* -nimitystäkin.

32. Määritelmä on kapeampi kuin Timosella, joka kytkee taloustieteellisten argumenttien käytön oikeustutkimuksessa nimenomaan *de lege ferenda* -tutkimukseen, ks. Pekka Timonen, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Lakimiesliiton Kustannus 1997, s. 119–130.

33. Esimerkiksi Myrsky toteaa veropolitiikkaa käsittelevässä teoksessaan, että se on luonteeltaan oikeustieteellinen mutta siinä hyödynnetään eri tieteenalojen tutkimustuloksia. Myrsky 2013, s. 7.

Vaikuttaa kuitenkin metodologisesti tärkeältä nojautua lähtökohtaan, jonka mukaan veropoliittisista kysymyksistä on verolainopin yhteydessä mahdollista tuottaa oikeustieteellistä ja nimenomaan oikeustieteellisiin tutkimusmenetelmiin pohjautuvaa tietoa.³⁴ *De lege ferenda* -kannanottoja ei ole tarvetta tulkita vahvasti normatiivisiksi, vaan kysymys on ensisijaisesti sääntelytekniisten keinojen osoittamisesta.³⁵ Verolainopin harjoittajan esittämän *de lege ferenda* -kannanoton sävy voidaan käsittää suosittelevaksi: jos verojärjestelmää halutaan parantaa, näin sen voisi tehdä. *De lege ferenda* -kehittämisehdotus tunnistaa sääntelytekniisen puutteen ja tavan korjata se, joten se ei kaipaa välitöntä tukea esimerkiksi taloustieteellisistä näkökohdista tai seuraamusharkinnasta. Toisaalta *de lege ferenda* -kehittämisehdotukset rajoittuvat pääasiassa tähän sääntelytekniiseen aspektiin, koska ne eivät perustu empiirisiin vaikutusarvioihin. Edellä esitettyä konkretisoidaan seuraavassa vero-oikeudellisen sääntelyn erityispiirteiden kannalta sekä esimerkkien avulla.

4. Esimerkkejä tyypillisistä *de lege ferenda* -konteksteista vero-oikeudessa

Normijärjestelmänä verojärjestelmä on nimenomaan järjestelmä, lähes luke mattomien toisiinsa linkittyvien ja toisistaan riippuvien yksityiskohtien muodostama kokonaisuus. Ylätasolla verojärjestelmän selkein yksittäinen tavoite on tietenkin fiskaalinen: sen tehtävänä on kerätä oikeudellisen pakkovallan nojalla taloudellisia resursseja veronsaajina oleville julkisyhteisöille. Verojärjestelmässä on yksityiskohdissaan kysymys siitä, mitä ja ketä verotetaan – siis veropohjasta ja verorasituksen jakaantumisesta. Fiskaalista vaikutusta tavoitellaan säätämällä lainsäädännössä kokoelmasta erilaisia veroja, joita maksavat erilaiset verosub-

34. Linna toteaa, että *de lege ferenda* -tutkimuksen tutkimustulokset tulee sitoa oikeussäännöksiin ja että normatiiviset reunaehdot sitovat aina oikeuspoliittista argumentaatiota. Linna 1987, s. 26–27.

35. Ottaessaan kantaa verolainsäädännön puutteisiin ja niitä korjaaviin keinoihin verolainopin tutkija joutuu valitsemaan eri vaihtoehtojen välillä, ja tässä mielessä kannanotot ovat väistämättä arvosidonnaisia. Valintoja voi olla kuitenkin vaikea kytkeä laajempiin eettis-moraalisiin käsitystapoihin. Vrt. Leskisen pohdinta epäoikeudenmukaisuuden kokemuksesta kumpuavasta *de lege ferenda* -tutkimuksesta Leskinen 2022, s. 1179–1183. Leskinen esittää (s. 1162), että oikeustieteen ja erityisesti *de lege ferenda* -tutkimuksen tekeminen edellyttää aina normatiivisia valintoja ja että vastuullinen tiede on vastuuta näistä valinnoista. Verolainopin perinteisen itseymmärryksen näkökulmasta oikeustieteen perimmäistä arvosidonnaisuutta korostavat näkemykset voivat tuntua etäisiltä mutta samalla vapauttavilta: modernissa oikeusteoreettisessa keskustelussa oikeustieteen rajat piirretään paljon väljemmin kuin käytännöllisessä verolainopissa.

jektit erilaisissa kotimaisissa ja kansainvälisissä tilanteissa. Verolainsäädännön taustalla olevia yhteiskuntapoliittisia tavoitteita on tavallisesti vaikeaa yksilöidä niin pitkälle, että siitä olisi hyötyä tiettyä rajattua verolainsäädännön lohkoa koskevien *de lege ferenda* -tarkastelujen lähtökohtana.³⁶

Verojärjestelmää joudutaan usein tarkastelemaan viime kädessä nimenomaan poliittisen harkintaprosessin tuotoksena, jonka voidaan odottaa sisältävän epätäydellisyyksiä ja epäohdonmukaisuuksia suhteessa lähes mihin tahansa verojärjestelmälle asetettuun ylätasoon tavoitteeseen nähden. Sellaisia ovat esimerkiksi verolainsäädännön ymmärrettävyys, yhdenvertaisuus, maksukyky, oikeusvarmuus ja taloudellinen neutraliteetti. Edellä kuvatut verojärjestelmän erityispiirteet vaikuttavat siihen, millaisissa tilanteissa *de lege ferenda* -argumentoinnin voi odottaa tuottavan tutkimuksellista lisäarvoa.

Verolainoppiin pohjautuvan oikeudellisen ymmärryksen verojärjestelmän toimintaperiaatteista ei yleensä voi odottaa tuottavan olennaista lisäarvoa veropolitiikan vaikeimpien kiistakysymysten ratkaisemiseen. Sellaisia liittyy varsinkin verojärjestelmän isoihin rakenteellisiin kysymyksiin, esimerkiksi kokonaisverotuksen tasoon, osinkoverotukseen, ansio- ja pääomatuloverotuksen eroihin sekä perintöverotukseen. Tämänkaltaiset kysymykset ovat huomattavan arvoistuksenvaraisia, ja niitä koskevia veropoliittisia kannanottoja voi olla vaikea liittää verolainopin tutkimustuloksiin.³⁷

De lege ferenda -tarkasteluille on paremmat edellytykset silloin, kun kannanotot edellyttävät taustakseen yksityiskohtaista verolainopillista tarkastelua – siis verolainsäädännön tulkintaa ja systematisointia. Kysymys voi olla siitä, että tutkimuksessa nousee esiin ongelmia, joihin ei ole otettu kantaa lainsäädäntöprosessissa, tai siitä, että sääntely-ympäristössä on tapahtunut muutoksia, joita ei ole huomioitu verolainsäädännön kokonaisuudessa. Tällöin ollaan verolainopille

36. Verotuksen *de lege ferenda* -tarkasteluista voi olla vaikea tunnistaa Linnan määritelmää, jonka mukaan kohteena on yhteiskunnallinen ongelma, joka ratkaistaan oikeudellisella keinolla. Linna 1987, s. 9. Jäljempänä olevat esimerkit ovat oikeita vero-oikeudellisia ongelmia, mutta niiden kuvaaminen yhteiskunnallisiksi ongelmiksi olisi useimmiten liioittelua. Osumammalta vaikuttaa Leskisen kuvaus perinteisen lainopin jatkeena toteutettavasta *de lege ferenda* -tutkimuksesta, jolla Leskisen sanoin ”ei ole välttämättä muuta (ainakaan julkilausuttua) tavoitetta kuin lainopin itsensä tunnustamat koherenssin ja konsistenssin ideaalit, tai tutkijan osaamisen osoittaminen”. Ks. Leskinen 2022, s. 1163. Kysymys on joka tapauksessa ”lainsäätäjän avustamisesta” tälle sääntelylohkolle ominaisten sääntelyongelmien ratkaisemisessa, ks. Siltala 2003, s. 131.

37. Verolainopissa voidaan kuitenkin tuottaa yksityiskohtaista tietoa siitä, miten sääntely-ympäristö ja soveltamiskäytännöt ovat muuttuneet. Esimerkkinä voidaan mainita se, että osakeyhtiöiden sivuuttaminen veronkiertonormia soveltamalla tulkintakäytännön muutoksen takia on nykyisin poikkeuksellista, ks. Anette Ala-Lahti-Kataja, Osakeyhtiön sivuuttaminen veronkiertosäännöstä soveltamalla – tulkintaympäristön kehitys. Verotus 2020, s. 1–31. Tällä seikalla on vähintäänkin välillinen vaikutus siihen, millaisiin toimijoihin ja taloudelliseen toimintaan noteeraamattomien osakeyhtiöiden osinkoverotus nykyisin ulottuu.

ominaisella tehtäväkentällä: verolain säännösten tulkinta ja systematisointi tuottavat ajantasaisista oikeudellista tietoa säännösten toiminnasta ja toimivuudesta.

Voidaan odottaa, että tällaisesta oikeuden sisäisestä näkökulmasta esiin nousevat havainnot verolainsäädännön toiminnasta ja toimivuudesta ovat yleensä varsin erilaisia kuin esimerkiksi taloustieteellisissä analyysissä. Niiden ero yleiseen veropoliittiseen havainnointiin on siinä, että ne ovat erityisesti verolainsäädännön yksityiskohtiin ja systematiikkaan liittyviä. Tässä mielessä niitä voidaan luonnehtia verolainopin avulla ”esiin tulkituiksi” havainnoiksi, ja ne liittyvät erityisesti verolainsäädännön johdonmukaisuuteen: miltä osin verolainsäädäntö ei vastaa sitä, mitä siltä voidaan odottaa.

Kysymys on tällöin verolainsäädännön konkreettisista lainsäädäntöteknisistä ominaisuuksista sekä verolainsäädännössä tältä kannalta havaituista puutteista.³⁸ Ilmaisulla ”esiin tulkittu” pyritään tässä kuvaamaan eroa yhtäältä verolainsäädännön tekstin arkikieliseen luentaan perustuvan yleistiedon ja toisaalta verolainoppiin perustuvan oikeustieteellisen tiedon välillä. Verolainopin tietopohjaan on nojaututtava myös silloin, kun esitetään sääntelytekniisesti toteuttamiskelpoisia muutosehdotuksia. Tällöin on huomioitava esimerkiksi voimassa olevan verolainsäädännön systematiikka sekä lailla säätämisen vaatimukseen liittyvät täsmällisyysvaatimukset.³⁹

Seuraavassa kuvataan viisi esimerkkitalannetta, joissa ”esiin tulkittuja” *de lege ferenda* -havaintoja voi nousta esiin. Edellä mainituilla esimerkkitalanteilla on jokaisella hieman erilainen liityntä verolainoppiin ja sille ominaisiin argumentointitapoihin. Luetteloa ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi, ja esimerkkitalanteissa on päällekkäisyyttä. Esimerkkitalanteet on kuvattu niin, että *de lege ferenda* -tarkastelussa esiin nousevat puutteet eivät ole lainsäätäjän ainakaan nimenomaisesti

38. Tällaista tietoa tuottavat nykyisin myös kansalaisjärjestöt ja ajatuspajat. Keväällä 2024 Finnwatch julkaisi raportin Veropohjan aukot. Finnwatchin suositukset veropohjan tiivistämiseksi ja verojärjestelmän läpinäkyvyyden parantamiseksi. Raportti on luettavissa osoitteessa https://www.finnwatch.org/images/reports_pdf/Veropohjan_aukot.pdf (vierailtu 2.9.2024). Se sisältää varsin yksityiskohtaisia selostuksia siitä, miten raportissa tunnistetut ongelmakohdat liittyvät verolainsäädäntöön ja miten sitä tulisi muuttaa. Otteeltaan vieläkin sääntelytekniisempi on Lauri Finérin keväällä 2024 Kalevi Sorsa -säätiölle kirjoittama raportti Lisää verotuloja reilusti. Miten erilaiset osinkoveromallit vaikuttaisivat verokertymään ja tulonjakoon Suomessa? Raportti on luettavissa osoitteessa <https://sorsaoundation.fi/wp-content/uploads/lauri-finer-lisaa-verotuloja-reilusti.pdf> (vierailtu 2.9.2024). Siinä missä *de lege ferenda* -tarkasteluissa esitetään verolainsäädännön kehittämisehdotuksia verolainopin suunnasta, kansalaisjärjestöjen ja ajatuspajojen ensisijainen näkökulma on poliittinen ja mielipidevaikuttaminen. Silloin kun mielipidevaikuttamisen taustalla on yksityiskohtaista juridista tietoa verolainsäädännön tulkinnasta ja systematiikasta, rajanveto ”oikeaan” *de lege ferenda* -tutkimukseen saattaa olla mahdollista tehdä vain asiayhteyden perusteella. Edellä mainitun kaltaisia raportteja voidaan epäilemättä hyödyntää *de lege ferenda* -tutkimuksen ongelmanasettelussa.

39. Linna jakaa *de lege ferenda* -tutkimuksen neljään tyyppiin sen perusteella, ovatko keinot, tavoitteet tai molemmat ennalta määriteltäviä, ks. Linna 1987, s. 19–23. Linnan luokittelussa tässä on kysymys lähinnä tavoitteiltaan ja keinoiltaan avoimesta *de lege ferenda* -tutkimuksesta.

tarkoittamia. Tässä siis lähdetään siitä, että vaikka *de lege ferenda* -kannanotot voivat sisältää arvoarvostelmia, niiden tulisi koskea lähinnä sellaisia verolainsäädännön piirteitä, joihin lainsäätäjät ei ole nimenomaisesti ottanut kantaa. Kysymys ei siis ole lainsäädännön perustavaa laatua olevasta kritiikistä.

1. Ilmenee, että verolain säännös on kirjoitettu epäselvästi tai liian epätasaisesti.
2. Soveltamiskäytännössä havaitaan, että verolain säännös ei toimi odotetulla tavalla.
3. Verolainsäädännössä on sääntelyaukko, eli tietystä asiasta ei ole olemassa verolain säännöstä, vaikka sille olisi ilmeinen tarve.
4. Verolain säännökset tuottavat yhteisvaikutuksen, joka vaikuttaa odottamattomalta tai sääntelyn tavoitteiden vastaiselta.
5. Veropohjassa on aukko, jota lainsäätäjät ei näytä tarkoittaneen.

Verolainsäädännön täsmällisyys (tilanne 1) on klassinen teema vero-oikeudessa. Arvioiteja siitä, miten täsmällisesti kirjoitettua verolainsäädäntöä perustuslaista johtuva lailla säätämisen vaatimus edellyttää tai tulisiko veron kiertämiseen jossain konkreettisesti tilanteessa puuttua yleislauseketta soveltamalla vai verolainsäädäntöä tarkentamalla, ei yleensä voi pitää tässä tarkoitettuina *de lege ferenda* -kannanottoina, koska ne perustuvat lainsäädännön, kuten perustuslain 81 §:n ja verotusmenettelystä annetun lain (1558/1995) 28 §:n, tulkintaan.⁴⁰ Sellainen ei ole muukaan kannanotto, jonka mukaan tiettyyn transaktioon tulisi tai ei tulisi soveltaa veron kiertämistä estävää normia.

Lähempänä varsinaisia *de lege ferenda* -kannanottoja ollaan, kun havainto säännöksen epätarkkuudesta tehdään arvioitavan säännöksen konkreettisen soveltamiskäytännön perusteella. Se on tyypillisesti tässä tarkoitettu, verolainopillista asiantuntemusta vaativa ”esiin tulkittu” havainto. Havaintona voi olla esimerkiksi se, että säännös on verovelvollisen kannalta vaikeasti ennakoitava, soveltamiskäytäntö on epäyhtenäinen tai säännöstä on tarpeettoman helppoa kiertää. Muutosehdotuksen luonnehtiminen *de lege ferenda* -kannanotoksi vaikuttaa perustellulta, varsinkin jos säännös on fiskaalisesti merkittävä tai laajasti soveltuva.

Verolainsäädännön soveltamiskäytännön tarkastelu (tilanne 2) kuuluu verolainopin ydintehtäviin. Silloin kun oikeuskäytäntöä tarkastellaan oikeuslähteenä, kysymys on lainopista.⁴¹ Soveltamiskäytännöstä on kuitenkin mahdollista tehdä myös tekniluonteisempia havaintoja, jotka koskevat verolainsäädännön

40. Esim. Kauniston veron kiertämistä käsittelevän väitöskirjan pääasiallisena metodina ovat tulkinta ja systematisointi. Kaunisto toteaa, että tutkimuksessa saavutettuja tuloksia on mahdollista hyödyntää veropoliittisiin tarkoituksiin mutta että se ei ole riittävää, jotta tutkimusta voitaisiin kuvata veropoliittiseksi tutkimukseksi. Siru Kaunisto, Veron kiertämisen tunnistaminen. Oikeuden väärinkäytön kielto VML 28 §:n tulkinnassa. Vaasan yliopisto 2022, s. 7–12.

41. KHO:n ennakkopäätöksillä on korostunut merkitys oikeuslähteenä kotimaisessa verolainopissa, ks. Määttä 2014, s. 232–233.

toimivuutta. Voidaan esimerkiksi havaita, että tiettyä veroetua tai vähennystä vaatineiden verovelvollisten määrä on hyvin vähäinen ja näyttää poikkeavan siitä, mitä lainsäädäntövaiheessa on oletettu. Tällainen havainto voidaan tehdä verolainopin yhteydessä, koska se ei vaadi erityisten empiiristen tutkimusmenetelmien soveltamista. Tarkastelusta voi nousta esiin sääntelytekniisiä syitä, kuten sääntelyn monimutkaisuus ja vaikeaselkoisuus.⁴² Havaintoihin perustuvia verolainsäädännön muutosehdotuksia voidaan pitää tässä tarkoitettuina *de lege ferenda* -näkökohtina.

Havainto verolainsäädännössä olevasta sääntelyaukosta (tilanne 3) osuu tässä tarkoitettujen *de lege ferenda* -tarkastelujen alaan ainakin silloin, kun sääntelytarve nousee olemassa olevasta verolainsäädännöstä. Esimerkiksi sitä, että Suomessa ei veroteta oman asunnon laskennallista käyttöhyötyä – niin sanottua asuntotuloa – ei voitaisi pitää sääntelyaukkona, koska verolainsäädäntö toimii (sääntelytekniisessä mielessä) moitteettomasti ilman tällaisia sääntelyjä.⁴³ Sääntelyaukko voi sen sijaan löytyä tilanteista, joissa Suomen verolainsäädännössä ei ole huomioitu tiettyjä sopimusjärjestelyjä tai taloudellisia ilmiöitä, joiden verokohteluun joudutaan kuitenkin käytännössä ottamaan kantaa. Esimerkiksi se, että Suomen verolainsäädännössä ei ole trusteja koskevia erityissäännöksiä, voi olla potentiaalinen sääntelyaukko.⁴⁴ Sääntelyaukkoja voi liittyä myös esimerkiksi uusiin digitalisoituvan talouden ja vertaistalouden ilmiöihin.⁴⁵

Verolain säännösten koordinoimaton yhteisvaikutus (tilanne 4) tarkoittaa tässä tilannetta, joka on niin ikään ”esiin tulkittu”: sen olemassaolo on lähtökohtaisesti mahdollista havaita vain säännösten yksityiskohtaisen verolainopillisen analyysin yhteydessä. Verolain säännökset voivat yhteisvaikutuksenaan tuottaa verovelvollisen kannalta joko odottamattoman ankaran tai edullisen lopputuloksen. Verolainopillisessa tutkimuksessa on toisinaan korostettu käytännöllisen verosuunnittelun näkökulmaa. Silloin lainopillisen tutkimuksen

42. Esimerkkinä huomattavan vaikeaselkoisesta huojennussäännöksestä voidaan mainita TVL 55 a §:ssä säädetty metsälahjavähennys.

43. Omistusasunnosta saadun asumishyödyn on katsottu sisältyvän laajaan tulokäsitteseen, ja sen verovapaus on luokiteltu VM:n laskelmissa verotueksi, ks. Petra Lylyn kriittinen arvio asuntotulon luokittelusta verotueksi väitöskirjassaan Kodin verotuet – tavoite, normi ja vaikutus. Vaasan yliopisto 2021, s. 235–239. TVL 53 §:n 1 kohdan mukaan veronalaista tuloa ei ole etu, jonka verovelvollinen on saanut omaan tai perheensä tarpeeseen käytetystä asunnosta, joka hänellä on asunto-osakeyhtiön tai muun asunto- tai kiinteistöyhteisön osakkaana tai jäsenenä ollut käytössään käypää vuokraa alemmasta vastikkeesta.

44. Trustin luokittelusta Suomen vero-oikeudessa ks. Tuomas Kiviranta, Yksityishenkilön ulkomaisten sijoitusrakenteiden verokysymyksiä. Keskuskauppakamarin Suuren Veropäivän 28.9.2023 seminaariaineisto, s. 27–47.

45. Ks. kuitenkin Martti Nieminen – Pekka Nykänen, Vertaistalouden tuloverokysymyksiä. Edilex-artikkeli 25.4.2018, s. 33 osoitteessa www.edilex.fi/artikkelit/18703 (vierailtu 22.8.2024). Heidän mukaansa tuloverolainsäädännön peruseriaatteet soveltuvat sinänsä hyvin myös uuden ajan digitaaliseen vertaistalouteen ja haasteet liittyvät erityisesti ilmoittamisenmenettelyihin ja verovalvontaan.

yhtenä tavoitteena on kartoittaa verovelvollisen kannalta edullisimpia toimintatapoja.⁴⁶ Se, että verovelvollisen erilaiset valinnat voivat johtaa erilaisiin veroseuraamuksiin, on tyypillinen verolainsäädännön ominaisuus eikä vielä sellaisenaan merkitse tässä tarkoitettua yhteisvaikutusta. Sellaisesta ei voida puhua myöskään, jos verotuksellinen lopputulos on ollut nimenomaisesti esillä lainvalmistelussa. Säännösten tarkastelu voi kuitenkin paljastaa myös lopputulemia, jotka vaikuttavat jokseenkin odottamattomilta ja joiden osalta on mahdollista arvioida, että asiaa ei ole osattu huomioda lainsäätämisvaiheessa. Esimerkki tällaisesta on havainto, että yhteismetsät voivat hyödyntää koron vähennysoikeutta laajemmin kuin muut metsäsektorin toimijat, koska korkovähennysrajoitukset eivät koske yhteismetsiä.⁴⁷ Näissäkin tilanteissa voi nousta esiin päätelmien arvostuksenvaraisuus: se mikä on yhdelle tarkastelijalle normaali verosuunnittelumahdollisuus, voi olla toiselle lainsäädännön korjaamista vaativa puute.

Veropohjan aukolla (tilanne 5) tarkoitetaan tässä tilannetta, jossa havaitaan, että verolainsäädännössä ei säädetä tietyn vero-objektin verottamisesta, vaikka se vaikuttaa käytännössä mahdolliselta ja vaikka verotuksen ulottaminen kyseiseen vero-objektiin vaikuttaisi olevan sopuoinnussa niiden lähtökohtien kanssa, jolle voimassa oleva verolainsäädäntö perustuu. Rajanveto yleiseen veropoliittiseen argumentointiin voi osoittautua vieläkin vaikeammaksi kuin edellisissä esimerkeissä. Parhaat edellytykset verolainoppiin linkittyvälle *de lege ferenda* -argumentoinnille löytynevät kansainvälisistä tilanteista. Tuloverotuksessa Suomen verotusvallan laajuus – se mitä Suomi voi verottaa tulon lähdevaltiona tai tulonsaajan asuinvaltiona – riippuu Suomen sisäisen verolainsäädännön ja Suomen solmimien verosopimusten tulkinnasta. Verosopimukset rajoittavat Suomen verotusvaltaa siitä, mikä se Suomen sisäisen verolainsäädännön mukaan olisi. Tilannekohtaisesti huomioon on otettava myös EU-oikeudellinen syrjimättömyyden vaatimus.⁴⁸

Kansainvälisessä tuloverotuksessa on mahdollista tehdä tässä tarkoitettuja ”esiin tulkittuja” havaintoja esimerkiksi siitä, millaisiin tuloihin ja tulonsaajiin Suomen verotusvalta ulottuu ja ei ulotu. Tämän aiheen kannalta huomionarvioisia ovat varsinkin ne tilanteet, joissa Suomen verotusvaltaa näyttää olevan mahdollista laajentaa sisäistä verolainsäädäntöä muuttamalla – siis ilman tarvetta verosopimusten uudelleen neuvottelemiselle. Näiden tilanteiden tunnistaminen voi edellyttää varsin monimutkaista laintulkintaa. OECD:n malliverosopimuksesta ja kansainvälisistä verosopimuskäytännöistä voidaan joissain tilanteissa

46. Verosuunnittelunäkökulma on läpileikkaavasti mukana esimerkiksi Timo Rabinän verolainopillisessa väitöskirjassa Vastikkeeton saanto ja luovutusvoiton verotus. Lakimiesliiton Kustannus 2001.

47. Ks. Pekka Nykänen – Matti Urpilainen, Epäsuorat metsäsijoitukset – verokohtelu kotimaisissa tilanteissa. Verotus 1/2023, s. 4–16, 13–14.

48. Yleisesityksenä ks. Marjaana Helminen, Kansainvälinen verotus, luku 3. Sähköinen jatkuvapäivitetty teos osoitteessa verkkokirjahylly.almatalent.fi (vierailtu 1.10.2024).

saada mittapuita sille, miten verotusvalta sisäisessä lainsäädännössä odotusarvoisesti määritellään. Myös tällainen tieto perustuu olennaisesti kansainvälisen vero-oikeuden lähteitä tulkitsevaan ja systematisoivaan verolainoppiin.

OECD:n malliverosopimus ja kansainväliset verosopimuskäytännöt lähtevät vakiintuneesti esimerkiksi siitä, että kiinteän omaisuuden sijaintivaltiolla on verotusoikeus kiinteästä omaisuudesta saatuun tuloon.⁴⁹ Jos verolainopin tutkija perustelee, että Suomen sisäisessä verolainsäädännössä ei tätä täysimääräisesti mahdollisteta, sekä esittää, miten asia voitaisiin sääntelyteknisesti korjata, tämä voidaan määritellä pikemminkin *de lege ferenda* -ehdotukseksi kuin ”veropoliitiikaksi”, koska verolainsäädännössä olevan puutteen tunnistaminen ja lainsäädännön muutosehdotus edellyttävät taustakseen erikoistunutta verolainopillista osaamista.⁵⁰

5. Muiden maiden verolainsäädäntö *de lege ferenda* -kannanottojen lähtökohtana

Vero-oikeuden erityispiirteinä ovat varsinkin aikaisemmin korostuneet sääntelyn kansallisuus ja sen myötä eri lainkäyttöalueiden verojärjestelmien perinpohjainen erilaisuus. Tämä pitää edelleen paikkansa useilla vero-oikeuden lohkoilla, mutta verojärjestelmien perinteisen eriytyneisyyden rinnalla on myös monitasaista harmonisoitumista ja yhdenmukaistumista.⁵¹ Nykyisessä sääntely-ympäristössä ei voida ainakaan automaattisesti olettaa, että muiden maiden verojärjestelmistä ei niiden perustavanlaatuisen erilaisuuden takia ole mahdollista löytää käyttökelpoisia sääntelyratkaisuja, jotka voisivat toimia myös Suomen

49. OECD:n malliverosopimuksen kiinteästä omaisuudesta saatua tuloa koskevien määräysten mukaan kiinteistön sijaintivaltiolla on lähtökohtaisesti rajoittamaton ja ensisijainen verotusoikeus kiinteistön tuottamiin tuloihin. Lähdevaltion verotusoikeutta perustelee läheinen taloudellinen liityntä lähdevaltioon. Ks. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed version 2017, s. 170.

50. Suomen verolainsäädäntöön on hiljattain tehty tällainen muutos, kun 1.3.2023 voimaan tulleella TVL 10 §:n 10 a kohdalla välillisistä kiinteistönluovutuksista saadut luovutusvoitot säädettiin Suomesta saaduksi tuloksi. Lainmuutos laajensi Suomen verotusoikeutta, ks. hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tuloverolain 10 §:n muuttamisesta sekä veropohjan rapautumisen ja voitonsiirron estämiseksi verosopimukseen toteuttavista toimenpiteistä tehdyn monenvälisen yleissopimuksen 9 artiklaan tehdyn varauman peruuttamisesta ja ilmoitusten antamisesta 279/2022 vp, s. 14–17.

51. Ks. esim. Matti Urpilainen, Kansainvälinen vero-oikeus murroksessa: sääntelyalan modernisoinnin askelmerkkejä. Lakimies 7–8/2021, s. 1312–1332.

verojärjestelmässä.⁵² Muiden maiden verolainsäädäntöä koskevan tarkastelun alkupisteenä voi olla muun muassa jokin edellä esimerkeissä 1–5 mainittu Suomen verolainsäädäntöä koskeva havainto.

Tarkastellaan vielä erikseen kuudetta esimerkkitalannetta:

6. Jonkin muun maan verolainsäädännössä on omaksuttu sääntelyratkaisu, joka voisi olla hyödyllinen myös Suomessa.

Ulkomaiden lainsäädäntö voi toimia hyödyllisenä vertailukohtana tarkasteltaessa esimerkiksi verotusta koskevien direkttiivien implementointia. Sikäli kuin direktiivi ei mahdollista kansallisesti päätettäviä valintoja tai poikkeuksia, eri maissa tavoitellaan samaa direktiivin osoittamaa lopputulosta, vaikka keinot – implementoivan verolainsäädännön sisällöt – voivat eri syistä vaihdella. Erot eivät suoraan tarkoita sitä, että direktiivi olisi implementoitu virheellisesti.⁵³ Muiden maiden verolainsäädäntöön tukeutuva havainto, jonka mukaan direktiivi on implementoitu virheellisesti, ei sellaisenaan osu *de lege ferenda* -käsitteen alle, vaan kyse on normaalista EU-vetoisesta lainopillisesta analyysistä. Sen sijaan verolainopin yhteydessä tehty havainto, jonka mukaan EU-direktiivi on implementoitu muualla jossain katsannossa sääntelyteknisesti ”paremmin” kuin Suomessa, on jo selvästi lähempänä *de lege ferenda* -tarkastelua. Tämän artikkelin aiheen kannalta mielenkiintoisemmilta vaikuttavat kuitenkin ne tilanteet, joissa taustalla ei ole mitään harmonisoivaa sääntelyä.

Muiden maiden (harmonisoimattoman) verolainsäädännön tarkastelusta saatavat potentiaaliset hyödyt ovat varsin ilmeisiä. Eri maiden verojärjestelmissä on niiden eroista huolimatta runsaasti yhteisiä rakenteellisia piirteitä, kuten vähennysjärjestelmä, menettelysääntöjä, osinkoverotusta, luovutusvoittoverotusta, lähdeverotusta, kansainvälisiä tilanteita koskevia sääntöjä ja veron kiertämisen torjuntaa. Siksi ulkomaisesta verolainsäädännöstä voi olla mahdollista tunnistaa monenlaisia ”sääntelyinnovaatioita”, jotka eivät ole olleet esillä kotimaisessa veropoliittisessa keskustelussa tai lainvalmistelussa. Kysymys ei ole siitä, että Suomessa tulisi kopioida muiden maiden veropolitiikkaa ja siihen sisältyviä arvovalintoja. Sen sijaan sääntelymalleista ja sääntelytekneisistä kysymyksistä voi

52. Verohallinnon toiminnassa kansainvälinen yhteistyö ja kansainvälisen kehityksen seuraaminen on kuvattu pikemminkin lähtökohtana, ks. esim. Juha Lindgren – Sami Laaksonen, Reaaliaikaisempaan yritysverotukseen – muuttuvat menettelyt verotuksessa, s. 288–309 teoksessa Seppo Penttilä – Pekka Nykänen – Martti Nieminen (toim.), Parempaan yritysverotukseen. Edita 2019.

53. Lainsäädäntömuutoksia on tehty varsinkin EU:n veronkiertodirektiivin (2016/1164) implementoimiseksi. Direktiivin perusteella korkovähennysrajoituksia muutettiin vuoden 2019 alusta voimaan tulleella lainmuutoksella. Ratkaisussa KHO 2021:123 katsottiin sittemmin, että elinkeinotulon verottamisesta annetun lain (360/1968) 18 a §:n 2 momentin koron käsitettä on lain esitöissä (hallituksen esitys eduskunnalle korkovähennysrajoitusta koskevan sääntelyn muuttamisesta 150/2018 vp) kuvattu tavalla, joka on ristiriidassa sitovan direktiivimääräyksen kanssa.

olla mahdollista ottaa oppia. Ulkomaisen verolainsäädännön käyttökelpoisuuden arvioimiseksi voi olla parhaimmillaan tarjolla laajasti tietoa ulkomaisesta lainvalmistelusta, oikeuskäytännöstä ja tulkintakirjallisuudesta.

Ulkomaisen verolainsäädännön hyödyntämisen vaikeudet ovat niin ikään ilmeisiä. Etukäteen on mahdotonta sanoa, millaisten verolainsäädännön yksityiskohtien osalta ulkomailta voisi löytyä tässä tarkoitettuja ”sääntelyinnovaatioita”. Etsintää vaikeuttavat kieleen ja tiedonsaantiin liittyvät ongelmat ja toki myös osaltaan vaikeudet varmistua siitä, että ulkomaisen lainsäädännön aineellinen sisältö on ymmärretty oikein. Potentiaalisesti kiinnostavia maita voi olla myös EU:n ulkopuolella.

Verolainopin tutkijan asemointi riippuu siitä, miten ja missä tarkoituksessa ulkomaisia lähteitä hyödynnetään. Rajanveto verolainopin ja ”veropolitiikan” välillä on tässäkin periaatteessa selkeä. Jos ulkomaisia lähteitä hyödynnetään kotimaisen verolainsäädännön tulkinta-argumentteina, kysymys on verolainopista.⁵⁴ Jos sen sijaan ulkomaisen aineiston perusteella otetaan kantaa siihen, miten Suomen voimassa olevaa verolainsäädäntöä tulisi muuttaa, liikutaan laajasti ymmärrettynä ”veropolitiikan” alueella.

Edellä rajanvetoa verolainoppiin linkittyvän (ja luonteeltaan oikeustieteellisen) *de lege ferenda* -argumentoinnin ja muunlaisen veropoliittisen argumentoinnin välillä on tehty sillä perusteella, onko kyse verolainsäädännön systematiikkaan ja tulkintaan liittyvistä ja tässä mielessä ”esiin tulkituista” näkökohdista. Tässä asetelma on kuitenkin erilainen, koska ei ole mielekästä ajatella, että ulkomaiden verolainsäädännöstä voitaisiin täysin samassa merkityksessä ”tulkita esiin” argumentteja siitä, miten Suomen verolainsäädäntöä pitäisi kehittää. Silti verolainoppiin linkittyvien ja oikeuden sisäisestä näkökulmasta lähtevien tarkastelujen voidaan tässäkin asetelmassa odottaa tuottavan tietoa, joka jää muiden lähestymistapojen ja tieteenalojen ulottumattomiin. Sellaista ovat ulkomaisen verolainsäädännön sääntelytekniisten ominaisuuksien tarkastelu sekä arvioinnit siitä, miten ulkomaisen mallin mukainen sääntely olisi mahdollista istuttaa Suomen verolainsäädännön oikeudelliseen systematiikkaan ja vero-oikeudelliseen sääntelyperinteeseen.

Kun verolainopin harjoittaja etsii herätteitä ulkomaiden verolainsäädännöstä Suomen verojärjestelmää koskevien kehittämisehdotusten tueksi, tarkastelujen tiedonintressi on erilainen kuin varsinaisessa oikeusvertailussa. Tähtäimessä ei ensisijaisesti ole vertailumaiden verojärjestelmien erojen jäsentely ja niitä koske-

54. Ratkaisussa KHO 2023:29 on viitattu Saksan perustuslakituomioistuimen päätökseen Suomen elinkeinoverolain tulkinta-argumenttina. KHO:n perustelujen mukaan ratkaisutilanteessa esillä olevan koron luonnetta ei Suomen verolainsäädäntöä sovellettaessa ole aihetta arvioida Saksan perustuslakituomioistuimen luonnehdinnasta poikkeavalla tavalla. Kysymys oli siitä, onko myöhässä maksetulle arvonlisäverolle peritty korko elinkeinoverolain 16 §:n 5 kohdassa tarkoitettu sanktionluonteinen maksuseuraamus.

van teoreettisen ymmärryksen lisääminen. Sitä voidaan osuvammin luonnehtia parhaiden ulkomaisten sääntelykäytäntöjen paikantamiseksi.⁵⁵

6. Pohdintaa verolainsäädäntöä koskevien *de lege ferenda* -kannanottojen tieteellisyydestä ja arvosidonnaisuudesta

Edellä olevat esimerkit verolainsäädäntöä koskevista *de lege ferenda* -kannanotoista ovat varsin käytännöllisiä: niissä on kysymys lähinnä yksittäisten verolain säännösten tai verotuksen yksittäisten sääntelyratkaisujen muuttamisesta. Niiden käytännöllinen relevanssi verolainsäädännön kehittämisen kannalta vaikuttaa sinänsä kiistattomalta. Esimerkeissä kuvattujen kehittämisehdotusten liityntä tutkimukselliseen lainoppiin sekä (oikeus)tieteellisyyden kriteerit voivat olla sen sijaan vaikeammin hahmotettavissa.

Käytännöllistä oikeudellista asiantuntemusta verolainsäädännöstä tarvitaan yliopistojen ulkopuolella erilaisissa asiantuntijaroleissa eri puolilla yhteiskuntaa: Verohallinnossa, tuomioistuimissa, yrityksissä, verokonsultoinnissa ja niin edelleen. Näissä asiantuntijaroleissa toimivilla voi olla syvälinen käsitys verolainsäädännön kehittämistarpeista ja siihen käytettävissä olevista sääntelykeinoista. Jos kannanotot pohjautuvat lainopilliseen tietämykseen, ovatko nekin *de lege ferenda* -kannanottoja, vaikka niitä ei esitetä lainopillisen tutkimuksen yhteydessä?

Vaikuttaa luontevalta varata *de lege ferenda* -nimitys vain tutkimuksellisen lainopin yhteydessä esitetyille kehittämisehdotuksille. Eri asia on se, että käytännön tilanteissa voi olla mahdotonta sanoa, mitä eroa on ensisijaisesti tutkimustarkoituksessa tuotetulla lainopillisella tiedolla verrattuna muussa tarkoituksessa tuotettuun lainopilliseen tietoon. Molemmissa tarkoituksena on tyypillisesti voimassa olevan verolainsäädännön sisällön selvittäminen tietyssä käytännöllisessä soveltamiskontekstissa ja samanlaisten lähdeaineistojen avulla. Verolainopin tutkijalla ei siis ole pääsyä erilaiseen tai laadukkaampaan *de lege fe-*

55. Verolainopin yhteydessä tehdyt havainnot käytännöllisistä tutkimusintresseistä eivät tyypillisesti noudata myöskään varsinaisen oikeusvertailun metodologiaa. Linnan mukaan kyse ei ole oikeusvertailusta, koska muiden maiden lainsäädäntö toimii vain ideoiden lähteenä, ks. Linna 1987, s. 183. Toisaalta ilmaisun ”oikeusvertailu” käytölle ei liene ehdottomia esteitä. Husan mukaan: ”Jos oikeusvertailun teoriassa pystyttiin aikaisemmin kertomaan, mikä oli metodisesti oikeaa ja mikä metodisesti väärää oikeusvertailua, niin tällaista ei enää ole. Tarjolla on monia metodisia vaihtoehtoja, joista tutkijan on itse perustellen valittava se, joka rationaalisimmin palvelee hänen tutkimusintressiään.” Jaakko Husa, Oikeusvertailun metodit globalisoituvassa maailmassa. Lakimies 7–8/2017, s. 1088–1102, 1101.

renda -tietovarantoon kuin muilla verolainsäädännön asiantuntijoilla vain siksi, että hän on tutkija.

Voidaankin ajatella, että käytännöllisyys on verolainopille tyypillinen piirre, joka heijastuu myös verolainsäädäntöä koskeviin *de lege ferenda* -kannanottoihin. Tutkimuksellisessa verolainopissa kohteena ovat usein sellaiset verolainsäädännön teknisluonteiset yksityiskohdat, joilla ei välttämättä ole laajakantoista merkitystä yhteiskunnassa ja esimerkiksi yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden kannalta. On odotustenmukaista, että myös verolainsäädäntöä koskevat *de lege ferenda* -kannanotot koskevat pääasiassa samankaltaisia verolainsäädännön yksityiskohtia. Näin ajateltuna tutkimukselliseen mutta orientaatioltaan käytännölliseen verolainoppiin linkittyville *de lege ferenda* -tarkasteluille ei ole välttämättä tarvetta etsiä syvällisempiä yhteiskunnallisia ulottuvuuksia.⁵⁶

Edellä olevissa esimerkeissä kuvataan *de lege ferenda* -kannanottojen tyypillisiä käyttöyhteyksiä, mutta niissä ei täsmennetä, miten tutkimukseen perustuvat kannanotot voidaan kussakin esimerkkitalanteessa erottaa muista, kuten esittäjänsä subjektiivisiin mielipiteisiin perustuvista, kannanotoista. Rajankäynnissä aiheuttaa ongelmia se, että *de lege ferenda* -kannanottoja ei voida samalla tavalla johtaa verolainsäädännöstä ja verotuksen oikeuslähteistä kuin varsinaisia lainopillisia tulkinta-argumentteja. Voidaan ajatella, että tässä haasteita lisää erityisesti verotuksen vahva lakisidonnaisuus: veroista on säädettävä lailla, eikä verojärjestelmän taustalta ole juurikaan löydettävissä sellaisia yleisesti hyväksytyjä ja riittävän konkreettisia (tausta)periaatteita tai yleisiä oppeja, joihin esimerkeissä tarkoitettut, varsin teknisluonteiset, kannanotot voitaisiin suoraan perustaa.⁵⁷ Kannanottojen viimekätistä arvosidonnaisuutta ei ole mahdollista poissulkea, eikä tutkimustulosten kontrollointiin liene muuta keinoa kuin avoin argumentointi ja sen altistaminen muun tutkijayhteisön arvioinnille.⁵⁸

Liiallinen varovaisuus voi johtaa siihen, että verolainopin tutkija pidättäytyy esittämästä yhteiskunnallisesti hyödyllisiä verolainsäädännön kehittämistä koskevia kannanottoja, vaikka ne täyttävät kohtuulliset tieteellisyyden kriteerit. Tämä voi tarpeettomastikin vähentää verolainopillisen tutkimuksen käytännöl-

56. Leskinen kuvaa *de lege ferenda* -tutkimusta oman tutkimusalansa eli feministisen oikeustieteen ja seksuaalirikosoikeuden kannalta ”mahdollisuutena ajatella radikaalistikin uusia normatiivisia maailmoja tieteellisesti kunnianhimoisella tavalla”. Ks. Leskinen 2022, s. 1184. Markuksen mukaan oikeustieteessä tarvitaan eri vaiheisiin painottuvaa *de lege ferenda* -tutkimusta ja myös lainsäädännön tavoitteenasetteluun ja taustaoletuksiin perustuvaa kyseenalaistavaa tutkimusta. Ks. Markus 2023, s. 916. Vero-oikeudellinen *de lege ferenda* -tutkimus on kuvattu tässä artikkelissa huomattavasti kapeammin kuin Leskisen ja Markuksen tarkasteluissa.

57. Vaikka niitä olisikin, yleisten oppien rakentelu ja vaihtoehtoiset systematisoinnit sisältävät aina arvovalintoja. Ks. Wilhelmsson 1997, s. 345.

58. Tämä ei poista arvosidonnaisuutta, mutta silloin on mahdollista kontrolloida, mitkä arvoarvostelmat ovat järkevästi perusteltuja. Ks. Aarnio 1989, s. 279.

listä vaikuttavuutta veropolitiikassa.⁵⁹ Se ei myöskään takaa, että ne veropoliittiset kannanotot, joita muut tahot esittävät, olisivat vähemmän arvosidonnaisia kuin verolainopin tutkijan pöytälaatikkoon jääneet kannanotot.

Verolainopin tutkijan kannanotot edellä olevien esimerkkien tilanteisiin voivat siis tilanteesta riippuen luokitua joko tavanomaisiksi verolainopillisiksi tulkintasuosituksiksi, verolainopin tutkimustuloksiin perustuviksi *de lege ferenda*-kannanotoiksi tai vahvemmin arvosidonnaisiksi veropoliittisiksi mielipiteiksi. Koska *de lege ferenda*-kannanotot kytkeytyvät joka tapauksessa varsin rajattuihin verolainsäädännön yksityiskohtiin, niiden arvostuksenvaraisuutta ei ehkä kannata liikaa korostaa.⁶⁰ Voidaan ajatella, että esimerkkien tilanteissa useampi verolainopin lähtökohtiin sitoutunut tarkastelija todennäköisesti tekisi verolainsäädännöstä pitkälti samansuuntaisia havaintoja ja kehittämisehdotuksia samansuuntaisilla perusteilla. Se seikka, että ei ole olemassa yksiselitteistä mitapuuta sen toteamiseksi, kenen kanta on erimielisyystilanteessa ”oikea”, ei tee näistä kannanotoista kuitenkaan mielivaltaisesti arvostuksenvaraisia. Toisaalta edes verolainopin tutkijoiden samanmielisyys ei osoittaisi, että kannanottoihin ei sisälly mitään arvostuksenvaraisuutta.

7. Lopuksi

Sen pohtiminen, mitä *de lege ferenda* vero-oikeudellisessa kontekstissa tarkoittaa ja ei tarkoita, avaa jo sellaisenaan mielenkiintoisen näkökulman vero-oikeuden metodologiaan ja verolainopin itseymmärrykseen. *De lege ferenda*-tarkastelut merkitsevät verolainopissa paitsi tutkimusnäkökulman laajennusta myös mielekästä tutkimustehtävää. *De lege ferenda*-tutkimusote tarjoaa verolainopin tutkijalle mahdollisuuden laajentaa omaa tutkimusnäkökulmaa verolainsäädännön tulkinnasta ja systematisoinnista kohti avoimesti arvostuksenvaraisia ”veropoliittisia” kysymyksenasetteluja.

Kun *de lege ferenda*-näkökohdat määritellään verolainoppiin ja siten erityisesti oikeustieteen tutkimustuloksiin perustuviksi verolainsäädännön kehittämistä koskeviksi argumenteiksi, joudutaan pohtimaan, mitä eroa on yhtäältä ”oikeiden” *de lege ferenda*-näkökohtien ja toisaalta muunlaisen veropoliittisen argumentoinnin välillä. Verolainopissa on totuttu tekemään tarkka rajanveto yh-

59. Kysymys tiivistyy pitkälti siihen, pidetäänkö *de lege ferenda*-kannanottoja jo lähtökohtaisesti ikään kuin arveluttavana astumisena varsinaisen tutkijanroolin ulkopuolelle vai nähdäänkö oikeudellisiin epäkohtiin puuttuminen pikemminkin Leskisen tapaan osana tutkijan velvollisuuksia. Ks. Leskinen 2022, s. 1183.

60. Olennainen on myös Linnan huomio siitä, että *de lege ferenda*-argumentaation sidottuus tieteellisiin kriteereihin vaihtelee tutkimustehtävän mukaan. Linna 1987, s. 29.

täältä tulkintaan ja systematisointiin ja toisaalta näin määrittyvän oikeudellisen tutkimusnäkökulman ulkopuolelle jäävään ”veropoliittikkaan”.

Verolainopin yhteydessä ei ole yleensä ollut tapana enemmälti pohtia, mitä omaleimaisia kontribuutioita oikeustiede voi tuottaa verolainsäädännön kehittämiseen. Metodikeskustelussa on ollut tyypillisempää korostaa monitieteisiä näkökulmia veropoliittikkaan sekä varsinkin taloustieteen ja taloustieteellisten argumenttien merkitystä veropoliittisten kysymysten arvioinnissa. Taloustieteilijöiden asiantuntijarooli päivänpoliittisessa veropoliittisessa keskustelussa on myös käytännössä vahva.

Verolainopin tutkijat voivat osallistua veropoliittiseen keskusteluun erilaisissa asiayhteyksissä ja asiantuntijaroleissa, myös yksityishenkilöinä. Edellä on pyritty osoittamaan, että verolainopin tutkijoilla voisi olla nykyistä enemmän annettavaa veropoliittiseen keskusteluun verolainoppiin linkittyvän *de lege ferenda* -tutkimusotteen avulla. Suomalaisessa verolainopissa voidaan ottaa lähökohdaksi se, että oikeustieteellisillä ja siten oikeuden sisäiseen näkökulmaan sitoutuneilla tarkasteluilla on mahdollista tuottaa verojärjestelmän kehittämisen tueksi sellaista uniikkia tietoa, joka jää muiden tutkimusalojen ulottumattomiin. Tämä ei estä hyödyntämästä vero-oikeudellisessa tutkimuksessa muiden tutkimusalojen, erityisesti taloustieteen, tutkimustuloksia tai monitieteisiä tutkimusasetelmia.

De lege ferenda -argumenttien tyypillinen käyttöala on edellä esitettyjen esimerkkien avulla paikannettu erityisesti sellaisiin sääntelypuutteisiin, jotka on ”tulkittava esiin” verolainsäädännöstä verolainopin avulla. Myös parhaiden käytäntöjen tunnistaminen ulkomaisesta verolainsäädännöstä on edellä luettu tähän kategoriaan. Tällaisen tiedon tuottaminen merkitsee aina osallistumista verojärjestelmän kehittämistä koskevaan veropoliittiseen keskusteluun, mutta sitä ei ole välttämättä syytä pitää vahvassa merkityksessä ”veropoliittisena” ja ongelmallisella tavalla arvostuksenvaraisena. Sikäli kuin se on verolainopin tutkimustuloksiin perustuvaa ja avoimesti argumentoivaa, sitä voidaan luonnehtia verojärjestelmää koskevaksi oikeustieteelliseksi tiedoksi, vaikka sen tieteellisyyden kriteerejä ei ole mahdollista asettaa yhtä täsmällisesti kuin käytännöllisesti suuntautuneessa verolainopissa.

Edellä käsitellyt esimerkkitalanteet ovat vain yksi mahdollinen tapa paikantaa *de lege ferenda* -tutkimuksen tyypillisiä sovellutuksia vero-oikeudessa. Muilla tieteenaloilla tai edes oikeustieteen yleisessä metodikeskustelussa ei voida määrittellä, millaista verojärjestelmän kehittämistä koskevaa oikeustieteellistä tietoa verolainopin yhteydessä on käytännössä mahdollista tuottaa. Verojärjestelmän kehittämistä koskevan *de lege ferenda* -tyyppisen tiedon tuottaminen ja sen oikeustieteellisten reunaehtojen tunnistaminen ovat viime kädessä verolainopin tutkijoiden tehtäviä, ja ne voivat tapahtua vain konkreettisen lainopillisen tutkimuksen yhteydessä.

De lege ferenda arguments in tax law research

MATTI URPILAINEN, LL.D., Docent, University of Turku; University Lecturer, Tampere University

The article examines de lege ferenda arguments in the context of the Finnish tax system. By providing de lege ferenda recommendations on how the current tax legislation ought to be amended, the academic tax law researcher participates in the tax policy debate. De lege ferenda arguments are more explicitly value-based than interpretive legal arguments, which are sometimes treated in tax jurisprudence as if they were neutral. The article discusses the difference between research-based de lege ferenda arguments and other types of tax policy arguments, such as those that are derived from economics. The article provides six practical examples of contexts where de lege ferenda arguments typically arise in the Finnish tax system. The examples show that de lege ferenda arguments are typically related to technical aspects of the tax system, instead of its fundamental structure. Research-based de lege ferenda arguments arise from a specific jurisprudential understanding of how the tax system works. This internal view of the tax system is unique to legal research and cannot be substituted, for example, with economic analyses. The article concludes that de lege ferenda arguments could be sought and presented more actively in Finnish academic tax law research.

Raimo Lahti

Lakimies
7–8/2024
s. 1162–1177

Teorian ja käytännön vuorovaikutus rikoslainopissa

1. Kirjoituksen tausta ja tarkoitus

Kirjoituksessa pohditaan yleisesti teoreettisen ja käytännöllisen lainopin suhdetta ja arvioidaan rikoslainoppia ja sen tulkintamenetelmiä alan metodikirjallisuuden pohjalta. Käsittelen kirjoituksessani rikosoikeudellisen oikeuslähdeopin, argumentaation ja tulkintametodien sekä rikostuomion perustelemisen keskinäissuhteita. Kysymyksenasettelun virittäjänä on ollut se, että olen vuosina 2003–2023 järjestämässä Helsingin hovioikeuspiiriin yliopistopainotteisen laatuhankeen täydennyskoulutusta lainkäyttöhenkilöstölle (tuomareille, syyttäjille ja asianajajille) ja myös opettamassa hankkeen kursseilla.¹ Rikostuomion perustelemista koskevan koulutusjakson (2004–2005) tuloksena syntyi teemaa koskeva artikkelikokoelma, johon kirjoitin rikoslainopin perusteista.² Hyödynnän tätä kirjoitusta seuraavassa, kun huomioni kohdistuu vaadittaviin rikostuomion oikeudellisiin eli oikeuskysymyksen perusteluihin, olkoonkin, että käytännössä tosiasia- ja oikeuskysymykset ovat monin tavoin yhteydessä keskenään.³ Ri-

* Raimo Lahti, OTT, VTM, VT, professori emeritus, Helsingin yliopisto.

1. Ks. tarkemmin Raimo Lahti, Ammatillisen oikeustieteen lisensiaatin tutkinto. Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke ja yliopistoyhteistyö – 21 vuoden kehitys (2003–2023), s. 337–346 teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Laura Kallioinen (toim.), Valittuja kysymyksiä rikos-, prosessi- ja vahingonkorvausoikeudesta III. Helsingin hovioikeus 2023. Kaikki kirjoituskoelmat ovat myös sähköisessä muodossa ja avoimesti saatavia, ja niihin löytyvät tarkemmat viitetiedot Helsingin hovioikeuden verkkosivuilta. Toimin hankkeen ohjausryhmän puheenjohtajana ja usein kurssien vastuopettajana. Hankkeessa tuotettiin 20 kirjoituskokoelmaa, joissa tekijöinä olivat kurssien osanottajat. Osanottajista noin 50 suoritti vuoden 2023 loppuun mennessä ammatillisen oikeustieteen lisensiaatin (OTL) tutkinnon pääosin noiden kirjoitusten tuottamien opintosuoritusten myötä. Ammatillisen OTL-tutkinnon suoritusmahdollisuus lopetettiin Helsingin yliopistossa vuonna 2023.
2. Ks. Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.), Rikostuomion perusteleminen. Helsingin hovioikeus 2005; erityisesti sen laaja johdantoartikkeli Mika Huovila, Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa, mt. s. 13–99. OTT Mika Huovila toimi sanotun kurssin toisena vastuopettajana itseni lisäksi. Tämän kirjoituksen ensimmäinen suomenkielinen versio ilmestyi samassa artikkelikokoelmassa (mt. s. 100–112) ja ruotsinkielinen versio juhlakirja-artikkelina (Festskrift Madeleine Leijonhufvud. Norstedts Juridik 2007, s. 153–169).
3. Viimeksi mainittua seikkaa korostaa mm. Juha Lappalainen artikkelissaan Rikoksen rakenne prosessioikeuden näkökulmasta, s. 147–167 teoksessa Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlakirjaisu Antti Jokela 26.1.2005. Turun yliopisto 2004.

kosoikeudellisia oikeuslähteitä, laintulkintaa, argumentaatiota ja rikostuomion perusteluja koskevaa teoreettista keskustelua pyrin käymään siten, että näiden rikosoikeusteorian elementtien vuorovaikutus on mielessä. Oikeusteoreettiset näkemykset oikeuslähdeopista ja oikeudellisen argumentaation metodeista vaikuttavat sekä oikeudellisten perustelujen sisältöön että niiden muotoon.⁴

Rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen osana olleen rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksen (515–540/2003) tultua 1.1.2004 alkaen voimaan on kiinnostavaa pyrkiä arvioimaan, onko sen myötä rikosoikeudellisessa oikeuslähde- ja lainsoveltamisopissa tapahtunut muutoksia. Tällöin on erityisen merkityksellistä tarkastella rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen ja yleisemmin 1990-luvulta alkaen vahvistuneen perus- ja ihmisoikeusajattelun voimistumisen mahdollista vaikutusta siihen, miten rikosoikeutta on oikeuskäytännössä – lähinnä korkeimman oikeuden (KKO) ennakkopäätöksissä – sovellettu. Rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksen perusteluissa on myös otettu kantaa laintulkintaoppeihin.⁵

Aihepiirin tarkastelu on perusteltua siihenkin nähden, että uudemmassa suomalaisessa oikeusteoriassa ja rikosoikeuskirjallisuudessamme on melko runsaasti käsitelty näitä (rikos)oikeustieteen metodikysymyksiä. Otan erittelyni lähtökohdaksi Aulis Aarnion, Mika Huovilan ja Ari Hirvosen kuvaamat oikeuslähde- ja laintulkintaopit, ja vertaan niitä sekä rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksen heijastamaan vastaavaan oppiin että omiin 1960-luvun lopulta alkaen muotoutuneisiin metodinäkemysni.⁶ Aarnion edustamaa oikeuslähde- ja lainsoveltamisoppia pidän tässä yhteydessä perinteisenä, ja se on laajasti hyväksytty ja noudatettu.

Mika Huovilan laaja artikkeli ajateltiin keskeiseksi metodikirjoitukseksi – eräänlaiseksi malliksi – kaikille mainittuun Helsingin hovioikeuspiirin koulutustoimintaan osallistuville. Ari Hirvosen kuvaama oppi vuodelta 2021 on mukana erityisesti sen vuoksi, että Helsingin hovioikeuspiirin laatuhankeessa tuo Hirvosen oppi on kuulunut useimpien osallistujien teoreettiseen lukemistoon osana ammatillisen OTL-tutkinnon suorittamista. Suhteutan Hirvosen näkemystä myös Raimo Siltalan metodiopillisiin perusajatuksiin. Pyrin lisäksi osoittamaan rikosoikeustieteessä ja -käytännössä havaittavia ajatussuuntauksia tai suuntaerimielisyyksiä, sekä esittelen lyhyesti oman tulkintaopillisen näkemykseni.

Keskeisenä erityiskysymyksenä kirjoituksen lopussa (luvussa 4) on se, missä määrin Helsingin hovioikeuden laatuhankeeseen kirjoituksissa nojaututtiin pe-

4. Ks. Huovila 2005, luku 1.1.

5. Ks. hallituksen esitys rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 44/2002 vp, s. 34.

6. Näkemyksistäni ja niiden kehityksestä ks. etenkin katsausartikkeliani Raimo Lahti, Rikosoikeustieteen kehityssuuntia 1970-luvulta 2010-luvulle, s. 39–57 teoksessa Raimo Lahti, Oikeustieteen tutkijan matkani 1966–2015 (2022). Helsingin yliopisto, Helda Open Books 2023 osoitteessa <https://doi.org/10.31885/9789515182593>.

rinteiseen rikosoikeudelliseen oikeuslähde- ja lainsoveltamisoppiin, ja vielä tarkentaen se, minkälaisena tuo oppi on noissa laatuhankkeen kirjoituksissa omaksuttu. Arvioin tällöin teorian ja käytännön vuorovaikutusta nimenomaan Helsingin hovioikeuspiirin laatuhankkeesta saamieni kokemusten perusteella.⁷

2. Oikeuslähde- ja laintulkintaoppi suomalaisessa oikeusteoriassa

Suomalainen oikeuslähde- ja laintulkintaoppi on viime vuosikymmeninä yleensä rakentunut oikeusteoreetikko Aulis Aarnion tuotannon varaan.⁸ Mika Huovila on sovittanut siihen nuoremman polven oikeusteoreetikon Raimo Siltalan painotuksia sellaisina kuin ne ovat tämän oikeustieteen tieteenteoriaa käsittelevässä teoksessa.⁹ Huovila esittää seuraavan oikeuslähdeopillisen peukalosäännön¹⁰:

Perustele oikeuskysymyksen ratkaisu oikeuslähteistä ilmenevillä argumenteilla. Käytä oikeuslähteitä perusteluissa niiden muodollisessa etusijajärjestyksessä lähtien kyseiseen tapaukseen soveltuvasta lain säännöksestä. Mikäli asiassa ilmenee jännite ylemmänasteisen oikeuslähteen – esim. perustuslain perusoikeussäännöksen tai EU-oikeuden – kanssa tai kun näistä on saatavissa kiperässä ratkaisutilanteessa tukea jollekin vaihtoehdolle, perustele ratkaisu myös näitä lähteitä käyttäen. Kun kysymys on tuoreesta laista, tulkinnassa on kiinnitettävä erityistä huomiota lain esitöihin. Esitöistä painavimpia ovat lähtökohtaisesti ne, jotka ovat lähimpänä eduskunnan päätöksentekoa. Vanhemman lain tulkinnassa ennakkoratkaisut ovat yleensä merkittävämpiä kuin esityöt.

Vaikka Mika Huovila pitää sanotusta ilmenevää oikeuslähteiden muodollisen velvoittavuuden etusijajärjestyttä peukalosäännön idean mukaisesti vain lähtökohtana, hän katsoo sen soveltuvan rikoslain rangaistussäännösten tulkintaan suhteellisen hyvin.

Oikeudellisessa argumentaatioissa voidaan erottaa tulkinta ja punninta, jolloin yksinkertaistetusti ilmaisten oikeussääntöjä tulkitaan ja periaatteita punni-

7. Vrt. yleisesti vastaavaan kysymyksenasetteluun Antti Tapanila, Tutkijana ja tuomarina. LM 7–8/2022, s. 1261–1284.

8. Käytännössä erityisen merkityksellisiä Aarnion suomenkielisestä tuotannosta ovat olleet hänen oikeussäännösten tulkintaa ja laintulkinnan teoriaa käsittelevät teoksensa. Ks. Aulis Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksytävyydestä. Juridica 1982 ja Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY 1989.

9. Ks. Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003. Ks. myös tiivistetysti Raimo Siltala, Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä. LM 1/2002, s. 95–100.

10. Huovila 2005, luku 2.4.

taan.¹¹ Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vuoksi punnintatilanne ei rangaistussäännöksiä sovellettaessa konkretisoitu kovin usein. Sellaisen harkinnan tyyppitilanne on Mika Huovilan mukaan kahdenlaisen perus- ja ihmisoikeuden – sananvapauden ja yksityisyyden suojan – punninta-asetelma rikoslain (39/1889, RL) 24 luvun 8–10 §:n mukaisissa rikoksissa. Näissä säännöksissä on myös punninnalle sijaa antavia suhteellisen yleisluonteisia ja arvostuksenvaraisia käsitteitä. Silloinkin periaatteiden punninta tulisi Huovilan mukaan kysymykseen lähinnä viimeisenä tulkintametodina niissä kiperissä tapauksissa, joissa säännöksen sanamuotoon perustuvan, systemaattisen ja lain tarkoitukseen liittyvän tulkinnan jälkeen jäisi useampi ratkaisuvaihtoehto.¹²

Jo korkeimman oikeuden varhaisessa ennakkopäätöksessä KKO 2005:136 suoritettiin mallikelpoisesti sananvapauden ja yksityisyyden suojan periaatteiden punnintaa harkittaessa, onko rikoksesta tuomitun henkilön nimen julkaisemalla aikakauslehdessä loukattu yksityiselämää ja aiheutettu korvattavaa vahinkoa. Päätöksen perusteluissa tukeuduttiin keskeisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen asiaa koskeviin ratkaisuihin. Enemmistön lopputulos eri näkökohtien punninnassa oli, ettei henkilön nimen julkaiseminen tapahtunut oikeudettomasti. Kantaan vaikutti se, että A:ta oli rangaistu tavanomaista törkeämmästä rikoksesta. Sen vuoksi hänen katsottiin voineen ennalta varautua siihen, että myös hänen nimensä voi tulla julkisuuteen. Rikosaasia oli lehtiartikkelin julkaisemisen aikaan ollut ajankohtainen, artikkelin yleissävy oli ollut asiallinen eikä A:n nimen ohella ollut julkaistu hänen kuvaansa tai muuta hänen yksityiselämänsä piiriin kuuluvaa tietoa.

Suomalaisessa laintulkinnan ja oikeudellisen argumentaation teoriassa on keskeisesti tukeuduttu kansainvälisen niin sanotun Bielefelder Kreis -ryhmän (Bielefeldin piirin) tuloksiin Interpreting Statutes -oikeusvertailuhankkeessa¹³. Huovila¹⁴ päätyy Neil MacCormickin ja Robert Summersin suosittelemaan tulkinta-argumenttien vuorovaikutusmalliin¹⁵, jonka mukaan säännöksen 1) sanamuotoon liittyvä (kielellis-grammaattinen, kieliopillinen), 2) systemaattinen sekä 3) teleologinen ja arvoihin perustuva tulkintamethodi muodostavat *prima facie* -etusijajärjestyksen. 4) Lainsäätäjän tarkoitusta painottava tulkinta on tässä mallissa täydentävä eli se voi vahvistaa mainittua järjestystä tai osoittaa syyn poiketa siitä. Sanotun luettelon 3-kohdassa mainittuihin arvoihin ovat laajasti ymmärtäen luettavissa myös perus- ja ihmisoikeuksiin palautuvat arvot, jolloin pidetään ensisijaisesti silmällä yksilön oikeuksia.

11. Ks. Huovila 2005, luku 5.

12. Huovila 2005, luku 3.

13. Ks. hankkeesta D. Neil MacCormick – Robert S. Summers (eds), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Dartmouth 1991 ja Aulis Aarnio, *Oikeussäädöksiä tulkitsemassa – Interpreting Statutes. A Comparative Study*, s. 253–274 teoksessa *Korkein oikeus 75 vuotta*. Lakimiesliiton Kustannus 1993.

14. Huovila 2005, alaluku 3.3.6.

15. MacCormick – Summers 1991, s. 530–532.

Kuvattu malli on Huovilan mukaan meillä lähtökohtaisesti voimassa, vaikka perustelutilanteet vaihtelevat suuresti ja voivat yksittäistapauksessa puoltaa mallin osoittamasta järjestyksestä poikkeamista. Tulkinnallisen ekonomian mukaisesti perustelujen tarve kasvaa sitä mukaan kuin etusijajärjestyksen alussa olevilla argumenteilla (ensisijaisesti sanamuotoon, sitten systematiikkaan sekä sen jälkeen teleologiaan ja arvoihin liittyvillä) ei päästä riittävän vakuuttavaan eli hyväksyttävään ja selvään tulkintaratkaisuun.

Bielefeldin piirin suomalaisosanottajan Aulis Aarnion esittämässä hankkeen tulosten yhteenvedossa tuomioperustelujen yhteinen ydin on seuraavanlainen: Statuuttien eli säädösten tulkinnassa lähtökohtana on termien normaali merkitys (ordinary meaning), joskin termin tekninen merkitys ohittaa yleiskielisen merkityksen. Jos sanalla on tunnistettavissa yhtä useampi merkitys, ratkaisevaa on sanan merkitys säädöksen muodostamassa kielellisessä ympäristössä, kontekstissa. Merkitysyhteyteen sopeuttaminen tapahtuu tulkitsemalla ongelmallista ilmaisua lähisäädösten, tietyn luvun, koko lain tai joskus oikeudenalan muodostamassa merkitysyhteydessä. Merkitysyhteyteen sopeuttamisessa tulevat käyttöön lukuisat lisäargumentit, kuten ennakkotapaukset, säädöksen syntyhistoria ja historiallinen tarkoitus sekä säädöksen tarkoitus (*ratio legis*).¹⁶ Aarnion ei selvästi lausu tämän yhteenvedon pätevydestä Suomen (silloiseen) oikeustilaan. Eräs hänen tekemänsä havainto on, että Suomessa tuomion perusteluissa vain poikkeustapauksessa tuotiin avoimesti esille säädöksen tulkintavaihtoehdot. Tosin perustelukulttuuri oli muuttumassa entistä avoimemmin argumentoivaksi.¹⁷ On huomattava, että selostettu Bielefeld-piirin suorittama oikeusvertailu ei rajoittunut rikosoikeudellisten säädösten tulkintaan.

Kun laintulkinnan teorian lähtö- tai vertailukohdaksi otetaan Bielefeld-piirin tutkimustulokset, rakennetaan oikeuslähde- ja laintulkintaoppi laajalle oikeusvertailulle. Tällainen lainopin metodien teorianmuodostus on oikeuden eurooppalaistuessa ja kansainvälistyessä entistä tärkeämpää.

Euroopan unionin tuomioistuimen tuomarina pitkään toiminut Allan Rosas¹⁸ on kiinnostavasti verrannut pohjoismaista ja kansainvälistä (lähinnä EU-tuomioistuimen ja Euroopan neuvoston ihmisoikeustuomioistuimen) juridista metodia laintulkinta- ja lainsoveltamisongelmien ratkaisemisessa ja todennut lähentymistä tapahtuneen niiden kesken. Säädösteksti on lähtökohtana tulkinnassa, mutta mitä epäselvempi teksti on, sitä tärkeämpää on tutkia säädöksen yhteyttä (systemaattinen tulkinta) ja sen tarkoitusta (*ratio legis*, teleologinen tulkinta). Näiden lisäksi säädöksen esitöillä ja niin sanotulla pehmeällä oikeu-

16. Aarnio 1993, s. 260–263.

17. Aarnio 1993, s. 266–267.

18. Allan Rosas, *Tolkings- och tillämpningsproblem*, s. 317–345 teoksessa *Forhandlingerne ved Det 37. nordiske Juristmøde i Reykjavík 18.–20. august 2005*. Bind I. Udgivet af Den islandske Styrelse 2005, erit. s. 337, 344.

della (soft law) on sanottujen tuomioistuinten lainkäytössä merkitystä, joskin esitöiden painoarvo on selvästi vähäisempi kuin pohjoismaisessa – varsinkin ruotsalaisessa – laintulkintaopissa.

Oikeuden eurooppalaistuminen ja kansainvälistyminen merkitsevät, että kansalliset oikeusjärjestykset ja niitä soveltavien tuomioistuinten käytännöt ovat molemminpuolisessa vuorovaikutuksessa kansainvälisten tuomioistuinten soveltamiskäytännön kanssa ja että niiden kesken – kuten juridisten metodien käytössä – tapahtuu lähentymistä. Pohjoismaisten oikeusjärjestelmien samankaltaisuudelle on vahvat kulttuuriset traditionsa. Suomen oikeusjärjestys kantaa vahvaa Ruotsin oikeuden perintöä, joten Ruotsin oikeuskehitys on Suomelle erityisen kiinnostava vertailukohde.

Ari Hirvosen oppaassa oikeustieteen metodologiaan on monipuolisesti käsitelty oikeustieteen yleistä metodologiaa ja muun muassa lainopillisia metodeja.¹⁹ Hänen mukaansa oikeustieteellinen tieto on tulkinnalla, systematisoinnilla ja punninnalla tuotettua pätevää ja perusteltua tietoa normeista. Lainoppi tuottaa tulkinnan menetelmillä oikeusnormin merkitysisällön. Tulkintametodit ovat työkaluja, joita lainopin harjoittaja käyttää siirtyessään tulkintaperusteista eli oikeuslähteistä tulkintakannanottoihin. Tulkintaa määrittäviä periaatteita Ari Hirvonen luettelee samantapaisesti kuin esimerkiksi Mika Huovila. Maija Aalto-Heinilä²⁰ onkin äskettäin todennut, että tulkintasääntöjen luetteloissa on ”tietty yhteinen ydin, joka koostuu tekstuaalisesta, tavoitteellisesta ja systemisestä tulkintametodista” ja se näyttää olevan varsin universaali. Merkittävä mannereurooppalainen oikeusteoreetikko ja rikosoikeusoppinut Karl Engisch katsoi oikeudelliseen hermeneutiikkaan Friedrich Carl von Savignyn ajoista kuuluneen neljä tulkintaoppia: kielellis-grammaattisen, loogis-systemaattisen, historiallisen ja teleologisen.²¹

Muodollisessa oikeuslähteopissa ovat Ari Hirvosen mukaan keskeisiä lait, lainvalmistelutyöt ja tuomioistuinratkaisut, aarniolaisittain²² näistä ensiksi mainitut eli lait ovat vahvasti velvoittavia. Nykyään niihin rinnastuvat EU-oikeuden lainsäädäntö ja EU-tuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset normit sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen normit ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusnormit, kun taas lainvalmistelutyöt ja tuomioistuinratkaisut ovat heikosti velvoittavia. Sisällölliset ja reaaliset oikeuslähteet ovat asalähteitä, joiden oikeuslähteopillinen asema ja merkitys määrytyvät niiden sisällöllisen merkittävyyden perusteella.

19. Ari Hirvonen, *Mitkä metodit?* Helsingin yliopisto 2011, passim.

20. Maija Aalto-Heinilä, *Laintulkinnan objektiivisuus epistemeisten riskien hallinnan näkökulmasta*. LM 7–8/2022, s. 1031–1051, 1046.

21. Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*. 3. Aufl. W. Kohlhammer 1964, s. 76–77.

22. Aarnio 1989, s. 220–221.

Metodikysymyksissä vallitsee erilaisia suuntauksia, ja Ari Hirvonen esittelee niistä tärkeimmät.²³ Tässä yhteydessä pidän erityisen kiinnostavana Raimo Siltalan erottelua analyttis-deskriptiiviseen ja normatiivis-kriittiseen tutkijan-ideologiaan tai -positioon, jolloin edelliselle on tunnusomaista lainopin valitseva doktriini vallitsevan tuomarinideologian mukaisesti ja jälkimmäiselle vaihtoehtoinen, kriittinen ja avoimen poliittinen lainoppi.²⁴

3. Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta ja tulkinnasta

Rikosoikeuden metodikeskustelun sisällön tarkemmaksi selvittämiseksi on syytä ensin eritellä rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksen merkityksellisiä kohtia sekä valikoidusti alan tutkimuskirjallisuutta edellisessä luvussa 2 esiin tuodun lisäksi.

Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen asemaa vahvistettiin jo vuoden 1995 perusoikeusuudistuksessa. Laillisuusperiaatteen sisältöä jonkin verran tarkentava säännös (RL 3:1) sisällytettiin myös rikosoikeudellisen vastuun yleisten edellytysten alkuun. Säännöksessä määritellyn periaatteen katsotaan säännöksen esitöissä sisältävän neljä kieltoa: tuomioistuimille suunnatun määräyksen sitoa rangaistavuus kirjoitettuun lakiin (*praeter legem* -kielto), tuomioistuimille niin ikään suunnatun analogiakiellon, tuomioistuimille ja lainsäätäjälle suunnatun taannehtivan rikoslain kiellon ja lähinnä lainsäätäjälle suunnatun epämääräisen rikoslain kiellon. Sillä, että teon on oltava nimenomaan rangaistavaksi säädetty, halutaan esitöiden mukaan korostaa analogia- ja epämääräisyyskieltoa.²⁵

Lainanalogian kieltoa käsittelevissä rikoslakiesityksen perusteluissa vedetään rajaa kielletyn analogian ja sallitun tulkinnan kesken. Laintulkinnan todetaan olevan merkityssisällön antamista lain sanamuodon rajoissa eli menemättä sanamuodon ulkopuolelle. Lain soveltaminen, joka perustuu käsitteille annettuun normaalikielen mukaiseen merkitykseen taikka joka perustuu käsitteille oikeustieteessä, lain esitöissä tai mieluiten itse laissa vahvistettuun juridis-tekniseen merkityssisältöön, on sallittua tulkintaa. Teon nimenomaista rankaisemista koskevasta edellytyksestä johdetaan vaatimus, ettei tuomioistuin saa syytetyn vahingoksi poiketa lakitekstin yleiskielen mukaisesta tai juridis-teknisestä merkityksestä. Tulkinnan rajatapauksia ratkaistaessa lähtökohtana tulee pitää laillisuusperiaatteen tausta-arvoja: oikeusturvaa ja ennakoitavuutta.²⁶

23. Hirvonen 2011, s. 45–54.

24. Siltala 2003, erit. s. 751 (kaavio 3a).

25. HE 44/2002 vp, s. 32–35.

26. HE 44/2002 vp, s. 34.

Selostetuissa lain esitöissä hiukan oudokсутtaa kysymykseen tulevien tulkintametodien rajaaminen kielellis-grammaattiseen tulkintateoriaan – ikään kuin tulkinnalle ominaisen merkityssisällön antaminen olisi yleisesti rajattavissa vain näihin kieliopillisiin argumentteihin muiden tulkintaoppien näkökohdista eristetyllä tavalla. Myöskään ”nimenomaan”-sanasta ei ole mielestäni johdettavissa tällaista vaatimusta.²⁷ Kieliopillista tulkintaa meillä käsiteltäessä on kyllä yleensä sille syystä annettu varsinkin rikosoikeudessa lähtökohtainen asema, mutta näin rajaavan merkityksen antaminen on poikkeuksellista.

Esimerkiksi oikeusteoreetikko Kaarle Makkonen on tuotannossaan korostanut, että tulkintatilanteissa eli merkityssisällöltään epäselviä kielellisiä ilmaisuja selvitetäessä joudutaan kiinnittämään huomiota lukuisiin näkökohtiin, joita varten oikeustieteessä on kautta aikojen kehitelty erilaisia tulkintaoppeja ja -teorioita, kuten teleologinen ja historiallinen tulkintateoria.²⁸ Aulis Aarnion mukaan kieliopillista tulkintaoppia seuraten tulkittavalle ilmaisulle ei pidä antaa yleisestä kielenkäytöstä poikkeavaa merkitystä, jollei ole riittäviä perusteita menetellä tällä tavalla, ja erityisterminologialla on etusija yleiseen kielenkäyttöön nähden.²⁹

Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen aseman vahvistuminen säädännäisenä ihmis- ja perusoikeusperiaatteena on joka tapauksessa korostamassa kirjoitetun oikeuden – ennen kaikkea eduskuntalain – asemaa rangaistavan käyttäytymisen alan rajaamisessa: lain sanamuodon edellytetään olevan lähtökohtana tulkinnalle ja kykenevän asettamaan sille uloimman rajan. Suomessa tällaisen ajattelun merkittävä rajapyykki oli vuoden 1995 perusoikeusuudistus, koska siitä alkaen perustuslaillisesta laillisuusperiaatteesta on johdettu syytetyn vahingoksi tapahtuvan analogian kielto.³⁰

Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen soveltamiskäytännössä on arvioitu rikossäännöksiltä vaadittavaa täsmällisyyttä ja pidetty sanotussa suhteessa ratkaisevana, onko tuomioistuinkäytännössä täsmennetty rangaistavuuden ala ollut kohtuudella ennustettavissa, jolloin ammattitoimintaa harjoittavan on voitu edellyttää hankkivan asiaankuuluvaa oikeudellista apua toiminnastaan aiheutuvien seurausten arvioimiseksi. Toisaalta esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tapauksessa C.R. v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 22.11.1995, on viitattu hyväksyvästi tapauksen Kokkinakis v. Kreikka, tuomio 25.5.1993,

27. Ks. kritiikistäni myös Raimo Lahti, Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisesityksen arviointia, s. 137–153 teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 148.

28. Ks. Kaarle Makkonen, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus. Lainopillisen Ylioppilastiedekunnan Kustannustoimikunta 1981, s. 121–124 (teoksen alkuperäinen saksankielinen versio ilmestyi 1965). Tulkintatilanteista Makkonen erottaa isomorfian ja sääntelemättömät tilanteet (ks. niistä mainittu teos, III luku, 5 §).

29. Aarnio 1982, s. 103.

30. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 309/1993 vp, s. 50. Analogiakiellosta laajemmin ks. Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanoma 2016, s. 59–62.

perusteluihin, joiden mukaan ”criminal law must not be extensively constructed to an accused’s detriment, for instance by analogy”.³¹

Laillisuusperiaatteen sisältämän lainanalogiakiellon vahvistamisen myötä näkyy siis uskottavan mahdollisuuksiin määrittää säännöksen sanamuodon asettama uloin raja enemmän kuin hyvin epäilevissä 1960-luvun puheenvuoroissa. Esimerkiksi Hannu Tapani Klami katsoi tunnusmerkistön ja tosiseikkojen vastaavuuden riittävyuden ratkeavan teleologisella argumentaatiolla ja saksalainen Winfried Hassemer piti tunnusmerkistöntulkinnan oikeellisuuden mittarina sitä koskevan argumentoinnin täydellisyyttä.³² Kysymys on myös siitä, kuinka paljon harkinnalle sijaa antavia kielellisiä ilmaisuja sovellettavassa rikosoikeudessa käytetään ja mikä on niiden normatiivisuuden (arvostuksenvaraisuuden) aste. Esimerkiksi uudistetussa rikoslaisessa talousrikos- ja varallisuusrikossäännökset sisältävät runsaasti sellaisia harkinnanvaraisia ilmaisuja tunnusmerkistöjen kuvauksissa.

Alkaneen vuosituhannen suomalaisessa rikosoikeuskirjallisuudessa Dan Frände, Jussi Tapani, Pekka Koponen ja Kaarlo Hakamies ovat melko seikka-eräisesti pohtineet oikeudenalan laintulkintaoppia. Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta väitelleen Fränden mukaan laintulkinta – jolloin on epävarmuutta tietyn lainkohdan oikeasta sisällöstä – on perussävyltään restriktiivistä. Fränden mukaan analogiakielto merkitsee kieltoa ylittää normaalikielen sanamuodon raja, joskin normaalikieleen rinnastuu vakiintunut juridis-tekninen kielenkäyttö. Frände myöntää tällöinkin voivan jäädä epätasällisyyttä. Moraalisesti latautuneita rangaistussäännöksiä sovellettaessa tulisikin noudattaa yleistä intentiotulkintaa, jolloin kaikki, minkä sanamuoto kattaa, on katsottava rangaistavaksi tai rangaistava ankaramman vaihtoehdon mukaan. Moraalisesti vähemmän ladatuilla alueilla painottuvat muut argumentit, kuten syytettyä suosiva *in dubio mitius* -periaate.³³ Kriittinen huomio kiinnittyy normaalikielelle annettuun huomattavaan sanarajamerkitykseen³⁴ sekä yleisen intentiotulkinnan ja moraalisesti latautuneen rangaistussäännöksen käsitteiden³⁵ epämääräisyyteen.

31. Mm. lueteltuihin ihmisoikeusratkaisuihin on viitattu KKO:n julkaisemattomassa tuomiossa 5.12.2002 Nro 3264 ja KKO:n vähemmistön kannanotossa ratkaisussa KKO 2004:109. Ks. laajemmin Melander 2016, s. 65–66.

32. Hannu Tapani Klami, *Nulla poena sine lege* – mietteitä rikosoikeudellisesta tyyppipakosta. *Lakimies* 1969, s. 178–188, 186 ja Winfried Hassemer, *Tatbestand und Typus*. Carl Heymanns Verlag 1968, s. 135.

33. Dan Frände, *Yleinen rikosoikeus*. Edita 2012, erit. s. 30, 50–56.

34. Tosin samantapaisesti edellä käsitellyissä HE 44/2002 vp:n perusteluissa, s. 34 sekä Jussi Mattikala. Tahallisuudesta rikosoikeudessa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2005, s. 19, jossa korostetaan nimenomaan yleiskielistä sanarajamerkitystä.

35. Intentiotulkinnan Frände (2012, s. 51, 54) erottaa teleologisesta tulkinnasta, jolla saa vaikuttaa vain tulkintaa supistavasti. Intentiotulkinnan käsitteellä näyttää olevan yhtymäkohtia Nils Jareborgin (*Allmän kriminalrätt*. Iustus Förlag 2001, s. 110–111) käyttämään vastaavaan käsit-

Jussi Tapani on käsitellyt tulkintaoppiaan useissa artikkeleissa, väitöskirjassaan ja äskettäisessä oppikirjassa.³⁶ Oppikirjan mukaan rikosoikeudellisen tulkinnan metodit voidaan jakaa kieliopilliseen, historialliseen, systemaattiseen (kontekstuaaliseen), teleologiseen, lainsäätäjän tahtoa (tarkoitusta) korostavaan ja perus- ja ihmisoikeusmyönteiseen tulkintatapaan. Tapanin ryhmittely ja eri tulkintatavoille annettu käsitesisältö tuovat sen lähelle muun muassa Huovilan edellä esitettyä mallia ja hänen puoltamiaan Bielefelder Kreisin ajatuksia – keskeisinä vaikutteiden antajina on samoja oikeusoppineita, kuten Aarnio. Tapani on tuotannossaan pohtinut erityisen laajasti teleologisen tulkintametodin asemaa ja puoltanut teleologista tulkinta-asennetta siten, että oikeudellisen vastuunarvioinnin (lainkäytön) ja systeeminmuodostuksen (oikeustieteen) tulee kytkeytyä taloudellisiin ja sosiaalisiin käytäntöihin; harkinnan kontekstuaalisuudelle on jätettävä sijaa.³⁷ Toisaalta säännöksen sanamuodon uloin raja asettaa rajan myös teleologiselle tulkinnalle ja teleologisessa tulkinnassa on tunnistettava oikeushyvien suojan ja yksilöllisen toimintavapauden välinen jännite, jolloin edellinen saa yleensä lainsovelluksissa pienemmän painoarvon.³⁸

Pekka Koposen väitöskirjan yhteenvetoartikkelissa katsotaan lainsäätäjän tarkoitukseen nojautuvalla teleologisella tulkinnalla ja eri tulkintavaihtoehtojen tosiasiallisiin vaikutuksiin perustuvien reaalisten argumenttien huomioon ottamisella olevan tärkeä merkitys. Tulkinnassa tulee sovittaa yhteen rangaistussäännöksen tavoitteet huomioon ottava teleologinen tulkinta, asianosaisten perusoikeudet ja oikeusperiaatteet. Tuloksena pitäisi olla tasapainoinen kokonaisuus, jossa eri suuntaan vaikuttavat perusteet arvioidaan rinnakkain. Laillisuusperiaatteen noudattamisessa joudutaan jatkuvasti vetämään rajaa ennakoitavuuden ja rikosvastuun toteuttamisen kesken. Lain soveltajan on näissä tilanteissa esitettävä avoimesti kumpaankin suuntaan vaikuttavat argumentit. Ilmeisen hyväksyvästi Koponen katsoo, että säännöksen yleiskielellisestä sanamuodosta tekotavan kuvauksessa voidaan talousrikoksissa poiketa hänen puoltamansa avoimen argumentoinnin pohjalta laillisuusperiaatteen estämättä.³⁹ Vastaavasti Kaarlo Hakamies tasapainottaa kriminaalipoliittisten tulkinta-argumenttien merkitystä edellyttämällä valitun tulkintatavan vastaavan normin tarkoitusta ja

teeseen ja moraalisesti latautuneisiin rangaistussäännöksiin liittyvillä pohdinnoilla Jareborgin (2001, s. 112) tähdentämiin rangaistusarvonäkökohtiin.

36. Jussi Tapanin tuotannosta ks. esim. väitöskirja *Petos liikesuhteessa*. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, luvut III–IV sekä yhteisesti laadittu oppikirja *Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Tatu Hyttinen*. 3. painos. Alma Talent 2019, alaluku 4.4.3.

37. Tapani 2004, s. 86.

38. Tapani 2004, s. 81.

39. Pekka Koponen, *Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohdassa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, erit. s. 15–16, 28–36.

olevan vastaajalle kohtuudella ennakoitavissa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen korostamalla tavalla.⁴⁰

4. Kohti eriytyvää rikosoikeuden oikeuslähde- ja lainsoveltamisoppia

Edeltäneen luvun 3 tarkastelu on osoittanut käsityseroja rikosoikeudellisessa laintulkintaopissa ja sitä, kuinka vahvistunut laillisuusperiaate on vaikuttanut sen sisältöön. Edellä mainituista suomalaistutkijoista Dan Frände johtaa rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta pitemmälle meneviä rajoituksia rikosoikeuden soveltamiseen kuin Jussi Tapani, Pekka Koponen ja Kaarlo Hakamies johtavat, joskin viimeksi mainitutkin painottavat lain sanamuodon uloimman rajan asettamaa rajoitusta. Näkemyksissä tuntuu olevan jonkin verran eroja siinä, miten paljon rikosoikeudellisten säännösten katsotaan antavan sijaa tulkinnalle – normaalikielisen sanarajan mahdollisesti ylittäen – ja mikä on erityyppisten tulkinta-argumenttien asema ja painoarvo. Kun erään tulkinnan mukaan kaikille uudemmille kotimaisille puheenvuoroille on yhteistä pyrkimys torjua lakipositivismia ja avartaa oikeuslähdekäsitystä⁴¹, rikosoikeuskeskustelussa on laillisuusperiaatteen vuoksi ollut varovaisempi yleislinja.

Oma käsitykseni on, ettei lain normaalikielinen sanaraja ole ehdoton ja että kieliopillinen tulkinta on kiinteässä yhteydessä muihin tulkinta- ja argumentointitapoihin. Olen tuotannossani pitänyt teleologisen ja siihen läheisesti liittyvän systemaattisen tulkinnan merkitystä huomattavana ja laajentanut teleologisen tulkintatavan kriminaalipoliittisesti suuntautuvaksi rikoslainopiksi.⁴²

Ihmis- ja perusoikeusajattelun voimistuttua on punninnan tyyppisessä argumentaatiossa kiinnitettävä huomiota myös etenkin laillisuusperiaatteen tausta-arvoihin, ennakoitavuuteen ja epäillyn oikeusturvaan. Käytännössä ne lienevät usein vastapainona nimenomaan teleologisen tulkinnan taustalla oleville kriminaalipoliittisille (hyöty)näkökohdille, jotka mielestäni tyyppisesti

40. Kaarlo Hakamies, Maksukyvyttömyys ja taloudellinen hyöty rikosoikeudessa. Helsingin yliopisto (Forum Iuris) 2012, Johdanto-osa, erit. s. 33.

41. Ks. Kimmo Nuotio, Oikeuslähteet ja yleiset opit. Lakimies 7–8/2004, s. 1267–1291, 1269.

42. Ks. jo väitöskirjani Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1974, s. 34–37 ja laajemmin Lahti 2023, passim. Kriminaalipoliittisesti suuntautuvasta rikoslainopista ks. myös etenkin Tapio Lappi-Seppälä, Rikosoikeustutkimus, kriminaalipoliittinen orientaatio ja metodi, s. 189–218 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT 1997 ja Tapani 2004, luku III.

– vaikeivät suinkaan välttämättä⁴³ – puoltavat laajaa tai laajentavaa tulkintaa rangaistussäännöksen suojelutarkoituksen ja rikosvastuun tehokkaaksi toteuttamiseksi.⁴⁴ Tällaisessa lainsovelluksen puolesta ja vastaan -punnintatilanteessa tuomion perusteluiden seikkaperäisyydelle ja avoimuudelle on mielestäni asetettava korostuneita vaatimuksia⁴⁵ eikä sanotunlaisten argumenttien etusijajärjestys ole yleisesti määrättävissä. Erisuuntaisten perustelujen vakuuttavuutta on arvosteltava muun muassa säännös- ja toimintaympäristökohtaisesti sekä sen mukaan, miten kauas säännöksen soveltamisen ydinalueelta ja keskeisimmästä suojelutarkoituksesta edetään.

Euroopan unionin oikeudella on rikosoikeuteenkin entistä useammin tulkintavaikutusta, kun direktiivin tai puitepäätöksen täytäntöön panemiseksi annettu kansallista lainsäädäntöä sovelletaan EU-oikeusmyönteisesti. Rajoituksena silloinkin on, ettei lakisidonnaisuuden ja oikeusvarmuuden periaatteet huomioon ottaen rikoslakia saa tulkita laajentavasti syytetyn vahingoksi.⁴⁶

Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksissä ja muussa oikeuskäytännössä on enenevästi omaksuttu seikkaperäisten ja avointen perustelujen käyttö rikostuomion perusteluissa. Mitään yhtenäistä tapaa kirjoittaa oikeuslähde- tai tulkintaoppia taikka niiden perusteita ei ole oikeuskäytännössä kuitenkaan muodostunut, varsinkaan kun juridista metodia koskevia perusteluja ei ylipäänsä tuoda vielä laajassa mitassa rikostuomioissa esille. Monesti rikossäännösten soveltamiseen vaikuttaneet tulkintaopilliset perusteet on konstruoitava, kun perustelut on kirjoitettu niukasti. On oletettavaa, että perustelutapojen vaihtelevuus tulee säilymään ja se on myös rikkaus oikeuskulttuurille. Perustelujen seikkaperäisyys ja avoimuus – myös *pro et contra* -tyyppisten perustelujen lisääminen – ovat joka tapauksessa toivottavia. Tilanne on toki kohentunut siitä, kun Aarnio arvioi

43. Ns. teleologisen varovaisuuden hengessä on usein haettu esim. säännöksen suojelutarkoituksesta aineksia nimenomaan supistavalla tulkinnalla (ks. esim. Frände 2012, s. 53–56). Sellaisen supistavan tulkinnan puolesta puhuvat argumentit lienevät kuitenkin perimmiltään palautettavissa perusoikeuksien rajoitusperiaatteiden, kuten kriminalisointiperiaatteiden, soveltamiseen lainkäytössä eikä vain lain säätämisessä. Ks. tarkemmin etenkin Tapani 2004, s. 190, 195–196, 230.

44. Ks. etenkin Wolfgang Naucke, Aukot rikosoikeuden yleisessä osassa. LM 7/1991, s. 981–994, 992, jonka mukaan aineellisen rikosoikeuden yleinen osa on painottunut rikoksantorjuntaan, kun taas prosessi- ja valtiosääntöoikeuden yleinen osa on painottunut rikoksantorjunnan rajoittamiseen.

45. Jyrki Virolainen – Petri Martikainen, Pro & contra. Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä. Talentum 2003, erit. s. 139–142. Kirjoittajat ovat yleisesti puoltaneet pro & contra -tyyppisen perustelemisen käyttämistä kiperissä tulkintatilanteissa.

46. Ks. yhteisön direktiivin tulkintavaikutuksesta EY-tuomioistuimen käytännössä etenkin yhdistetyt asiat C-74/95 ja C-129/95 Rikosoikeudenkäynti X:ää vastaan, ECLI:EU:C:1996:491, kohta 25. EU-sopimuksen VI osaston tarkoittaman puitepäätöksen tulkintavaikutuksesta vastaavasti ks. C-105/03 Rikosoikeudenkäynti vastaan Maria Pupino, ECLI:EU:C:2005:386, kohdat 43–45 (yleiset oikeusperiaatteet, erityisesti oikeusvarmuuden ja taannehtivuuskiellon periaatteet, rajoittavat tulkintavaikutusta). Ks. laajemmin Melander 2016, s. 91–94.

tilannetta alussa mainitsemaani oikeusvertailuhanketta varten. On myös muistettava ajatustaloudellisuus eli se, että perusteluja kirjoitetaan siihen määrään asti kuin kiperässä tapauksessa niiden vakuuttavuus tai hyväksyttävyyden edellyttä.

Eräänä piirteenä nimenomaan talous- ja varallisuusrikkoksia koskevissa viimeaikaisissa ennakkopäätöksissä on ollut kahtalaisen tulkintatavan esiintyminen siinä merkityksessä, että yhtäältä on restriktiivisen tulkinnan lähtökohta esiin tuoden – tai sitä nimenomaisesti esiin tuomatta – pitäyditty vahvasti kielipolisessa tulkintatavassa. Toisaalta ennakkopäätöksissä on havaittavissa dynaamiseksi luonnehdittavaa tulkintatapaa, jolloin omaksuttua ratkaisua on perusteltu useaa tulkintametodia hyödyntäen ja jolloin perustelut sisältävät puolesta ja vastaan -argumentteja ja niiden punnintaa. Talousrikosoikeutta koskevassa kirjallisuudessa on erotettu staattista tulkintatapaa edustava restriktiivinen asennoituminen ja dynaaminen tulkintatapa, jossa otetaan teleologisen tulkinnan hengessä huomioon tapauksessa esiintyvä toimintaympäristö ja tilannekohtainen oikeudellinen kokonaisjärjestely.⁴⁷

Restriktiivisen tulkinnan lähtökohta on tuotu nimenomaisesti esiin ainakin ennakkopäätöksissä KKO 2004:81 (kohta 6) ja 2004:109 (kohta 16). Näissä perustelujen kohdissa katsotaan rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta johtuvan, että rikostunnusmerkistöjä on tulkittava suppeasti. Myös näiden ennakkopäätösten otsikoissa viitataan hakusanoina laillisuusperiaatteeseen. Tällä perustelulla on eroa esimerkiksi ennakkopäätöksissä KKO 1999:51, 2004:64 (kohta 7) ja 2005:53 (kohta 14) käytettyyn perusteluun, jonka mukaan rikostunnusmerkistöä ei saa tulkita laajentavasti syytetyn vahingoksi; ennakkopäätöksessä KKO 2004:64 torjutaan säännöksen selkeän kielellisen merkityksen laajentaminen.

Suojatarkoituksen perusteella tulkinta on ollut supistava muun muassa ennakkoratkaisuissa KKO 2013:12 (huumausainerikos) ja 2016:42 (kannabiksen käyttäjän rattijuopumus). Suppeaa tulkintaa edustavat uudemmassa käytännössä myös KKO 2017:52 (törkeän henkeen tai terveyteen kohdistuvan rikoksen valmistelu), 2020:30 (vainoaminen) ja 2020:38 (seksuaalinen ahdistelu). Kaikissa kolmessa tapauksessa rikossäännös on tavallista epämääräisempi.

Edellä ensiksi luetelluissa ennakkopäätöksissä oleva lähtökohta merkitsee sen hyväksymistä, että laillisuusperiaatteesta johtuu vaatimus tulkita rikostunnusmerkistöjä suppeasti. Se tarkoittaa käytännössä *in dubio mitius* -periaatteen omaksumista yleisenä, vahvana tulkintaperiaatteena. Tämä on vastoin rikosoikeuskirjallisuudessa vallitsevaa käsitystä ja omaa näkemystäni, eikä sen tueksi liene esitettävissä argumentteja myöskään rikoslainsäädännön esitöis-

47. Kari Tolonen, Talousrikossäännösten tulkinta erityisesti velallisen rikoksissa. Poliisiammatikorkeakoulu 2000, s. 156–157. Tolosen lähemmin erittelemiä ennakkopäätöksiä ovat KKO 1995:163 ja KKO 1998:164.

tä.⁴⁸ Eri asia on, että supistavan tulkinnan tausta-arvoilla (*ultima ratio, in dubio pro libertate*) on merkitystä eri tulkintavaihtoehtojen punninnassa eräänlaisena metaperiaatteena varsinkin muiden tulkinta-argumenttien osoittauduttua samanarvoisiksi.⁴⁹

Mainittua restriktiivisen tulkinnan lähtökohtaa ei ole kuitenkaan yleisesti hyväksytty ennakkopäätöksissä, vaan korkeimman oikeuden ratkaisuihin on myös lukuisia edellä dynaamiseksi luonnehtimani tulkintatavan mukaisia rikostuomioita. Tällainen tulkintaperustelujen kirjoitustapa on mielestäni asetettava etusijalle kiperiä tapauksia ratkaistaessa. Viime vuosien ennakkopäätöksistä ovat sanotussa suhteessa erityisen huomion arvoisia KKO 2002:11 (velallisen rikos), 2004:46 (verorikkomus), 2005:27 (arpajaisrikos), 2007:67 (törkeä rahanpesu) ja 2014:7 (rahankeräysrikos). Lainaan näistä ratkaisun 2005:27 perustelujen kohtaa 21:

”Av denna s.k. legalitetsprincip följer inte att det skulle vara otillåtet att slå fast innebörden av brottsrekvisit genom tolkning. Tvärtom är en tolkning av lagtext ofrånkomlig också vid tillämpningen av straffstadganden, eftersom de uttryck som lagstiftaren använder alltid fordrar tolkning och det ankommer på tillämparen att avgöra om en konkret gärning motsvarar en gärningstyp som beskrivs i lagen (se även RP 44/2002 rd s. 34). I rättspraxis har det ansetts såväl nödvändigt som berättigat att tolka de begrepp som använts i brottsrekvisit, under förutsättning att resultatet överensstämmer med avsikten med det skydd som framgår av brottsrekvisit och som eftersträvas med straffhotet, och att resultatet är rimligen förutsebart för gärningsmannen (se t.ex. HD 2002:11 och HD 2004:46).”

5. Vuorovaikutukselle enemmän painoa

Helsingin hovioikeuspiirin laatuhankkeen yhteydessä tehdyissä kirjoituksissa ja varsinkin niiden pohjalta ammatillista OTL-tutkintoa varten laadituissa loppu-työiden yhteenveto-osuuksissa käytiin yleensä läpi oikeustieteen metodologiaa, erityisesti lainopillisia tulkintaoppeja, ja tuotiin esiin kyseisen lopputyön kirjoituksissa omaksuttu metodiikka. Myös ammatillisen OTL-tutkimuksen arvostelussa on noudatettu soveltuvin osin väitöskirjan arviointiperusteita, joihin

48. Ks. etenkin Jaakko Jonkka, Rikosasiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamisesta. Lakimies 6/1994, s. 727–741, 737. Vrt. rikosprosessioikeudellinen hallituksen esitys eduskunnalle rikosasiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi 82/1995 vp, s. 16.

49. Ks. etenkin Jareborg 2001, s. 115.

kuuluu muun muassa vaatimus ohjattavan osoittamasta metodien hallinnasta ja soveltamiskyvystä.

Niin ikään tutkijan oman panoksen on täytynyt näkyä. Ari Hirvosen metodioppaassa asia ilmaistaan näin: ”On esitettävä uutta materiaalia, sanottava ja kysyttävä jotain uutta aiheesta tai tarkasteltava asiaa uudesta näkökulmasta.”⁵⁰ Vastaavasti minimivaatimuksista voidaan lainata Aulis Aarnion lausumaa: ”Tulkinta ei ole *oikeudellista* tulkintaa, jos siinä ei ole käytetty yhtään oikeuslähdettä hyväksi tai jos siinä on sivuutettu kaikki tulkintaa ohjaavat säännökset ja periaatteet.”⁵¹

Ohjaustoiminnassa korostin, että erityisesti odotetaan julkaisemattoman tuomioistuinkäytännön, varsinkin hovioikeuskäytännön, selvittämistä, koska hovioikeusratkaisuja julkaistaan vähän ja silti monet oikeuskysymykset jäävät korkeimman oikeuden päätösten ulkopuolelle. Laintulkintaopeissa tuomioistuinkäytäntö on merkittävä; edellä luvussa 2 selostetun mukaan aarniolaisittain se on heikosti velvoittava lähde. Tällöin pidetään yleensä silmällä korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä, mutta esimerkiksi Aarnio antaa merkitystä myös muille tuomioistuinratkaisuille ja toteaa muun muassa, että hovioikeuksien ratkaisujen tosiasiallinen ohjaava merkitys on lisääntynyt.⁵²

Käräjätuomari, OTT Antti Tapanila on tutkinut OTT-tutkinnon suorittaneiden tuomareiden käsityksiä ja kirjoittanut muun muassa siitä, onko tutkijataustalla vaikutusta oikeuslähteiden käyttöön, arvottamiseen ja tulkintaan. Tapanilan huomioilla on kiinnostavaa vertailupintaa ammatillista OTL-tutkintoa suorittaneisiin. Hän arvioi, että vaikka tutkijan ja tuomarin oikeuslähdesidonnaisuus on samankaltaista, tuomarilla sidonnaisuus on vahvasti velvoittavaa ja oikeustieteilijä voi käyttää lähteinään sellaisia heikosti velvoittavia oikeuslähteitä, joihin tuomari ei voi ratkaisuaan perustaa. Tapanila pitää omaa lähestymistapaansa oikeusrealismina, jolloin tulkintavastauksia haetaan erityisesti oikeuskäytännöstä.⁵³

Kokemukseni Helsingin hovioikeuspiirin ammatillista OTL-tutkintoa suorittavien tyypillisestä oikeuslähde- ja lainsoveltamisopista vastaa pitkälti Antti Tapanilan saamia tutkimustuloksia, vaikka kyseisen laatuhankeen kirjoittajat laativat tekstinsä tutkijan roolissa. He ovat käytännön työssään tottuneet hyödyntämään ennen kaikkea muodollista oikeuslähdeoppia, jolloin keskeisiä ovat

50. Hirvonen 2011, s. 18.

51. Aarnio 1989, s. 195 (kursiv. Aarnion).

52. Aarnio 1982, s. 90 ja Aarnio 1989, s. 231.

53. Tapanila 2022, s. 1277. Ks. myös Juhani Laine, Tutkijan ja tuomarin tiedonintressien sekä sääntelykohteen intressien jännitteitä osakeyhtiöoikeudessa. LM 7–8/2022, s. 1363–1372, 1364, jossa erotetaan tutkijan ja tuomarin tiedonintressit ja luonnehditaan Alf Rossin termein tuomariniideologiaa.

lait, lainvalmistelutyöt ja tuomioistuinratkaisut sekä analyttis-deskriptiivinen tutkija-asenne.⁵⁴

Haluan kuitenkin korostaa, että myös käytännöllinen lainoppi on tärkeää teoreettisen lainopin ohella, vaikka tavoitteena on niiden lisääntyvä vuorovaikutus. Olenkin puolustanut ammatillisen OTL-tutkinnon asemaa, koska se mahdollisti käytännön lakimiesten täydennys- ja jatko-opintojen yhteensovittamista ja heidän käytännöllisesti suuntautuvien kirjoitustensa valmistamista.⁵⁵ Julkaistuilla kirjoituksilla on oma arvonsa hyvinkin teoreettisesti suuntautuvien oikeustutkimusten ohessa. Moni Helsingin hovioikeuspiirin koulutustoimintaan osallistunut sai myös virikkeen jatko-opintojen suuntaamiseen OTT-tutkintoa varten.

Huomattakoon, että jo ensimmäisessä lainopin metodikirjassaan Aulis Aarnio erotti teoreettisen ja käytännöllisen lainopin, jolloin systemaattisin osa lainoppia kuuluu edelliseen ja jälkimmäinen on käytäntöön suuntautunutta ja lähellä praktista toimintaa. Teoreettisella lainopilla ja oikeusteorialla on läheinen yhteys.⁵⁶ Ari Hirvonen puolestaan korostaa oikeusteorian olevan välttämätöntä lainopin harjoittajalle, ja lainopissa lähtökohtina ovat tulkinta- ja punnintamenetelmät, ratkaisustandardit ja oikeuslähdeoppi.⁵⁷

Kaikkiaan kokemuksen Helsingin hovioikeuspiirin täydennyskoulutustoiminnasta ja ammatillista OTL-tutkintoa suorittavien ohjaamisesta ovat olleet rohkaisevia yhtä hyvin niin yliopistollisten jatko-opintojen edistämisen kuin yliopiston kolmannen tehtävän eli yhteiskunnallisen vuorovaikutuksen kannalta.

54. Ks. edellä luvussa 2 Hirvosen ja Siltalan ajatuksista selostettu.

55. Ks. Raimo Lahti, Ammatillista OTL-tutkintoa tarvitaan. Lakimiesuutiset 3/2001, s. 52–53 ja Raimo Lahti, Jatkotutkinnon opetuskokeilu jatkuu. Lakimiesuutiset 2/2002, s. 34–35.

56. Aulis Aarnio, Mitä lainoppi on? Tammi 1978, erit. luku 7.

57. Hirvonen 2011, s. 56.

Oikeuden metodit ja teoria käytännön asianajotyössä

1. Johdanto

Oikeustieteellisen tutkimuksen, ja miksei myös koulutuksen, relevanttiudesta käytännön työelämän kannalta ei juurikaan keskustella akateemisessa tutkimuksessa. Myöskään käytännön työelämässä tätä keskustelua ei ainakaan subjektiivisten kokemusten¹ perusteella mainittavasti käyda. Tämän kirjoituksen tarkoituksena on selvittää oikeustieteellisen jatkokoulutuksen eli oikeustieteen tohtorin tutkinnon (OTT) hyötyjä yksityissektorin ja nimenomaisesti asianajoalan kontekstissa. Kirjoituksen tarkoituksena on tuottaa uutta tietoa siitä, millaisena oikeustieteellisen tutkimuksen tekemisen hyödyt nähdään asianajoalalla. Kirjoituksen tuottamasta tiedosta voidaan hyötyä yliopistoissa, joissa tietoja jatkokoulutuksen ja tutkimuksen työelämätarpeista voidaan hyödyntää monilla tavoilla. Yksityissektorilla toimivia tahoja kirjoitus taas voi hyödyttää yksilönäkökulmasta, kun yksilöt tekevät päätöksiä tutkimuksen tai jatko-opintojen tekemisestä.

Kirjoitus ei tarkasteltujen kysymysten valossa asemoidu perinteisen oikeustieteellisen tutkimuksen alaan. Sen sijaan tutkimuksessa tarkastellaan pikemminkin spesifejä alakysymyksiä yleisten asiantuntijuuteen liittyvien kysymysten, kuten sen, mitä asiantuntijuus ja osaaminen ovat oikeudellisella alalla, alla. Tällainen tutkimus on perinteisesti asemoitunut enemmänkin pedagogisiin tutkimustraditioihin, vaikka tutkimus edistää myös tutkimuksen kohteena olevan tieteenalan tutkimusta ja opetusta. Tästä syystä kirjoituksen toisessa luvussa käsitellään kuvailevan kirjallisuuskatsauksen menetelmin muualla maailmassa tehtyä tutkimusta siitä, mitä oikeudellinen asiantuntijuus oikeastaan on. Tämän kirjallisuuskatsauksen pohjalta on rakennettu haastattelukysymyksiä haastatteluihin, joiden menetelmät ja sisällön kuvaan tarkemmin luvussa kolme.

Kirjoitusta varten on haastateltu yhteensä 10:tä oikeustieteen tohtorin tutkinnon suorittanutta henkilöä, jotka työskentelevät asianajoalalla. Haastattelujen tarkoituksena on ollut selvittää, millaista hyötyä oikeustieteen tohtorin tutkinnon suorittamisesta ja erityisesti tutkimustyössä opitusta substanssi-, teoria- ja metodiosaamisesta on käytännön työelämässä.

* *Eelis Paukku*, OTT, KTM, DI, KHT. Kirjoittaja kiittää kaikkia haastateltuja.

1. Kokemukset on jossain määrin empiirisesti validoitu luvun kolme haastatteluissa, ks. tämän kirjoituksen luku 3.

2. Asiantuntijuus oikeudellisilla aloilla

Asiantuntijuuden tutkiminen on kokonaan oma tutkimusalansa. Tässä kuvailtavassa kirjallisuuskatsauksessa avaan erilaisia näkökulmia asiantuntijuuteen ja erityisesti oikeudelliseen asiantuntijuuteen, jotta on mahdollista muodostaa haastatteluihin merkityksellisiä kysymyksiä ja teemoja. Asiantuntijuudelle, kuten juuri millekään ihmistieteiden käsitteelle, ei ole olemassa yhtä yhtenäistä määritelmää. Siitä kuitenkin vallitsee yksimielisyys, että on olemassa yksilöitä, joita kutsutaan ja jotka tunnustetaan asiantuntijoiksi.² Oma filosofinen kysymyksensä on, tuleeko asiantuntijuutta tarkastella jonkinlaisena absoluuttisena mittarina vai suhteessa tiettyyn viiteryhmään.³ Koska tässä tapauksessa tarkoituksena on tarkastella nimenomaan oikeustieteen tohtoreiden asiantuntijuutta ja sen eroa muuhun asianajajakuntaan, on kyseessä suhteellinen tarkastelunäkökulma. Tämä on myös yksi keskeisistä seikoista, joita haastateltaville tuotiin esiin. Haastattelukysymysten taustatietona siis oli, että tarkoituksena on tehdä vertailua OTT-taustaisten ja muiden asianajajien välillä.

Yksi esille nostettavista seikoista on myös se, että asiantuntijuus on aina osittain sosiaalinen konsepti, jossa ympäröivä yhteiskunta ja ammattikunta määrittelevät, ketkä ovat asiantuntijoita.⁴ Tästä näkökulmasta haastateltavilta pyrittiinkin selvittämään, luoko OTT-tutkinto jo itsessään tiettyä sosiaalista asiantuntijuutta eli sitä, että muu ammattikunta pitää OTT-tutkinnon suorittanutta henkilöä asiantuntijana jo tutkinnon itsensä vuoksi. Samalla tavalla tiedusteltiin myös sitä, miten tohtorit kokivat maallikoiden ja muiden tahojen arvostavan tohtorin tutkinnon suorittanutta asianajajaa. Joissain tutkimuksissa onkin todettu, että asiantuntijoina pidetyillä ihmisillä on muita ihmisiä vahvempi kyky vakuuttaa erityisesti matalamman osaamistason ihmisiä heidän kantansa oikeellisuudesta.⁵ Tästä syystä tutkimuksessa on aiheellista myös selvittää, miten OTT-tutkinnon suorittaneet henkilöt kokevat maallikoiden suhtautuvan heidän osaamiseensa.

Yhdysvalloissa oikeudellista asiantuntijuutta on tarkasteltu erilaisten suoritustuntareiden, kuten oikeudenkäyntien voittoprosenttien, kautta.⁶ Oikeudellista asiantuntijuutta on ylipäättään tutkittu suhteellisen vähän Yhdysvaltojen ulkopuo-

2. Alvin I. Goldman, *Expertise*. Topoi 37(1) 2018, s. 3–10, 3.

3. Harry Collins – Robert Evans, *Rethinking expertise*. University of Chicago Press 2007, s. 3–4.

4. Goldman 2018, s. 6.

5. Michael Owen Miller – Thomas A. Mauet, *The psychology of jury persuasion*. *The American Journal of Trial Advocacy* 22(3) 1999, s. 549.

6. John Szmer – Martha Humphries Ginn, *Examining the effects of information, attorney capability, and amicus participation on US Supreme Court Decision Making*. *American Politics Research* 42(3) 2014, s. 441–471.

lella.⁷ Tällainen tutkimustraditio tuntuu vieraalta suomalaisen asianajokentän kannalta, sillä siinä liikejuridiikan rooli on hyvin korostunut erityisesti menestyneinä pidettyjen asianajajien työssä. Tältä osin luontevampaa onkin tarkastella oikeudellista asiantuntijuutta toisesta näkökulmasta. Suurin osa asiantuntijuutta tutkivista tahoista vaikuttaisi olevan samaa mieltä siitä, että asiantuntijoina pidetyillä henkilöillä on tyypillisesti heidät muista yksilöistä erottavia kognitiivisia kykyjä ja substanssiosaamista.⁸ Tällaiset ominaisuudet nousevat toistuvasti esiin myös erilaisissa suoritusmittauksissa: asiantuntijoina pidetyt ihmiset suoriutuvat säännönmukaisesti muita alansa ihmisiä paremmin erilaisista tehtävistä.⁹ Tällaiset suoritusperusteiset mittarit korreloivat myös suhteellisen hyvin muiden asiantuntijuutta välillisesti osoittavien seikkojen, kuten koulutuksen, uran pituuden ja työkokemuksen laadun, kanssa.¹⁰

Asiantuntijuuden määritelmässä eri aloilla on myös tiettyjä yhtäläisyyksiä. Eri alojen asiantuntijoilla on samantapaisia kognitiivisia kykyjä, joita he kykenevät hyödyntämään omalla osaamisalueellaan mutta eivät muilla aloilla.¹¹ Substanssiosaamisen osalta on aiheellista korostaa, että erilaisten seikkojen ja laajojen informaationvälittäjien muistamisen lisäksi substanssiosaamisen katsotaan tyypillisesti sisältävän myös kykyä yhdistellä tähän informaatiokokonaisuuteen liittyviä asioita sekä soveltaa niitä erilaisissa tilanteissa.¹² Substanssiosaamiseen kuuluu kiinteästi myös kyky asettaa tietty ammatissa vastaan tuleva kysymys relevanttiin teoreettiseen viitekehykseen ja ratkaista tämä ongelma.¹³ Substanssiosaaminen on keskeisessä osassa lähes kaikissa asiantuntijuuden määritelmässä usein sen kannalta, miten substanssiosaaja osaa hyödyntää hankkimiaan tietoja käytännön ongelmien ratkaisuisissa.¹⁴ Tältä osin substanssiosaaminen kattaakin tietyltä alalta hankittuja tietoja, kuten oikeustieteen alalla tietoa laeista ja niiden tulkinnasta, ja tämän lisäksi kykyä soveltaa tätä tietoa ongelmiin. Matalan tason substanssiosaamista on kyky muistaa asioita ja toistaa niitä sellaisenaan, kun taas substanssiosaamisen kehittyessä soveltamiskyky kasvaa.¹⁵

7. Fleurie Nivelstein – Tamara Van Gog – Henny P. Boshuizen – Frans J. Prins, Expertise-related differences in conceptual and ontological knowledge in the legal domain. *European Journal of Cognitive Psychology* 20(6) 2008, s. 1043–1064.

8. Goldman 2018, s. 4.

9. Leandra Lederman – Warren B. Hrungrung, Do attorneys do their clients justice? An empirical study of lawyers' effects on tax court litigation outcomes. *Wake Forest Law Review* 41(4) 2006, s. 1235.

10. Szmer – Ginn 2014.

11. Nivelstein ja muut 2008.

12. Fergus Bolger – Gene Rowe, The Aggregation of Expert Judgment: Do Good Things Come to Those Who Weigh? *Risk Analysis* 35(1) 2015, s. 5–11.

13. Rebecca L. Sandefur, Elements of Professional Expertise: Understanding Relational and Substantive Expertise through Lawyers' Impact. *American Sociological Review* 80(5) 2015, s. 909–933.

14. Goldman 2018, s. 4.

15. Collins – Evans 2007, s. 14.

Substanssiosaaminen on kuitenkin aiheellista erottaa normatiivisesta osaamisesta eli kyvystä suorittaa tietty spesifi tehtävä. Se on toki helppo sekoittaa substanssiosaamiseen, koska tyypillisesti seurattessamme jonkun henkilön työskentelyä havainnoimme merkittävästi osin myös hänen normatiivista osaamistaan tietyssä tehtävässä.¹⁶ Asiantuntijoiden itsensä ratkaistessa tiettyä ongelmaa he eivät usein tunnista merkittävää osaa tiedoista, joita he hyödyntävät tehtävää suorittaessaan.¹⁷ Asiantuntijuutta oikeudellisella alalla käsittelevissä tutkimuksissa on todettu, että toimialan erityispiirteiden vuoksi substanssiosaamisen rooli on erityisen korostunut, koska substanssiosaamisen hankkimiseksi asiantuntijalla tulee olla muihin aloihin verrattuna poikkeuksellinen määrä tietosisältöä, jota he voivat käyttää ja hallita.¹⁸ Tämä vaikuttaisi olevan kuitenkin oikeuskulttuurisidonnaista, sillä Yhdysvalloissa oikeudenkäyntiavustajia käsittelevissä tutkimuksissa substanssiosaamisen roolia on pidetty suhteellisen pienenä.¹⁹

Myös siitä vaikuttaisi olevan suhteellisen vahva konsensus, että asiantuntijoilla on substanssiosaamisen lisäksi myös muita taitoja, jotka erottavat heidät muista substanssiosaajista.²⁰ Tällaiset kognitiiviset taidot ovat sellaisia taitoja, joita asiantuntijat kykenevät hyödyntämään omalla alallaan, jotta he suoriutuvat tehtävistään tehokkaasti ja laadukkaasti.²¹ Tällaista osaamista on kuvattu kykynä, jolla substanssiosaaminen saadaan käyttöön tietyssä työtilanteessa.²² Yksi erikoisuus asiantuntijoiden kognitiivisissa kyvyissä on, että he eivät kykene hyödyntämään näitä kykyjä muilla aloilla läheskään yhtä tehokkaasti kuin omalla alallaan.²³ Kognitiivisten ja substanssiosaamisen erosta saadaan ensimmäiset keskeiset teemat haastatteluun – hyödyttäväkö oikeustieteellisen tutkimuksen tekeminen tutkimuksen tekijää substanssiosaamisen tai muiden kognitiivisten kykyjen lisääntymisen kautta.

Yhteenvetona muualla tehdystä tutkimuksesta voidaan nostaa esille useita seikkoja, joita on relevanttia selvittää haastatteluilla. Ensimmäinen näistä on, miten väitöskirjaprosessin aikana hankittua substanssiosaamista voidaan hyödyntää käytännön asianajotyössä. Toinen asia on, millaisia muita asianajotyössä hyödynnettäviä taitoja väitöskirjaprosessin aikana kehittyi. Tällaiset taidot voivat liittyä esimerkiksi laintulkintaan tai argumentaatioon. Kolmas seikka on akateemisen tutkimuksen ja asianajotyön erot. Tätä selvitetään useilla tavoilla. Ensimmäinen

16. Bolger – Rowe 2015.

17. Collins – Evans 2007, s. 14.

18. Sandefur 2015; Szmer – Ginn 2014; Miller – Mauet 1999 ja William M. Sullivan – Anne Colby – Judith Welch Wegner – Lloyd Bond – Lee S. Shulman, *Educating Lawyers: Preparation for the Profession of Law*. Jossey-Bass 2007.

19. Nievelstein ja muut 2008.

20. Mark Addis – Christopher Winch, *Education and expertise*. John Wiley & Sons 2019, s. 1.

21. Nievelstein ja muut 2008.

22. Sandefur 2015.

23. Nievelstein ja muut 2008.

näistä on, millaisia muita taitoja tarvitaan, jotta akateemisessa tutkimuksessa hankitut taidot saadaan käyttöön käytännön asianajotyössä. Toinen tehtävä on selvittää, miten haastateltavat oikeustieteen tohtorit ovat muuten katsoneet akateemisen tutkimuksen olevan avuksi heidän asianajotoiminnassaan.

3. Haastattelut

3.1. Menetelmät

Haastatteluihin valikoitui yhteensä 10 henkilöä. Henkilöt työskentelevät tai ovat vastikään työskennelleet asianajoalalla tai siihen läheisesti rinnastuvassa toiminnassa, esimerkiksi lakiasiaintuimistossa. Kaikki haastellut ovat suorittaneet oikeustieteen tohtorin tutkinnon ja ovat tutkinnon suorittamisen jälkeen toimineet asianajotyössä tai siihen rinnastuvassa työssä. Osa haastateltavista oli työskennellyt asianajotyössä jo ennen väitöskirjan tekemistä, osa aloitti asianajotyön väitöskirjan tekemisen jälkeen. Suurin osa haastateltavista työskenteli yhä väitöskirja-aiheensa parissa, osa spesifimmin, kun taas osa työskenteli laajemmin erilaisten toimeksiantojen parissa. Osa haastateltavista seurasi yhä akateemista julkaisutoimintaa, tosin tämä jakoi vastaajia merkittävästi. Suurin osa haastateltavista ei osallistunut enää akateemiseen julkaisutoimintaan.

Haastattelut toteutettiin niin sanottuina teemahaastatteluina, joissa haastattelukysymyksiä ei ollut strukturoitu tiukasti vaan haastattelut suoritettiin yleisesti tiettyjen ennakolta valittujen teemojen ympäriltä.²⁴ Kyseessä oli tyypillinen osittain strukturoitu haastattelututkimus, jossa tutkimuskohteiden annettiin kertoa näkemyksiään suhteellisen vapaasti tietyn teeman ympäriltä ja heille esitettiin tarvittaessa täsmentäviä kysymyksiä heidän toteamuksistaan kyseisen teeman piirissä.²⁵ Menetelmälle tyypillisellä tavalla kysymykset muuttuivat ja kehittyivät osittain haastattelujen välillä, jotta yhden haastateltavan esiin nostamista ja tutkimuksen kannalta kiinnostavista näkökohdista voitiin kysyä myös myöhemmiltä vastaajilta.²⁶ Tästä syystä kaikille vastaajille ei esitetty samoja kysymyksiä samassa järjestyksessä vaan keskustelua käytiin yleisemmällä tasolla sen teeman ympärillä, miten OTT-tutkinnossa hankittu substanssi-, metodi- ja teoriaosaaminen näkyy kyseisen henkilön työssä. Tutkimusmenetelmä on hyvin yleinen ja vakiintunut

24. Raine Valli – Eila Aarnos, Ikkunoita tutkimusmetodeihin. 1, Metodien valinta ja aineistonkeruu: virikkeitä aloittelevalle tutkijalle. PS-kustannus 2018, luku 1. Teemahaastattelu.

25. Svend Brinkmann, *Qualitative Interviewing*. Oxford University Press 2013, s. 18.

26. Anne Galletta – William E. Cross, *Mastering the Semi-Structured Interview and Beyond: From Research Design to Analysis and Publication*. New York University Press 2013, s. 46.

sen selvittämiseksi, miten haastattelun kohteet näkevät ja kokevat tarkasteltavan ilmiön. Sen vuoksi myös haastatteluiden tulokset on kirjoitettu tässä muodossa niiden teemojen ympärille, joita haastatteluissa käsiteltiin.²⁷

Haastateltavat edustavat suhteellisen suurta joukkoa suomalaisista oikeustieteen tohtoreista, jotka työskentelevät asianajoalalla. Haastateltavat myös työskentelevät hyvin erilaisissa tehtävissä. Haastattelut toteutettiin anonyymina ja haastateltavat luvattiin anonymisoida tarkasti. Tästä syystä tuloksina ei julkaista sellaisia seikkoja, jotka vain yksi haastateltava mainitsi, lukuun ottamatta siteerauksia. Samasta syystä vastauksissa ei tarkemmin eritellä, millä sektorilla vastaajat työskentelivät.

3.2. Tulokset

Haasteltavista suurin osa työskenteli yhä sillä oikeudenalalla, josta väitteli, vaikka tästä oli yksittäisiä poikkeuksia. Moni vastaajista työskenteli useammalla oikeudenalalla kuin hänen väitöskirjansa käsitteli. Merkittävä osa vastaajista oli työskennellyt samalla oikeudenalalla myös ennen väitöskirjan tekemistä, mutta osa vastaajista oli tehnyt väitöskirjansa ennen asianajotyötä tai kokonaan joltakin muulta oikeudenalalta kuin jolla työskenteli asianajotyössä. Merkittävä osa vastaajista oli tehnyt väitöskirjansa sellaiselta alalta, jolla oli toiminut jo pitkään asianajotyössään.

Väitöskirjan tekemisen nähtiin useimpien haastateltavien kokemusten perusteella edistävän uraa myös asianajoalalla. Väitöskirjan tekemisen koettiin toimivan erityisesti keinona kehittää itseään. Tätä kuvattiin siten, että väitöskirjaa tehdessään tutkija tarkastelee samoja kysymyksiä kuin omassa työssään mutta eri näkökulmasta. Osa vastaajista näki sen tuovan myös eräänlaisia työhyvinvointi-työtyjä paremman motivaation ja ”ajatusten virkistymisen”²⁸ myötä. Väitöskirjan tekemisen nähtiin usein myös lisäävän merkittävästi asianajajan uskottavuutta sekä muiden alan toimijoiden että maallikoiden silmissä. Osa vastaajista koki saaneensa tällaisia uskottavuushyötyjä jo väitöskirjan tekemisen aikana. OTT-tutkinnon koettiin myös herättävän kunnioitusta ja luovan tietynlaista uskottavuutta muussa ammattikunnassa. Osa näin kertoneista vastaajista toi esiin, miten muut alan toimijat arvostavat sekä substanssiosaamista että metodiosaamista. Osa vastaajista tosin koki muun ammattikunnan suhtautumisen olevan suhteellisen neutraalia. Osasyynä tähän pidettiin sitä, että akateemisen tutkimuksen tuntemus on yleensä melko vähäistä. Substanssiosaamisen arvostuksesta tuotiin esiin sitä, että jos henkilö on työskennellyt asianajajana jonkin oikeudenalan parissa sekä julkaissut tältä alalta akateemista tutkimusta, pidettiin häntä tietyn subs-

27. Brinkmann 2013, s. 22.

28. Haastateltavien käyttämien ilmaisujen suorat siteeraukset on merkitty lainausmerkein.

tanssiaiheen asiantuntijana. Metodiosaamisen osalta tuotiin esiin, että tohtorin tutkinnon suorittaneelta henkilöltä tiedustellaan usein näkemystä vaikeisiin oikeudellisiin ongelmiin myös hänen substanssiosaamisensa ulkopuolelta, koska tällaisen henkilön koettiin kykenevän hankkimaan tietoa ja rakentamaan perusteltuja argumentteja myös tällaisissa asioissa. Osa haastateltavista myös neuvoi muita asianajajia työssään, tyyppillisesti juuri omalla erityisalueellaan.

Tohtorin tutkinnon koettiin lisäävän uskottavuutta myös muiden alojen asiantuntijoiden silmissä. Erityisesti asiakaskunnassa olevien muiden alojen tohtoreiden koettiin arvostavan OTT-taustaisia asianajajia. Jotkut asianajotyössä työskentelevistä näkivät tämän myös markkinointietuna asiakkaiden suuntaan ja siinä, millaisia toimeksiantoja henkilölle ylipäättään tarjotaan hoidettavaksi. Osa vastaajista myös korosti sitä, että tohtorin kertomaa pidetään lähtökohtaisesti muun ammattikunnan jäsenen kertomusta uskottavampana. Tämän lisäksi tietyn alan menestyneen asianajajan, joka vielä lisäksi julkaisee aiheesta akateemista tutkimusta, kuvattiin usein olevan muiden alan toimijoiden silmissä alansa ”huippuosaaja” tai ”johtava asiantuntija”. Eräs vastaaja kuvasi tätä niin, että kirjaimien (OTT) saamisen jälkeen ei ollut tarpeen vakuutella, onko alansa asiantuntija vai ei. Tällä tunnettavuudella ja arvostuksella nähtiin olevan rahallista arvoa asianajoalalla. Vastauksissa tuotiin esiin myös sitä, että asianajoalalla on helppo kutsua itseään tietyn oikeudenalan asiantuntijaksi ilman, että ulkoinen taho pystyy helposti tarkastamaan tämän väitteen todenperäisyyttä.

Samanlaisista syistä muut vastaajat näkivät hyödyllisenä jatkaa akateemista julkaisemista väitöskirjan tekemisen jälkeen, koska tämä nähtiin keinona tuoda omaa asiantuntijuutta esiin ja saada siitä myös markkinointihyötyjä. Tohtorin tutkinnon koettiin myös muuttavan omaa suhtautumista muihin akateemisiin ihmisiin, ja osa vastaajista toikin esiin, että väitöskirjaprosessin jälkeen he uskalivat ja osasivat kritisoida paremmin akateemisesti meritoituneita juristeja myös asianajotyössään.

Käsitys tutkinnon tuomasta markkina-arvosta kuitenkin jakoi vastaajia huomattavasti. Osa vastaajista katsoi, että OTT-tutkinnolla ei ollut markkina-arvoa asianajoalalla. Osa vastaajista jopa näki tutkinnon negatiivisena asiana. Osa niistä vastaajista, jotka eivät itse olleet kokeneet tällaista negatiivisuutta, kuitenkin kuvasivat tunnistaneensa ilmiön muiden ammattikuntaan kuuluvien tahojen kertomuksista. Negatiivisuus liitettiin siihen, miten muut ammatinharjoittajat suhtautuivat OTT-tutkintoon. Useampi vastaaja korosti, että negatiivisuutta on havaittavissa erityisesti lainkäyttöratkaisuja tekeviltä tahoilta. Myös ne vastaajat, jotka eivät itse olleet kokeneet tällaista negatiivista suhtautumista, kertoivat kuulleensa tällaisesta ilmiöstä. Toiset vastaajat taas kokivat nimikkeen aiheuttavan kateutta tai jotain siihen rinnastuvaa reaktiota. Osa kuvasi tätä kevyemmin jonkinlaisena ”leikkimielisenä naljailuna” ja totesikin, että muut ammatinharjoittajat pitävät tohtoria tästä huolimatta alansa asiantuntijana ja myös toimivat usein sen mukaisesti. Neutraalisti tai negatiivisesti suhtautuvista vastaajista osa korostikin

OTT-tutkinnon ja myös sen jälkeisen tutkimustoiminnan merkitystä akateemisen uran kannalta ja sitä, miten OTT-tutkinto avaa ovia nimenomaan akateemiseen maailmaan. Toisaalta OTT-tutkinnon merkitystä pääasiassa akateemiselle uralle korostivat myös ne vastaajat, jotka kokivat tutkinnon hyödyttävän myös asianajouralla. Pieni osa vastaajista näki myös väitöskirjan jälkeisen tutkimustyön olevan merkityksellisessä roolissa heidän tulevan asianajouransa kannalta, vaikka yhtä suuri osa akateemista uraa jatkavista ei nähnytkään sen hyödyttävän heidän ammatillista uraansa enää merkittävästi; heitä motivoivat tutkimuksen jatkamisessa muut seikat. Eräs vastaaja kuvasi väitöskirjan jälkeisen tutkimuksen hyötyjä seuraavalla fraasilla: ”Kirjaimet eivät kannattele loppuelämää.”

Usea haasteltavista ei kokenut, että työskentely asianajoaalalla helpottaisi tulevaa akateemista julkaisutoimintaa, vaan käytännön työn lähestymistavan koettiin olevan siinä määrin erilaista, että akateemisen tutkimuksen tekeminen vaatisi erilaista lähestymistapaa. Tästä poiketen osa vastaajista harjoitti yhä akateemista julkaisutoimintaa. Motivaattorina toimi haastateltavien mukaan erityisesti heitä itseään kiinnostavien ja heille työssään tarpeellisten oikeudellisten ongelmien ratkaiseminen. Tästä vastaajajoukosta osa korosti kirjoittavansa erityisesti omaksi ilokseen, vaikka he kokivat sen tuottavan myös ammatillista hyötyä joko arvonnannon tai osaamisen kehittymisen muodossa. Eräs vastaaja tiivistä käytännön työstä kumpuavan tarpeen julkaista siten, että työssä törmää välillä sellaisiin oikeudellisiin ongelmiin, jotka ovat ”musta aukko”. Tällöin aikaisemmasta oikeuskäytännöstä tai -kirjallisuudesta ei ole selvitettävissä minkäänlaista kelvollista ratkaisusuositusta siihen, miten tietty ongelma tulisi ratkaista. Tällaiset vastaajat näkivät arvokkaana, että akateeminen tutkimus tuottaa vastauksia heille itselleen ja muille alalla toimiville.

Kaikki haastateltavat kokivat väitöskirjan tekemisen lisänneen heidän substanssiosaamistaan väitöskirja-aiheesta. Toisaalta tämän substanssiosaamisen merkitys käytännön työn kannalta jakoi vastaajia: osa korosti sen merkitystä käytännön työlleen paljon, osa taas totesi, että ei ole isoa merkitystä, mistä väitöskirjan tekee, kunhan sen tekee. Tämä kysymys jakoi vastaajat melko tasan kahteen ryhmään. Jälkimmäisellä kannalla olleet vastaajat korostivatkin erityisesti tieteellisen ajattelutavan ja metodi- ja teoriaosaamisen merkitystä. Pieni osajoukko vastaajista erottui siinä, että se koki nimenomaan paremman substanssiosaamisen kehittämisen heidän omia tiedonhaku- ja argumentaatiotaitojaan.

Substanssiosaamisen koettiin lähes yksimielisesti ulottuvan väitöskirjan aihetta laajemmalle ja sen kuvattiin olevan eräänlainen syväluotaus siihen oikeudenalaan, josta väitöskirjan teki. Myös ne vastaajat, jotka olivat työskennelleet aiheen parissa jo ennen väitöskirjaa, kokivat, että heidän substanssiosaamisensa kehittyi tutkimustyön myötä. Pieni osa vastaajista mainitsi väitöskirjan kirjoittamisen lisänneen heidän ymmärrystään myös tähän oikeudenalaan liittyvistä muista oikeudenaloista ja näiden liityntöjen kannalta keskeisistä kysymyksistä, jolloin heidän osaamisensa laajeni muillekin oikeudenaloille. Myös oikeudenalan

teoreettisten perusteiden kertaamisen hyötyjä tuotiin esiin. Useat vastaajat kokivatkin väitöskirjan parissa hankitun substanssiosaamisen hyödyttävän oikeudenalalla työskentelyä ylipäättään. Tällaisen osaamisen sanoittaminen oli kuitenkin usealle vastaajalle haastavaa, ja usea vastaaja totesikin, että heidän hankkimansa ammatillinen ja akateeminen osaaminen on kokonaisuus, jolloin akateemisessa tutkimuksessa hankitun osaamisen osuutta on vaikea määritellä. Tämä korostui erityisesti vastaajilla, joilla oli taustalla pitkä ammatillinen ura ennen väitöskirjatyötä.

Osa vastaajista näki substanssiosaamisen kehittymisen olevan pääasiallinen tai lähes ainoa ammatillisen osaamisen kehittymiseen liittyvä hyöty, joka väitöskirjan tekemisestä heille koitui. Vastaajat myös poikkeuksetta näkivät substanssiosaamisen hyödyttävän heitä heidän asianajotyössään, lukuun ottamatta luonnollisesti niitä vastaajia, jotka eivät työskennelleet väitöskirja-aiheensa parissa. Vähemmistö vastaajista tosin näki, että substanssiosaaminen ei ollut niin merkittävä hyöty kuin metodi-, teoria- ja argumentaatio-osaaminen.

Substanssiosaamisen lisäksi moni haastateltava toi kysyttäessä esiin myös metodi- ja teoriaosaamistaan, vaikkakaan eivät näillä käsitteillä. Monet vastaajat kuvasivat väitöskirjaprosessissa opittuja taitoja ”ajattelutavan kehittymisenä” tai muuna vastaavana ilmaisuna. Tästä poiketen pieni osa vastaajista nosti esiin myös metodin ja yleisen oikeusteorian käsitteitä. Eräs vastaaja kuvasi tämän osuvasti siten, että hän kuvaili oman työnsä olevan lainoppia. Oman oikeudenalan substanssiosaamisen lisäksi tuotiin esiin myös oikeusjärjestelmän ja teoreettisten lähtökohtien syvääymmärryksen merkitystä. Väitöskirjan tekemisen koettiin tavallisesti parantaneen kykyä rakentaa oikeudellisia argumentteja ja tulkita lain-säädäntöä. Tämän lisäksi tiedonhankintataitoja tuotiin esiin, usein tosin osana oikeuslähdeoppia. Oikeuslähdeopin merkitystä korotettiin useassa eri yhteydessä sekä osana ongelman tunnistamista ja käsittelyä että osana vakuuttavamman argumentaation rakentamista.

Eräs vastaaja kuvasi väitöskirjaprosessissa kehittyneitä ajattelutavan muutosta niin, että hän kykenee lähestymään oikeudellisia kysymyksiä ”tieteellisemmin”. Tätä kuvattiin muun muassa kykynä katsoa samaa kysymystä useista eri perspektiiveistä ja hajottaa käytännön ongelma osiin ja järjestellä sitä uudestaan. Tätä kuvattiin muun muassa analyysin ja luokittelun tekemiseksi sekä atomeiksi hajottamiseksi. Useampi vastaaja mainitsi, että argumentointi kehittyi erityisesti sellaisissa kysymyksissä, joissa ei ollut valmiita vastauksia ja joissa jouduttiin toimimaan suuremman epävarmuuden alla. Osa vastaajista korosti, että jotkut asianajat kehittävät vastaavia kykyjä myös työssään ajan kuluessa.

Vastaajat kertoivat muun muassa, että oikeudellisessa argumentaatioissa on erilaisia tasoja ja että väitöskirjan tekemisen jälkeen on parempia valmiuksia vastata argumentteihin ”oikealla tasolla”. Vähemmistö vastaajista tosin korosti, että akateeminen kirjoittaminen ja käytännön kirjoittaminen ovat erilaisia tekstilajeja ja tämän vuoksi väitöskirjan kirjoittamisesta koituvat suorat hyödyt ovat vähäi-

sempiä. Muutama vastaaja mainitsi tohtorikoulutuksen saaneen lakimiehen olevan kyvykkäämpi laatimaan tieteellisesti valideja juridisia argumentteja. Väitöskirjatutkimuksen kuvattiin myös kehittävän kykyä rakentaa sellaisia oikeudellisia argumentteja, joilla voidaan vakuuttaa muita ammatissa toimivia, sekä asianajajia että lainkäyttäjiä. Muutama haastateltava tosin ei osannut nimetä, liittyikö tämä vakuuttavuus enemmän argumentaation sisältöön vai OTT-tutkimuksen olemassaoloon. Ne vastaajat, jotka korostivat argumentaation laadun merkitystä, toivat usein esiin, että tohtorinakaan ei voi sanoa mitä tahansa vaan maineen säilyttäminen vaatii laadukkaiden argumenttien esittämistä jatkuvasti sekä kirjelmässä että suullisesti. Tätä tuotiin esiin toteamuksella, että tohtorin tuoma kanta lain tulkinnasta on todennäköisemmin punnittu kuin arvailua siitä, miten lakia tulkitaan.

Eräs vastaaja kuvasi kykyä vastata argumentteihin ja sen kehittymistä niin, että väitöskirjan jälkeen kykenee havaitsemaan erilaisissa jutuissa aivan uudenlaisia oikeuskysymyksiä ja ulottuvuuksia sekä muiden ammatinharjoittajien tekemiä valintoja. Toinen vastaaja taas kuvasi, että samaa asiaa voi lähestyä useasta eri näkökulmasta, joista vain osa on asiakkaalle hyödyllisiä, mutta nämä kaikki näkökulmat pitää silti tunnustaa. Eräs vastaaja kuvasi tämän eroavan välillä käytännön työssä näkyvästä toimintatavasta seuraavasti: ”Ei vain oteta yhtä pykälää ja toivota, että sitä tulkitaan näin.” Argumentaatiotaidon ja laintulkinnan kehittyminen koettiin myös niin, että tapausta ei lähdetä enää rakentamaan epäkoherenttien argumenttien varaan. Ylipäätään tutkimuksen tekemisen ja muiden tutkimusten lukemisen koettiin muutaman vastaajien vastauksissa tuovan erilaista ja asianajomaailmaan soveltuvampaa lähestymistapaa oikeudelliseen ajatteluun, koska oppikirjatyyllisen pedagogisen tekstin sijaan tutkimustyössä luetaan ja työstetään argumentoivaa tekstiä, jota tarvitaan usein myös asianajotyössä. Esimerkiksi kyky viitata oikeuskirjallisuuteen ja rakentaa selkeitä oikeudellisia argumentteja mainittiin yhtenä hyödyllisenä väitöskirjaprosessin aikana opittuna taitona.

Vastaajat korostivat myös, että väitöskirja opettaa laintulkintaan ”erilaista ajattelutapaa”, mikä auttaa heitä työssään. Toisaalta osa vastaajista ei ollut tunnistanut tällaisia hyötyjä, ja he korostivat, että eivät kykene erottelemaan, mikä tällaisesta osaamisesta on hankittu käytännön työssä ja mikä akateemista tutkimusta tehdessä. Kriittisimmin metodi- ja teoriaosaamisen merkitykseen suhtautuneet vastaajat toivat usein esiin, että he kokevat väitöskirjan tekemisen olevan nimenomaan substanssiosaamista hyödyttävää. Pieni osa korosti myös väitöskirjaprosessin ja tutkimuksen tekemisen tuoneen heille ammatillista itsevarmuutta ja kykyä sietää epävarmuutta, koska väitöskirjaprosessi opetti, että oikeudelliseen ratkaisutoimintaan liittyy laajalti epävarmuutta, jonka tulkitsemiseen on erilaisia keinoja mutta ei yhtä lopullista totuutta. Nämä vastaajat kokivat väitöskirjaprosessin tuoneen kykyä luoda argumentteja tällaisissa tilanteissa. Eräs vastaaja kuvasi tätä ilmaisulla ”oikeusepävarmuuden tunnistaminen ja hyväksyminen”. Osa haastateltavista kuvasi olevansa väitöskirjaprosessin jälkeen myös varmempia toimimaan epävarmuutta sisältävissä tilanteissa, joihin ei ole olemassa selkeää

vastausta tai edes tulkintasuositusta. Eräs vastaaja toi tällaisia näkemyksiä esiin ilmaisulla ”uskaltaa keskittyä olennaiseen”. Toinen vastaaja korosti, että väitöskirjatyön jälkeen osaa karsia epäolennaista ja voi keskittyä olennaiseen.

Myös systeemiymmärryksen merkitystä tuotiin esiin. Väitöskirjan tekemisen kuvattiin lisänneen ymmärrystä tiettyjen lakien systematiikasta, minkä koettiin auttavan asianajajan työssä. Osa niistäkin vastaajista, jotka kokivat väitöskirjan hyötyjen rajautuneen substanssiosaamiseen, näkivät vastaavia hyötyjä, jotka ulottuivat laajemmin koko väitöskirjan kattamalle oikeudenalalle. Metodi- ja teorioosaamista korostaneet vastaajat painottivat tyypillisemmin taas systeemiymmärryksen leviämistä myös muille oikeudenaloille.

Osa haastateltavista korosti akateemisen tutkimuksen ja käytännön työn eroa. Moni haastateltava ilmaisi eri tavoin, miten akateeminen tutkimus on monilta osin liian ”teoreettista” käytännön työtä varten eikä se pysty tarjoamaan vastauksia sellaisiin ongelmiin, joita he kohtaavat työssään. Eräs vastaaja kuitenkin kritisoi tällaista ajattelua ja korosti, että lähes kaikenlainen tutkimus kehittää oikeudellista ajattelua, vaikkakin hän painotti myös osan modernista tutkimuksesta olevan kauempana käytännön työstä kuin muun tutkimuksen.

Moni kriittisesti suhtautuvista vastaajista käytti ilmaisua ”tutkijankammio”, jonka luoma mielikuva vaikutti suhteellisen yhteneväiseltä vastaajien keskuudessa, myös niiden, jotka harjoittivat yhä julkaisutoimintaa. Ne vastaajat, jotka näkivät oikeustieteellisen tutkimuksen hyödyttävän laajemminkin alaa, totesivat ymmärtävänsä, miksi monet toimialalla voivat ajatella näin. Tutkijankammiosta puhuneet vastaajat kritisoivatkin usein käytännön työn näkökulmasta sitä, että iso osa tutkimuksesta on käytännön työn tarpeisiin liian ”filosofista” ja ”teoreettista” tai liian spesifeihin kysymyksiin keskittyvää. Eräs vastaaja kiteytti näitä käsityksiä toteamalla, että ”on olemassa oikeitakin ongelmia”. Myös sitä korostettiin, että lainopillista perustutkimusta tehdään nykyään turhan vähän. Eräs vastaaja myös totesi yliopistotutkimuksen olevan jatkuvasti vähemmän relevanttia käytännön työn kannalta. Tämä teema tuntui tosin jakavan vastaajia melko paljon oikeudenalakohtaisesti, ja useat vastaajat nimesivät oikeudenaloja, joilla tutkimuksen koettiin olevan lähellä käytännön tarpeita. Monet vastaajat²⁹ nimesivät vero-oikeuden esimerkkinä tällaisesta oikeudenalasta.

Toki kovintakin kritiikkiä esittäneet vastaajat esittivät myös positiivisia näkemyksiä siitä, että yliopistossa tehdään myös käytännönläheistä ja käytännön ongelmien kannalta relevanttia tutkimusta. Vastaajat eivät sinänsä kritisoineet filosofisena tai teoreettisena kuvaamansa tutkimuksen merkitystä oikeustieteen kannalta vaan siltä kannalta, kuinka relevanttia tällainen on käytännön työelämää ajatellen. Iso osa vastaajista katsoikin, että akateemisesta maailmasta asianajomaailmaan siirtyminen edellyttää tiettyä ajattelutavan muutosta ja käytännön valmiuksien hankkimista. Akateemisen taustan omaavien henkilöiden kuvattiin

29. Jotka eivät itse olleet väitelleet vero-oikeudesta.

olevan hyviä selvittämään lain tulkintaa ja sisältöä tietyssä tilanteessa, mutta ilman toimialakokemusta heillä koettiin usein olevan vaikeuksia keksiä sopivaa ratkaisua asiakkaan tarpeisiin. Eräs vastaaja kiteytti tämän ilmaisulla ”kiertoreittien etsiminen”, jota käytännön asianajotyössä tarvitaan. Käytännön ongelmanratkaisun kuvattiinkin edellyttävän ainakin tietyn verran kokemusta asianajotalta. Useampi kuin yksi vastaaja toi oma-aloitteisesti esiin, että erityisesti vero-oikeuden parissa akateemista tutkimusta tehneille henkilöille on luontevampaa siirtyä käytännön ongelmien pariin. Anonymiteetin vuoksi tästä asiasta ei kysytty mitään vero-oikeuden parissa työskenteleviltä tohtoreilta.

Useimmat käytännön työn ja akateemisen tutkimuksen eroista kertoneista haastateltavista kuitenkin kokivat, että heidän oma teoreettisena kuvaamansa osaaminen auttoi heitä heidän työssään merkittävästi, koska heillä on myös käytännön kokemusta niistä oikeudellisista ongelmista, joihin teoreettinen osaaminen linkittyy. Kaikki vastaajat eivät kuitenkaan nähneet tätä välttämättömänä, vaikka he korostivat, että tutkijan siirtyminen asianajomaailmaan edellyttää tiettyä ajattelutavan muutosta. Osa vastaajista toi erikseen ja oma-aloitteisesti esiin sitä, miten myös asianajotalalla työskentely kehittää joillekin yksilöille substanssi- ja muuta osaamista niin, että tämä rinnastuu väitöskirjatutkimuksessa hankittuun substanssiosaamiseen ja jopa ylittää sen. Tämän lisäksi vastaajat korostivat muiden asianajotyössä hankittujen taitojen merkitystä ja sitä, miten useat arvostetut ja alallaan huippuina pidetyt henkilöt ovat hankkineet tällaiset taidot käytännön asianajotyössään.

Haastateltavilla oli suhteellisen vahva konsensus siitä, että asianajotalalla työskennellessä yliopistotaustaisen henkilön tulee omaksua tiettyjä asiantuntijataitoja, jotta akateemisen osaamisen saa tehokkaasti käyttöön. Vastaajien näkemykset siitä, mitä nämä hyödylliset asiantuntijataidot ovat, erosivat kuitenkin todella huomattavasti, ja eri henkilöt toivat esiin täysin erilaisia seikkoja. Moni mainitsi ”käytännöllisyyden” olevan oma taitonsa.

Osa haastateltavista korosti ammattia harjoittaessa opittuja asiantuntijataitoja, kuten viestinnän eri muotoja, sellaisena seikkana, jota teoriaosaamisen hyödyntämisessä käytännössä tarvitaan. Osa toi tämän esiin laajempina ihmissuhdetaitojen ja sosiaalisen kanssakäymisen kokonaisuutena. Myös markkinoinnin merkitystä korostettiin, ja haastateltavat kokivat, että omasta akateemisesta osaamisesta ei saa samanlaisia hyötyjä, jos aihetta ei tuo itse esiin. Eräs haastateltava kiteytti asian niin, että asianajomaailmassa ei seurata julkaisuluettelaita tai akateemisia julkaisuja. Tästä poiketen joidenkin muiden vastaajien mielestä akateemiset julkaisut nähtiin myös markkinointihyötynä jo itsessään, vaikka niitä ei tuotu esiin. Eräs vastaaja myös koki, että hänen väitöskirjansa ja akateeminen toimintansa tuo enemmän tunnettuutta kuin asianajotoiminta. Toisaalta muut vastaajat korostivat sitä, että markkinointihyötysten saamiseksi tulisi väitöskirja tehdä mieluiten sellaiselta oikeudenalalta, jonka parissa työskentelee.

Viestintätaidoista esimerkkinä tuotiin esiin se, että vaikka henkilö itse ymmärtäisi, mikä on tietyn lain oikea tai paras tulkinta tietyssä tilanteessa, tuomari ei välttämättä tätä tiedä, ellei asiaa osata tuoda esiin. Muutama vastaaja toi tosin tähän erilaisen näkökannan: he kokivat väitöskirjaprosessin kehittäneen heidän taitojaan argumentoida selkeämmin ja ymmärrettävämmin verrattuna aiempaan sekä muuhun ammattikuntaan. Myös ihmisten kanssa asiointia, luottamuksen rakentamista ja ihmisten vakuuttamista omasta näkemyksestä tuotiin esiin sellaisina taitoina, joita asianajajan työssä kehittyi ja joita tarvitaan teoriaosaamisen lisäksi. Toisaalta osa vastaajista ei tunnistanut tällaisia taitoja tai erillistä tarvetta ammatissa hankituille taidoille, jotta akateemisessa tutkimuksessa hankitun osaamisen saisi käytäntöön.

4. Yhteenveto

Haastattelujen perusteella vaikuttaa siltä, että oikeustieteen tohtorin tutkinnon suorittaminen hyödyttää myös käytännön asianajotyöhön suuntautuvia henkilöitä. Menestyvää asianajajaa voidaan pitää oman alansa asiantuntijana. Tällaiseksi tuleminen edellyttää vahvaa substanssiosaamistaustaa. Haastattelujen perusteella voidaan todeta, että ainakin tohtorien mielestä heidän substanssiosaamisensa kehittyi väitöskirjaprosessin aikana merkittävästi ja sellaisella tavalla, jota he voivat hyödyntää käytännön asianajotyössä. Tältä osin väitöskirjan aihe ja ylipäättään se oikeudenala, jota väitöskirjassa käsiteltiin, nousivat esiin. Suppeamman substanssiosaamisen – eli väitöskirjan aiheen – sijasta tohtorit kokivat saaneensa laajemmin substanssiosaamista siltä oikeudenalalta tai niiltä oikeudenaloilta, jota tai joita he käsitelivät väitöskirjassaan. Iso osa vastaajista korosti myös muita väitöskirjaprosessissa opittuja taitoja, erityisesti metodi- ja argumentaatiotaitoja. Näiltäkin osin voidaan pitää suhteellisen vahvana tuloksena, että väitöskirjan tekeminen edistää merkittävästi asianajouralle pyrkivän henkilön osaamista.

Vastaajien mielipiteet jakaantuivat jonkin verran siinä, millaista osaamista tarvittiin, jotta tämän substanssiosaamisen sai käyttöön asianajotyössä. Osa tohtoreista koki, että substanssiosaamisen kannalta hyödyllinen väitöskirja käsitteli riittävän konkreettisia kysymyksiä eikä ollut liian teoreettinen. Liian teoreettisena vastaajat vaikuttivat pitävän sellaista tutkimusta, jonka yhteys käytännön asianajotyöhön on etäistä tai joka käsitteli käytännön työn kannalta epärelevanttejä kysymyksiä. Osa myös koki, että väitöskirjatyössä hankitun substanssiosaamisen sai käyttöön käytännön asianajotyössä vain, jos tohtori hankki lisäksi muita taitoja. Erityisesti viestintä- ja vuorovaikutustaitojen merkitystä käytännön asianajotyön kannalta korostettiin. Osa mainitsi myös erilaisten käytännön ongelmien

ja tapausten kanssa työskentelyn tuottavan sellaisia taitoja, joita tarvittiin, jotta väitöskirjatyössä hankitut taidot sai käyttöön asianajotyössä.

Tohtorin tutkinnon suorittamisessa on aiheellista kiinnittää huomiota myös sen tuomaan mainearvoon. Vaikka tästä vastaajilla olikin toisistaan poikkeavia kokemuksia, enemmistö piti tätä mainearvoa yleensä tai pelkästään positiivisena asiana. Niinpä OTT-tutkinto itsessään vaikuttaisi edistävän asianajajan uraa. Toki oma keskustelunsa on, missä suhteessa väitöskirjaprosessin vaiva on näihin ammatillisiin hyötyihin verrattuna. Tältä osin korostan erään vastaajan esiin tuomaa seikkaa siitä, miten väitöskirjan tekeminen voi olla myös työhyvinvointiteko itselleen eli keino virkistää itseään ja löytää uudenlaista motivaatiota työhön.

*Tuomas Jussila*Lakimies
7–8/2024
s. 1192–1196

Kunta ja käräjäsali. Oikeudellinen pääoma Ilmajoen pitäjässä 1860–1890

1. Oikeudellinen pääoma ja maallikot

Yksi merkittävimmistä Eurooppaa yhdistävistä tekijöistä on roomalainen oikeus. Yhtä lailla Pohjoismaita yhdistää toisiinsa roomalaisen oikeuden verrattain hidas reseptio, joka on ollut yksi osatekijä siihen, että pohjoismaisessa oikeushistoriassa maallikoiden merkitys on muodostunut suureksi. Maallikon määrittely on tosin monessakin mielessä ongelmallinen. Yksinkertaisimman dikotomian mukaan maallikot ovat vastakohta oikeudellisen työn ammattilaisille eli varsinaisille profession harjoittajille. Pohjoismaisessa kontekstissa määritelmä on erityisen ongelmallinen, sillä joitakin satoja vuosia sitten jopa tuomarikuntakin koostui maallikoista eli henkilöistä, joilla ei ollut varsinaista muodollista oikeudellista koulutusta.

Maallikoiden kiistattomasta merkityksestä huolimatta he ovat olleet verrattain vähän tutkittu ja tunnettu osa oikeudellisen työn historiaa. Väitöskirjani aiheena ovat suomalaisella 1800-luvun maaseudulla oikeudellista ja hallinnollista työtä tehneet maallikot. Olen ottanut tehtäväkseni selvittää, keitä olivat ne henkilöt, joilla oli oikeudellista tietotaitoa, ja mitä se merkitsi heidän elämässään ja heitä ympäröivässä yhteiskunnassa.

Oikeudellinen tietotaito merkitsee oikeudelliseen työhön sidoksissa olevaa luku-, kirjoitus-, lasku- tai puhetaitoa. Käsitteen sisältö ja merkitys ovat sidoksissa aikaan, kulttuuriin ja oikeusjärjestelmään – eri aikoina, eri kulttuureissa ja eri oikeusjärjestelmissä käsite merkitsee eri asioita. Määrittelemällä oikeudellisen tietotaidon käsitteen pohjalta oikeudellisen pääoman käsitettä olen pyrkinyt liittämään ilmiön osaksi tutkitun aikakauden yhteiskuntaa ja oikeuskulttuuria.

* *Tuomas Jussila*, OTT. Lectio praecursoria Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 25.5.2025 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Kunta ja käräjäsali. Oikeudellinen pääoma Ilmajoen pitäjässä 1860–1890.

2. Tutkimuskohde

Tutkimukseni sijoittuu Etelä-Pohjanmaalle Ilmajoen pitäjään, joka oli 1800-luvulla yksi alueen suurpastoraateista. Hallinnollisesti pitäjä kuului Vaasan lääninhallituksen alaisuuteen. Pitäjän alue oli yhtenäinen Ilmajoen kärjäkunnan kanssa, joka oli osa laajempaa samannimistä Vaasan hovioikeuden alaista tuomiokuntaa. Pitäjä oli laaja sekä väestöltään että pinta-alaltaan, ja aikalaiset vertasivatkin sitä ”Saksanmaan ruhtinaskuntaan”.

Tutkimuksessani ei kuitenkaan ole kysymys Ilmajoen pitäjän paikallishistoriasta vaan oikeudellisen tietotaidon ilmiöstä rajatulla maantieteellisellä alueella. Vaikka tutkimukseni keskittyy yhteen eteläpohjalaiseen pitäjään, ovat sen tulokset uskoakseni päteviä kuvaamaan myös muita Suomen suuriruhtinaskunnan alueita, jotka jakavat Ilmajoen kanssa samankaltaiset sosiaaliset ja taloudelliset reunaehdot.

Tutkimukseni oikeushistoriallinen konteksti muodostuu oikeusjärjestelmän ja paikallishallinnon välisestä työnjaosta sekä oikeudellisen työn historiasta. Suomalaisessa oikeushistoriassa oikeusjärjestelmällä ja paikallishallinnolla on esihistorialliselle ajalle ulottuva yhteinen menneisyys, jonka aikana instituutioiden tehtävät ja työnjako ovat vaihdelleet. Historiallisella ajalla suomalaisen paikallishallinnon ja oikeusjärjestelmän keskeisimmät instituutiot ovat olleet seurakuntahallinto ja käräjät. 1860-luvulla paikallishallinnon tärkeimmäksi instituutioksi muodostui kunnallishallinto. Tästä tematiikasta myös väitöskirjani on saanut nimensä – Kunta ja kärjäsal.

3. Tutkimustulokset

Vuoden 1865 kunnallisasetus merkitsi päätepistettä seurakuntien satoja vuosia kestäneelle vastuulle paikallishallinnon tehtävistä. Kunnallishallintoon siirtyminen ajoittui onnettomasti. Kunnallisasetuksen määräaika umpeutui kevättalvella 1868 eli juuri silloin, kun suurten nälkävuosien kuolleisuus kohosi korkeimmilleen. Vuosina 1866–1868 Ilmajoen pitäjään perustettiin kuusi kuntaa, joista jokainen joutui aloittamaan toimintansa poikkeusoloissa. Selvimmin tilanne kirjoitettiin Jalasjärven kuntakokouksen pöytäkirjaan maaliskuussa 1868: ”[– –] nääntyä meidän täyty jos ei Esivallan varat ulotu meidän avuksemme.” Pitäjän kunnista ainoastaan Kurikassa nälkävuosien kuolleisuus jäi alle 10 prosentin.

Nälänhätää seuranneina vuosikymmeninä tapahtunut kunnallishallinnon vakiintuminen merkitsi paikallishallinnon merkittävää rationalisoitumista. Vuoden 1865 kunnallisasetuksen myötä paikallishallinnon keskeisimmät ohje-

nuorat oli koottu yhteen asetukseen. Kunnallishallintoon siirtyminen merkitsi myös paikallishallinnon byrokratisoitumista, jonka myötä kirjallinen kulttuuri sai maaseudun arkielämässä aiempaa vankemman jalansijan. Kirjallisen hallintokulttuurin vahvistuminen oli mahdollista paikallishallinnon suomenkielistymisen sekä yleisen sivistystason nousun myötä.

Kunnallishallinnon keskeisimmät tehtävät olivat päätäntävaltaa käyttävän kuntakokouksen esimiehen sekä toimeenpanovaltaa käyttävän kunnallislautakunnan esimiehen tehtävät. Kuntakokouksen esimiehen tehtävä ymmärrettiin luottamustoimeksi, josta hyvin harvoin maksettiin korvausta. Kunnallislautakunnan esimiehen tehtävä oli paikallishallinnon tehtävistä työläin, ja sen hoitaminen katsottiin palkan arvoiseksi. Vielä 1800-luvulla ei kuitenkaan ollut olemassa sellaisia paikallishallinnon tehtäviä, jotka olisivat yksin riittäneet takaamaan elannon.

Suomalainen paikallishallinto pysyi vielä 1800-luvun loppuun saakka tiukasti maallikoiden hallussa. Kuntien perustamisen myötä usealla paikkakunnalla, kuten myös Ilmajoen emäseurakunnassa, talolliset astuivat kuntakokousten johtoon ja syrjäyttivät näin papiston edustajat perinteisestä roolistaan paikallishallinnon johdossa. Papiston apulaisten, lukkareiden, rooli nousi kuitenkin useassa kunnassa merkittäväksi toimeenpanevana voimana kunnallislautakuntien esimiehinä.

Kunnallishallinnossa tarvittu oikeudellinen pääoma muuttui 1860-luvulta 1890-luvulle tultaessa: ruotsin kielen painoarvo väheni, mutta sen sijaan alettiin vaatia aiempaa korkeatasoisempaa osaamista suomen kielen kirjallisissa taidoissa sekä varsinaisessa oikeudellisessa osaamisessa. Kokonaisuutena kunnallishallintoon siirtyminen loi paikallishallintoon aiempaa demokraattisempia mahdollisuuksia vaikuttaa yhteisiin asioihin. Demokratia oli kuitenkin vielä kaukana täydellisestä, sillä kunnallisten tehtävien hoitaminen samoin kuin kuntakokousten äänestysoikeus oli sidottu kykyyn huolehtia kunnallisveroista. Epäkohta korjautui vasta uusien kunnallislakien myötä itsenäisyyden ajan alussa.

Paikallishallinnon tehtävien siirtyminen käräjiltä pitäjänkokoukselle oli jo 1700-luvulta lähtien vähentänyt kihlakunnanoikeuksien hallinnollisia tehtäviä, mikä oli selkeyttänyt työnjakoa: pitäjänkokous ja myöhemmin kuntakokous hoitivat paikallishallinnon tehtävät, ja käräjäsaliissa jaettiin oikeutta.

Käräjäsaliin näkyvimmit maallikot olivat lautamiehiä – maallikkotuomareita. Lautamiehet ovat merkittävä osa skandinaavista oikeushistoriaa. 1800-luvun suomalaisella maaseudulla lautamiehet olivat usein paikkakuntansa kiistattomia merkkimiehiä. Ennen kunnallishallinnon perustamista lautamiehen tehtävä oli yksi harvoista myös talollisväestölle avoinna olleista tehtävistä, jotka kartuttivat hallinnollista ja oikeudellista osaamista. Lautakuntainstituution historia tunnetaan pääpiirteissään, mutta lautamiehiä ja heidän taustaansa koskeva tutkimus on ollut vähäisempää. Lautamiesten yhdeksi tehtäväksi on katsottu paikallistuntemuksen tuominen käräjäsaliin. Lähes koko 1800-luvun Ilmajoen

kärjäkunnan lautamiehet valittiinkin paikallisten talollisten keskuudesta, ja ensimmäinen poikkeama tähän tehtiin vasta vuosisadan lopussa. Lautamiesten taustojen yhtenäisyyden sekä valintaperusteiden nojalla voidaan päätellä, että kulttuurinen pääoma eli varsinainen oikeudellinen osaaminen oli tehtävässä toissijaista taloudelliseen tai sosiaaliseen pääomaan nähden.

Lautamiesten ohella kärjäsalin työnjaossa oli oma osansa oikeudenpalvelijoilla. Ilmajoen kärjäkunnassa tärkein oikeudenpalvelija oli kyytirättäri. Satoja vuosia vanha nimismiehen apulaisen tehtävä oli aikojen saatossa muotoutunut eräänlaiseksi poliisiviranomaisten edeltäjäksi, jonka keskeisenä tehtävänä oli vastata kärjäsalin järjestyksestä ja käytännön tehtävistä. Silta- ja jahtivoutien sekä Suomen kaartin aliupseerien ohella kyytirättärit muodostivat 1890-luvulla maalaispoliisia perustettaessa uusien poliisivoimien henkilöstön ytimen. Käytännössä maalaispoliisin perustaminen merkitsi nimismiesten sekalaisen ammattikunnan rationalisointia. Maalaispoliisit varustettiin virkapuvulla ja heidän toimintaansa yhtenäistettiin ohjesäännöllä. 1890-luvun aikana myös Ilmajoen pitäjässä tuoreet poliisikonstaapelit korvasivat aiemmat kyytirättärit oikeudenpalvelijoina. Kokonaisuutena maalaispoliisin perustaminen oli merkittävä virstanpylväs poliisin ammatin professionalistumisessa.

Lautamiesten ja oikeudenpalvelijoiden ohella erilaiset asiamiehet ja kirjurit kuuluivat erottamattomasti 1800-luvun kärjäsalin arkeen. Tutkimukseni osoittaa, että 1800-luvun maaseudun kärjäsaleissa asianajo oli tiukasti maallikoiden käsissä. Asiamieheen turvaututtiin usein, mutta heidän joukossaan varsinaista lainoppia saaneiden henkilöiden osuus oli hyvin vähäinen. Tutkimukseni osoittaa, että maaseudun asianajossa oli selkeä sosiaalinen rakenne, jossa lautamiehillä, nimismiehillä sekä oikeudenpalvelijoilla oli oma paikkansa – yleisin kärjäsalissa tavattu asiamies oli kuitenkin tehtävää ensi kertaa hoitanut talollinen. Rakenteisiin mahtui kuitenkin myös poikkeuksia: Ilmajoen kärjäkunnassa oli tilaa myös yhdelle ammattimaisesti asianajoa hoitaneelle maallikolle. Tapaus oli Ilmajoen mitassa kuitenkin poikkeuksellinen, mutta luultavasti vastaavia tyyppisiä poikkeuksia löytyisi myös muista kärjäkunnista.

Kihlakunnanoikeuksien arjessa ei vuosien 1860–1890 välillä tapahtunut samankaltaista institutionaalista tai organisatorista muutosta kuin paikallishallinnossa kunnallisasetuksen myötä tapahtui. Pääpiirteissään kärjäsalin arki sujui samankaltaisena: yleisimmät kärjillä käsitellyt asiat koostuivat velka-, kiinnitystai lainhuudatusasioista, mutta suurimman huomion saivat poikkeuksellisemmat tapahtumat, kuten väkivaltarikokset. Merkittävin muutos kärjäsaleissa tapahtui oikeusjärjestelmän kielen vaihtuessa vuosina 1860–1890 ruotsista suomeksi. Vielä 1860-luvulla Ilmajoenkin kärjäkunnan tuomiokirjat olivat käytännössä täysin ruotsinkielisiä, mutta vuoteen 1890 tultaessa tilanne oli muuttunut päinvastaiseksi. Oikeudellisen pääoman kannalta lopputulos oli samankaltainen kuin kunnallishallinnossakin: myös kärjäsalissa ruotsin kielen painoarvon laskiessa suomen kielen kirjalliset vaatimukset kasvoivat yhdessä varsinaisen oikeudel-

lisen osaamisen kanssa. Oikeusjärjestelmän kielenvaihdoksen merkitykset näkyivät yhteiskunnan usealla eri alueella. Tavallisten kansalaisten näkökulmasta merkittävintä oli oikeusprosessin muuttuminen aiempaa läpinäkyvämmäksi ja ymmärrettävämmäksi.

4. Lopuksi

Yhdysvaltalainen oikeushistorioitsija Harold J. Berman on tulkinnut, että länsimainen oikeusperinne on muotoutunut ”vallankumousten” kautta: Englannin ”mainio vallankumous” 1600-luvulla, Amerikan yhdysvaltojen ja Ranskan vallankumoukset 1700-luvulla sekä Venäjän vallankumous 1900-luvulla ovat kaikki vaikuttaneet oikeudelliseen kehitykseen. Bermanin tulkinnassa sama vaikutus oli myös gregoriaanisella reformilla 1000-luvulla sekä protestanttisella uskonpuhdistuksella 1500-luvulla. Uskonpuhdistuksen myötä kristinuskon keskeisimmät opinkappaleet käännettiin kansallisille kielille, ja näin tapahtui myös Suomessa. Vaikka tekstit olivatkin saatavilla, ongelmaksi jäi kuitenkin usein ulkoluvun tasolla pysytellyt lukutaito.

Bermanin luetteloon voisikin lisätä luku- ja kirjoitustaidon leviämisen muodossa tapahtuneen hiljaisen vallankumouksen, joka Suomessa ajoittui 1800-luvun jälkipuoliskolle. Tämän hiljaisen vallankumouksen myötä myös oikeudellinen tietotaito tuli yhä laajempien väestönosien ulottuville, ja yhteiskunnan muuttuessa ja oikeudellistuessa sitä myös tarvittiin jatkuvasti yhä enemmän. Prosessin myötä oikeudellinen osaaminen muuttui kansalaistaidoksi, jonka merkitys oli keskeinen suomalaisen oikeusvaltion ja kansalaisyhteiskunnan myöhemmälle rakentumiselle. Tutkimukseni päättyy 1890-luvun alkuun eli suomalaisen oikeusvaltion ja kansalaisyhteiskunnan varhaisiin vaiheisiin. On perusteltua sanoa, että molempien syntyminen oli mahdollista vain sen perustan varaan, joka oli rakennettu tutkimukseni kuvaamana aikakautena. Varsinainen oikeusvaltion rakentumisen historia on kuitenkin kokonaan uuden tutkimuksen aihe.

1. Väitöskirjan aihe

Tuomas Jussilan väitöskirja *Kunta ja käräjäsali – Oikeudellinen pääoma Ilmajoen pitäjässä 1860–1890* on syntynyt osana *Legal Literacy in Finland ca. 1750–1920* -tutkimusprojektia. Jussilan väitöskirjassa tutkimuskohteena ovat oikeudellinen tietotaito sekä sen haltijat ja merkitys paikallishallinnon kahden keskeisen organisaation, kunnallishallinnon ja kihlakunnanoikeuden, toiminnassa Ilmajoen pitäjässä. Jussilan tutkimuskysymykset koskevat paikallishallinnon ja oikeuslaitoksen alueita, joilla oikeudellista pääomaa tarvittiin, ja sitä, keillä sitä oli ja mitä se sisälsi. Jussila antaa vastaukset näihin kysymyksiin, ja tutkimustulokset on esitetty yhteenvetoluvuissa.

2. Tutkimukselliset valinnat

Tutkimusta ohjaa Pierre Bourdieun käsite pääomasta linkitettyinä prosopografiseen tutkimusperinteeseen. Oikeudellista tietotaitoa käsitellään kulttuurisena, sosiaalisena, taloudellisena ja oikeudellisena pääomana. Tutkimukselliset valinnat ja rajaukset osoittavat kykyä soveltaa historian tutkimuksen tutkimusmetodeja itsenäisesti ja kriittisesti. Jussilan väitöskirja on osoitus hyvästä hallinto- ja oikeushistorian tutkimuksen asiantuntemuksesta.

3. Keskeiset tutkimustulokset

Jussilan väitöskirja pureutuu syvällisesti maaseudun oikeus- ja hallintojärjestelmän sosiaalishistoriaan, jota ei aiemmassa tutkimuksessa ole tutkittu näin

* Virallisen vastaväittäjän, FT *Arja Rantasen* Turun yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama 27.5.2024 päivätty lausunto vähäisin muutoksin.

perusteellisesti. Väitöskirja sisältää siten merkittävästi uutta tieteellistä tietoa maaseudun oikeus- ja hallintojärjestelmästä ja sen toimijoista, jotka ovat jääneet oikeushistorian ja muiden historiantutkimuksen alojen tutkimuksessa vähäiselle huomiolle. Näiden toimihenkilöiden sosiaalisen ja taloudellisen aseman sekä virantoimituksen tutkimus on merkittävä lisä paikallishallinnon kehityksen tuntemukseen. Vaikka väitöskirja liikkuu Etelä-Pohjanmaan lakeuksilla, kertoo se yleisemmin suomalaisen oikeus- ja hallintokulttuurin kehityksestä 1800-luvun lopulla.

Jussilan väitöskirja rakentuu otsikon mukaisesti kunnan ja käräjäsalin tutkimukseen. Työssä taustoitetaan paikallishallinnon ja oikeuslaitoksen muovautumista aina keskiajalta lähtien luoden lukijalle pohjan ymmärtää 1800-luvun lopun uudistusten taustaa ja yhteiskunnassa alkanutta uutta kehitysvaihetta. Paikallishallinnon toiminnassa tapahtui tutkittavalla aikakaudella huomattavia muutoksia uuden kunnallishallinnon perustamisen myötä, kun taas kihlakunnanoikeuden toiminnassa oli suomen kielen aseman vahvistumisesta ja lautamiehiä koskevien säännösten muutoksista huolimatta enemmän jatkuvuutta. Valittu tutkimusajanjakso on siten erityisen mielenkiintoinen, ja Jussilan väitöskirja luo pohjaa myöhemmän kehityksen jatkotutkimukselle.

4. Tutkimusetiikka ja lähteistö

Tutkimuksessa ei ole huomautettavaa tutkimusetiikan näkökulmasta. Jussilan tutkimus perustuu laajaan kirjallisuus- ja lähdeaineistoon. Väitöskirjan tutkimustulokset on tiivistetty useisiin taulukoihin ja kuvioihin, joita on analysoitu leipätekstissä. Lähdeviitteissä on havaittavissa joitakin puutteita, ja olisi ollut toivottavaa, että sanomalehtiaineiston ja Helsingin yliopiston matrikkeleiden osalta olisi viitattu asianmukaisesti käytettyihin sähköisiin aineistoihin. Tieteellisen kirjoittamisen pelisääntöjen näkökulmasta puutteet tältä osin ovat marginaalisia.

5. Loppulausunto

Tuomas Jussilan mittavaan arkistoissa tehtyyn tutkimukseen perustuva laaja-alainen väitöskirja on oivallinen lisä suomalaisen oikeus- ja sosiaalishistorian tutkimukseen, osa uutta paikallishistoriaa. Tutkimus on kirjoitettu hyvällä asiantyöllillä. Prosopografinen tutkimusmetodi yhdistettynä Tuomas Jussilan oman kynänkäytön sujuvuuteen tarjoaa lukijalle faktantäyteisen, mielenkiintoisen ja

nautittavan lukuelämyksen. Kiinnostava tieteellinen teksti avautuu varmasti myös laajemmalle lukijakunnalle.

Väitöstilaisuudessa Tuomas Jussila johdatti erinomaisen lektion avulla kuulijat tutkimuksensa sisältöön ja keskustelu väitöskirjasta oli asiantuntevaa ja rakentavaa. Jussila myönsi rehellisesti vastaväittäjänä esittämäni edellä mainitut puutteet. Väitöskirjan julkinen puolustaminen osoitti Jussilan kyvyn tuottaa tieteellistä tekstiä ja myös avata ja analysoida sitä yleistajuisesti ja asiantuntevasti.

Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan johtokunnan määräämänä vastaväittäjänä esitän, että filosofian maisteri Tuomas Jussilan väitöskirja hyväksytään opinnäytteeksi oikeustieteen tohtorin arvoa varten.

Arja Rantanen

KHO 2024:80 – poliisin tiedonsaantioikeus kadonneen henkilön etsimiseksi

1. Johdanto

Korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) tapauksessa KHO 2024:80 oli kysymys siitä, että poliisi oli pyytänyt HUS-kuntayhtymältä¹ tiedon siitä, oliko kadonneeksi ilmoitettu muistisairas henkilö sairaalassa. HUS kieltäytyi antamasta tietoa. KHO:n mukaan tieto henkilön olosta sairaalassa on viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain (621/1999, julkisuuslaki) 24 §:n 1 momentin 25 kohdan perusteella salassa pidettävä. Julkisuuslain 29 §:n 1 momentin mukaan viranomaisen voi antaa toiselle viranomaiselle tiedon salassa pidettävästä asiakirjasta, jos tiedon antamisesta tai oikeudesta tiedon saamiseen on laissa erikseen nimenomaisesti säädetty. Poliisin tiedonsaantioikeudesta säädetään poliisilain (872/2011) 4 luvun 2 §:ssä. Pykälän 1 momentin mukaan poliisilla on päällystöön kuuluvan poliisimiehen pyynnöstä oikeus saada viranomaiselta ja julkista tehtävää hoitamaan asetetulta yhteisöltä poliisille kuuluvan tehtävän suorittamiseksi tarpeelliset tiedot ja asiakirjat maksutta ja salassapitovelvollisuuden estämättä, jollei sellaisen tiedon tai asiakirjan antamista poliisille tai tietojen käyttöä todisteena ole laissa nimenomaisesti kielletty tai rajoitettu.

Toisin kuin hallinto-oikeus KHO katsoi, että poliisilla oli oikeus saada tieto poliisilain 4 luvun 2 §:n nojalla ja että tiedonsaantioikeutta ei rajoittanut oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) 17 luvun 14 §:n mukainen todistamiskielto. Tapauksessa poliisin tiedonsaantioikeuksien rajoittamista tarkasteltiin oikeudenkäymiskaaren 17 luvun (732/2015) todistamiskieltoasäntelyn sekä potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain (785/1992, potilaslaki) 13 §:n kannalta, joka on sittemmin kumottu. Nykyään potilastietojen salassapidosta ja käsittelystä säädetään sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen käsittelystä annetussa laissa (703/2023, asiakastietolaki).

* *Helinä Tiura-Virta*, HTM, väitöskirjatutkija, Itä-Suomen yliopisto – *Evgeniya Kurvinen*, OTT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto.

1. HUS-kuntayhtymä toimi ennen HUS-yhtymän perustamista. Sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisestä Uudellamaalla annetun lain (615/2021, Uusimaa-laki) 2 §:n 4 momentin mukaan HUS-yhtymä on hyvinvointialueesta annetun lain (611/2021, hyvinvointialuelaki) 58 §:ssä tarkoitettu hyvinvointiyhtymä. HUS-yhtymällä on järjestämisvastuu Uusimaa-lain 5 §:n 2 momentissa tarkoitetuista sekä sen vastuulle HUS-järjestämissopimuksessa sovitusta terveydenhuollon palveluista.

Tapauksessa poliisi suoritti kadonneen etsintää, joka kuuluu poliisin tehtäviin poliisilain 1 luvun 1 §:n perusteella. Poliisi voi toimittaa kadonneen etsimiseksi poliisitutkinnan, josta säädetään poliisilain 6 luvussa. Poliisilain 6 luvun 1 §:n mukaan poliisitutkinnalla tarkoitetaan muuta poliisin toimitettavaksi laissa säädettyä tutkintaa kuin rikoksen johdosta toimitettavaa esitutkintaa. Todistamiskieltojen soveltumista poliisin tiedonsaannin rajoituksina kadonneen etsinnässä onkin arvioitava myös poliisitutkintaa koskevan sääntelyn kannalta.² Poliisitutkinta kadonneen etsimiseksi toimitetaan vain, jos se on tarpeen poliisilain 6 luvun 1 §:n mukaan. KHO ei arvioinut asiaa poliisitutkintaa koskevien säännösten kannalta.

KHO:n argumentointi johti lopulta punnintaan, jonka mukaan tiedon luovuttamiseen poliisille henkilön mahdollisesta olinpaikasta liittyi paitsi painava yleinen etu myös painava yksityinen etu. Yleisen edun näkökulmasta tiedon saaminen oli tarpeen kadonneen henkilön etsintätoimien oikeaksi kohdentamiseksi ja niiden tehokkaaksi toteuttamiseksi. Yksityinen etu puolestaan liittyi siihen, että tiedon antaminen palveli kadonneen henkilön hengen ja terveyden suojaamista.³

Oikeustapauskommentissa analysoidaan KHO:n ratkaisuun 2024:80 peilaen sitä, rajoitetaanko laissa terveydenhuollon ammattihenkilöä ilmaisemasta poliisille, onko etsitty henkilö potilaana terveydenhuollon toimintayksikössä, kun poliisi toimittaa kadonneen etsimiseksi poliisitutkinnan.

Ensin tässä kommentissa selvitetään, voidaanko oikeudenkäymiskaaren 17 luvun todistamiskieltoja soveltaa kadonneen etsimiseksi toimitetussa poliisitutkinnassa. Sen jälkeen tutkitaan, estävätkö terveydenhuollon ammattihenkilöä sitovat salassapitosäännökset poliisin tiedonsaannin kadonneen etsinnässä. Lopuksi arvioidaan tarkemmin KHO:n tekemää punnintaa painavan yleisen ja yksityisen edun merkityksestä poliisin tiedonsaantioikeuden kannalta poliisin etsiessä kadonnutta henkilöä.

2. Todistamiskieltojen soveltaminen poliisitutkinnassa

Tuomioistuimen tulkinnan mukaan nyt kommentoitavassa tapauksessa ei voitu soveltaa oikeudenkäymiskaaren todistelua koskevia säännöksiä. Näitä säännöksiä sovelletaan yleisissä tuomioistuimissa niiden käsitellessä riita- tai rikosasiaa, eikä käsiteltävänä olevassa asiassa ollut kysymys riita- tai rikosasiasta vaan poliisi-

2. Selvitettäessä rikosta todistamiskieltoja sovelletaan esitutkintalain (805/2011) 7 luvun 8 §:n perusteella.

3. KHO 2024:80, kohta 40.

sin muusta lakisääteisestä tehtävästä kadonneen henkilön löytämiseksi.⁴ Poliisin toimittamaan esitutkintaan sovelletaan oikeudenkäymiskaaren todistamiskieltoja esitutkintalain (805/2011) 7 luvun 8 §:n perusteella.⁵ Todistamiskieltojen soveltumisesta poliisitutkintaan säädetään puolestaan poliisilaissa. KHO ei ottanut huomioon tulkinnassaan poliisitutkintaa koskevaa sääntelyä.

Poliisilain 1 luvun 1 §:n 2 momentissa säädetään, että jos on perusteltua syytä olettaa henkilön kadonneen tai joutuneen onnettomuuden uhriksi, poliisin on ryhdyttävä tarpeellisiin toimenpiteisiin henkilön löytämiseksi. Poliisilain 6 luvun 1 §:ssä säädetään, että sen lisäksi, mitä muualla laissa säädetään, poliisin on toimitettava poliisitutkinta, jos se on ilmoituksen perusteella tai muusta erityisestä syytä tarpeen muun muassa kadonneen henkilön löytämiseksi. Pykälän 2 momentissa säädetään, että poliisitutkinta toimitetaan noudattaen tutkinnan laadun edellyttämällä tavalla soveltuvin osin esitutkintalain säännöksiä.

Poliisilain 6 luvun 2 §:ssä säädetään henkilön asemasta poliisitutkinnassa. Säännös on tältä osin erityissäännös poliisilain 6 luvun 1 §:n 2 momenttiin nähden ja täsmentää sitä, mitä esitutkintalain säännöksiä poliisitutkinnassa sovelletaan kuultaviin henkilöihin. Pykälän 4 momentin mukaan muuhun kuin 1 tai 2 momentissa tarkoitettuun henkilöön sovelletaan todistajaa tai asiantuntijaa koskevia esitutkintalain säännöksiä: hänen on totuudenmukaisesti ja mitään salaamatta ilmaistava, mitä hän tietää tutkittavasta asiasta. Pykälän 1 ja 2 momentissa tarkoitettu henkilö, jota ilmaisuvollisuus ei koske, on ensinnäkin henkilö, jonka oikeuksiin tai velvollisuuksiin asia vaikuttaa ja johon sovelletaan esitutkintalain asianosaista koskevia säännöksiä. Toiseksi 1 ja 2 momentissa tarkoitetaan henkilöä, jonka osalta tutkitaan, onko hänelle määrättävä rangais- tukseen verrattava seuraamus, ja johon sovelletaan rikoksesta epäiltyä koskevia esitutkintalain säännöksiä.

Poliisitutkinnassa kuultavalla henkilöllä on siis ilmaisuvollisuus, kun hän ei itse ole asianosainen. Poliisilain 6 luvun 2 §:n 4 momentissa säädetään lisäksi, että poliisitutkinnassa, jossa selvitetään, onko henkilölle tuomittava tai määrättävä seuraamus, sovelletaan todistamiskieltoja. Pykälän mukaan henkilö on tällaisessa poliisitutkinnassa oikeutettu tai velvoitettu kieltäytymään todistamasta, ilmaisemasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen, mikäli hänellä olisi vastaava oikeus tai velvollisuus oikeudenkäynnissä. Säännös siis rajaa todistamiskieltojen soveltamisen vain poliisitutkintaan, jossa kysymys voi olla seuraamuksen määräämisestä tai tuomitsemisesta. Säännöstä on tulkittava siten, että muissa⁶ poliisitutkinnoissa ei sovelleta oikeudenkäymiskaaren 17 luvussa säädettyjä to-

4. KHO 2024:80, kohta 43.

5. Ks. todistamiskieltojen soveltamisesta poliisin tiedonsaantioikeuteen Helinä Tiura-Virta – Evgeniya Kurvinen, Poliisin oikeus saada potilaan henkilöllisyystietoja selvittäessä rikosta. *Lakimies* 5/2023, s. 727–746.

6. Tällainen voi olla vaikkapa kadonneen etsimiseksi järjestetty tutkinta.

distamiskieltoja, joita esitutkinnassa sovellettaisiin esitutkintalain 7 luvun 8 §:n nojalla. Poliisilain 4 luvun 2 §:ssä säädettyä tiedonsaantioikeutta sovelletaan yhdessä poliisitutkintaa koskevan 6 luvun 2 §:n kanssa.

3. Salassapidosta poikkeaminen terveydenhuollossa

Tuomioistuin katsoi ratkaisussaan KHO 2024:80, että tieto henkilön olostsa sairaalassa on julkisuuslain 24 §:n 1 momentin 25 kohdan perusteella salassa pidettävä. Sikäli kuin kysymys on potilasasiakirjoihin sisältyvästä tiedosta, tieto on KHO:n mukaan myös potilaslain 13 §:n 1 momentin perusteella salassa pidettävä eikä asia ole arvioitavissa toisin potilaslain 13 §:n tultua kumotuksi vuoden 2024 alusta.⁷ KHO viittaa tässä asiakastietolain voimaantuloon. Sen 4 §:n 1 momentin mukaan sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastiedot ovat pysyvästi salassa pidettäviä. Asiakastiedolla tarkoitetaan potilastietoa ja sosiaalihuollon asiakastietoa. Potilastiedolla tarkoitetaan puolestaan potilasasiakirjaan ja muuhun terveydenhuollossa laadittuun asiakirjaan sisältyvää potilaan terveydentilaa tai toimintakykyä tai tämän saamaa terveystalveta koskevaa asiakastietoa. (Asiakastietolain 3 §:n 6 ja 7 kohta.)

Terveydenhuollossa salassapitosäännösten tarkoituksena on ennen kaikkea luottamuksellisen hoitosuhteen syntyminen ja ylläpitäminen, minkä vuoksi salassapitovelvollisuutta on lähtökohtaisesti tulkittava laajasti.⁸ Salassapitovelvollisuuden on katsottu ulottuvan kaikkiin potilasta koskeviin tietoihin ja jo tieto potilassuhteen olemassaolosta tai hoidettavana olemisesta on tulkittu salassa pidettäväksi.⁹ Tieto siitä, että henkilö on tai on ollut sairaalahoidossa, koskee henkilön terveydentilaa ja hänen saamaansa terveystalveta. Salassapitovelvollisuuteen keskeisesti liittyvä luottamuksellinen hoitosuhde muodostuu vain sellaiseen henkilöön, joka asioi terveydenhuollon toimintayksikössä hoidon saamisen tarkoituksessa.¹⁰ Tämän perusteella tieto siitä, että henkilö ei tietynä ajankohtana ole eikä ole ollut sairaalassa, ei sellaisenaan kuulu salassapitovelvollisuuden piiriin.

Tuomioistuin viittaa ratkaisunsa perusteluissa sekä julkisuuslain että potilaslain salassapitosäännökseen.¹¹ Julkisuuslain 24 §:n 1 momentin 25 kohdan mukaan salassa pidettäviä viranomaisen asiakirjoja ovat, jollei erikseen toisin

7. KHO 2024:80, kohta 36.

8. KKO 2011:91, kohta 6.

9. KHO 2018:93. Ks. myös Tiura-Virta – Kurvinen 2023, s. 729, 733.

10. Tiura-Virta – Kurvinen 2023, s. 733.

11. KHO 2024:80, kohta 36.

säädettä, asiakirjat, jotka sisältävät tietoja henkilön terveydentilasta tai vammaisuudesta taikka hänen saamastaan terveydenhuollon ja kuntoutuksen palvelusta. HUS-yhtymä on hyvinvointialuelain (laki hyvinvointialueesta 611/2021) 58 §:ssä tarkoitettu hyvinvointiyhtymä, jonka toimielimiä ovat lain 61 §:ssä tarkoitettut yhtymävaltuusto, yhtymäkokous ja muut erikseen sovitut toimielimet. Julkisuuslakia sovelletaan viranomaisten asiakirjoihin. Viranomaisilla tarkoitetaan muun muassa hyvinvointialueen ja hyvinvointiyhtymän viranomaisia (julkisuuslain 4 §:n 1 momentin 4 kohta). Hyvinvointialueissa ei ole säädetty hyvinvointialueen tai hyvinvointiyhtymän viranomaisen käsitteestä. Julkisuuslain soveltamisalan piiriin kuuluvat hyvinvointiyhtymän monijäseniset toimielimet sekä johtajat ja yksittäiset viranhaltijat siltä osin kuin heillä on itsenäistä toimivaltaa.¹² HUS-yhtymä ei siten ole julkisuuslain tarkoittama viranomainen vaan viranomaisia ovat sen toimielimet.¹³

Julkisuuslaki on yleislaki suhteessa kumottuun potilaslakiin ja voimassa olevaan asiakastietolakiin. Julkisuuslain 24 §:n 1 momentin salassapitosäännös koskee lähtökohtaisesti muita kuin sosiaali- ja terveydenhuollon viranomaisia, joiden salassapitovelvollisuus perustuu erityislainsäädäntöön. Asiakastietolakia sovelletaan käsiteltäessä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietoja sosiaali- ja terveyspalveluiden järjestämisen ja toteuttamisen käyttötarkoituksessa (asiakastietolain 2 §:n 1 momentti). Asiakastietolain 27 §:n 1 momentin perusteella potilasasiakirjoista tulee aina käydä ilmi muun muassa potilaan nimi ja henkilötunnus sekä palvelunantajan nimi ja yksilöintitunnus sekä merkinnän tekijän nimi ja ajankohta.¹⁴ Palvelunantajalla tarkoitetaan muun muassa viranomaista ja julkisoikeudellista yhteisöä, joka järjestää tai toteuttaa terveyspalveluja (asiakastietolain 3 §:n 11 kohta). Palvelunantajalla voi olla useita terveydenhuollon toimintayksiköitä, kuten sairaaloita, terveyskeskuksia ja terveysasemia. Toisin kuin KHO on nyt kommentoitavassa ratkaisussa katsonut, HUS-yhtymän hallussa oleva tieto henkilön olostsa sairaalassa on potilasasiakirjoihin merkittävä tieto, jonka salassapito on määräytynyt potilaslain ja sen tultua kumotuksi asiakastietolain, ei julkisuuslain, mukaan.

Salassa pidettävää asiakastietoa sisältävää asiakirjaa taikka sen kopiota tai tulostetta ei saa näyttää eikä luovuttaa sivulliselle eikä antaa sivullisen nähtä-

12. Ks. myös hallituksen esitys eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi 241/2020 vp, s. 1049.

13. Ks. myös Tomi Voutilainen, Lainsäädäntö sekä hyvinvointialueiden hallinto- ja palvelurakenteet hallintosäännöissä – absurdin hallintorakenteen siemen. *Focus Localis* 52(2) 2024, s. 6–8.

14. Asiakastietolaissa potilasasiakirjaan edellytetään merkittävän palvelunantajan sijasta palvelunjärjestäjän ja palveluntuottajan nimi ja yksilöintitunnus, vaikka palvelunjärjestäjän ja -tuottajan käsitteet poistettiin lakiehdotuksesta. Ks. sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintö (HE 246/2022 vp laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen käsittelystä sekä siihen liittyviksi laeiksi) 48/2022 vp, s. 11–12.

väksi tai käytettäväksi (asiakastietolain 4 §:n 2 momentti). Asiakastietolain 6 §:n mukaan salassapidosta saa poiketa asiakkaan suostumuksella tai jos siitä on asiakastietolaissa tai muussa laissa säädetty. Salassapidosta poikkeamista koskeva säännös ei vastaa julkisuuslain (26 §:n 1 momentti ja 29 §:n 1 momentti) eikä myöskään kumotun potilaslain (13 §:n 3 momentti) sanamuotoa, jonka mukaan salassapidosta voidaan poiketa, ”jos tiedon antamisesta tai oikeudesta tiedon saamiseen on laissa erikseen nimenomaisesti säädetty”. Asiakastietolain esitöissä on todettu, että salassa pidettäviä asiakastietoja saa luovuttaa sivulliselle, jos asiakastietolaissa tai muussa laissa on erikseen säädetty tiedonsaantioikeudesta tai oikeudesta luovuttaa tietoja.¹⁵ Lain esitöiden perusteella ei vaikuta siltä, että lainsäätäjällä olisi ollut tarkoitus muuttaa salassapitosääntelyn systematiikkaa poistamalla nimenomaisuutta koskeva vaatimus. Sanamuodon muutoksella näyttää kuitenkin olevan odottamaton heijastevaikutus. Toisin kuin KHO on tulkinnut, sanamuodon muutos aiheuttaa sen, ettei asiakastietolain 6 § asetu poliisin tiedonsaantioikeuden ja poliisitutkinnan ilmaisuvelvollisuussäännöksen edelle, kun kysymys on kadonneen etsimisestä, jossa henkilön potilastieto käytetään henkilön oman hengen ja terveyden turvaamiseksi.

Terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain (559/1994) 16 §:n mukaan terveydenhuollon ammattihenkilön velvollisuudesta pitää salassa potilasasiakirjoihin sisältyvät tiedot säädetään asiakastietolaissa. Ammattihenkilölaki ei sisällä nimenomaista kieltoa, vaikka lain 17 §:ään perustuva terveydenhuollon ammattihenkilöä sitova salassapitovelvollisuus on asiakastietolaissa säädettyä laajempi, kun se koskee myös sellaisia yksityisen tai perheen salaisuuksia, joita ei merkitä potilasasiakirjaan.

KHO viittaa poliisilain esitöihin¹⁶, joiden mukaan poliisille on haluttu antaa laaja tiedonsaantioikeus silloin, kun kysymys on poliisin laissa säädettyjen tehtävien kannalta tarpeellisista tiedoista. KHO toteaa seuraavaa: ”Hallituksen esityksessä viitataan poliisin laajaan tehtäväalueeseen ja todetaan, että sen yksilöiminen etukäteen, millaisia tietoja poliisi tarvitsee miltäkin viranomaistaholta voidakseen täyttää yhteiskunnalliset velvoitteensa, on käytännössä mahdotonta. Tiedonsaantioikeus on siten kussakin yksittäisessä tilanteessa harkittava tapauskohtaisesti.”¹⁷ Niissä tilanteissa, joissa poliisi pyytää saada tietoa etsityn henkilön potilaana olost terveydenhuollon toimintayksikössä, sen on perusteltava pyyntönsä ja tiedon tarpeellisuus tilanteen vaatimassa laajuudessa, jotta terveydenhuollon ammattihenkilö kykenee tekemään tapauskohtaisen harkinnan tiedon antamisesta.

15. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen käsittelystä sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi 246/2022 vp, s. 67.

16. Hallituksen esitys eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 57/1994 vp, s. 66.

17. KHO 2024:80, kohta 39.

4. Yleinen ja yksityinen etu tiedonsaannin perusteena

Viranomaisen on poliisin tiedonsaantia koskevassa päätöksenteossa tehtävä punnintaa salassapito- ja tiedonsaanti-intressien välillä. KHO toteaa, että kun kysymys on poliisin oikeudesta saada salassa pidettävä terveystieto tai sellaiseen tietoon verrattavissa oleva tieto esimerkiksi kadonneen henkilön olinpaikasta tämän hengen ja terveyden suojelemiseksi, tiedon luovuttamiseen poliisille henkilön mahdollisesta olinpaikasta liittyy sekä painava yleinen etu että painava yksityinen etu. KHO toteaa: ”Yleisen edun näkökulmasta tiedon saaminen on tarpeen kadonneen henkilön etsintätoimien oikeaksi kohdentamiseksi ja niiden tehokkaaksi toteuttamiseksi. Samalla tiedon antaminen palvelee myös kadonneen henkilön hengen ja terveyden suojaamista.” KHO katsoo siis, että poliisin tiedonsaanti-intressiä on kyseisessä tapauksessa pidettävä painavampana kuin tarvetta suojata asianomaisen henkilön yksityiselämää ja yksityisyyttä.¹⁸ Näillä perusteilla KHO toteaa, että tietoa siitä, onko kadonneeksi ilmoitettu henkilö sairaalassa vai ei, on pidettävä poliisille poliisilain 1 luvun 1 §:n 2 momentin mukaisesti kuuluvan kadonneen henkilön etsimistä koskevan tehtävän suorittamisen kannalta poliisilain 4 luvun 2 §:n 1 momentissa tarkoitettulla tavalla tarpeellisenä. KHO toteaa lisäksi, että tiedon antamista poliisille ei ole laissa nimenomaisesti kielletty tai rajoitettu. Poliisilla on siten lähtökohtaisesti ollut oikeus saada pyytämänsä tiedot julkisuuslain tai potilaslain salassapitosäännösten estämättä.¹⁹

KHO:n tulkinnassa on merkittävää se, että se rakentaa uudenlaista tulkintaohjetta siitä, miten potilastietoihin kuuluvien tietojen osalta on tapauskohtaisesti arvioitava eri tietojen luonnetta erityisesti silloin, kun kysymyksessä ovat henkilön omat tiedot, joiden antamisella voitaisiin turvata hänen omat painavat yksityiset etunsa. Samansuuntaisesti asiaa lähestyi ensimmäisessä oikeusasteessa erimielisen äänestyslauseannon antanut tuomari, jonka mukaan asiassa tulisi suorittaa perusoikeuspunnintaa perustuslain (731/1999) 7 ja 10 §:n välillä. Hän totesi, että poliisin tiedonsaanti henkilön sairaalassa olosta ja sen perusteella poliisin mahdollisuus ryhtyä tarpeellisiin toimenpiteisiin muistisairaana vanhuksen löytämiseksi tai todeta henkilön olevan turvassa toteuttaisi kyseisessä tapauksessa hierarkiassa korkeampaa perusoikeutta eli oikeutta elämään ja turvallisuuteen.²⁰ Kun oikeussäännöt jättävät tietojen antamista koskevat edellytykset hyvin tulkinnanvaraisiksi ja jopa aukollisiksi, on tietojen luovuttamista perusteltava perusoikeuksien ja niihin palautuvien intressien punninnalla.²¹

18. KHO 2024:80, kohta 40.

19. KHO 2024:80, kohta 41.

20. Helsingin HAO 8.11.2022 t. H6376/2022, erimielinen äänestyslauseunto.

21. Ks. Arto Kauppi, Potilastiedot ja poliisin tiedonhankinta. WSOYpro 2007, s. 357–358.

KHO:n tulkintaa voidaan pitää subjektiivisena teleologisena tulkintana. Ratkaisevana elementtinä on poliisilain esitöistä tulkittu lainsäätäjän tahto siitä, että poliisin tiedonsaantioikeus on tarkoituksella laaja ja sitä tulisi arvioida tapauskohtaisesti. KHO tulkitsi potilaslain 13 §:ää poliisin tiedonsaantioikeuden kannalta *e contrario*, sillä se katsoi, että potilaslaki ei nimenomaisesti kiellä eikä rajoita tiedon antamista kadonneen henkilön sairaalassa olosta poliisille, kun kysymys on henkilön omista tiedoista tämän itsensä hengen ja terveyden suojaamiseksi. Tutkimuksen mukaan potilastiedon ilmaisemista poliisille voidaan arvioida henkilön hypoteettisen suostumuksen konstruktion avulla, kun kysymys on tilanteesta, jossa henkilön omia potilastietoja luovutettaisiin henkilön oman hengen ja terveyden suojaamiseksi. Tällöin lähtökohtana on ajatus siitä, että henkilön voidaan olettaa haluavan saada apua henkensä turvaamiseksi ja siten hän antaisi suostumuksensa tietojen luovuttamiselle, jos voisi.²²

Myös yleisen tietosuoja-asetuksen²³ sääntelystä on tulkittavissa samanlainen oletus. Tietosuoja-asetusta ei sovelleta viranomaisen oikeuteen antaa tietoja. Analogisesti voidaan kuitenkin huomioida se, että tietosuoja-asetuksen 9(2)(c) artiklassa sallitaan erityisten henkilötietyryhmien käsittelyn oikeusperustaksi rekisteröidyn tai toisen luonnollisen henkilön elintärkeät edut – toisin sanoen tilanne, jossa on kysymys jonkun hengenvaarasta – jos henkilö on fyysisesti tai juridisesti estynyt antamasta suostumustaan. Tietosuoja-asetuksen voidaan katsoa tukevan tulkintaa siitä, että henkilön omia terveystietoja voidaan antaa toiselle viranomaiselle tilanteessa, jossa niitä käytetään henkilön oman hengen ja terveyden turvaamiseen.

KHO perustelee tulkintaansa myös painavalla yleisellä edulla. Tämän reaali-argumentin mukaan yleisen edun näkökulmasta tiedon saaminen on tarpeen kadonneen henkilön etsintätoimien oikeaksi kohdentamiseksi ja niiden tehokkaaksi toteuttamiseksi.²⁴ Yleinen etu voidaan KHO:n lausunnon perusteella ymmärtää viranomaisen tehokkuus- ja tarkoituksenmukaisuusnäkökulmaksi, joka voidaan nähdä yhtäältä yhteiskunnan taloudellisia intressejä koskevana kysymyksenä.²⁵ Toisaalta KHO:n perustelua avaa poliisilaitoksen hallinto-oikeudelle antama selvitys. Siinä todetaan poliisille olevan ennen ”laajamittaisten etsintö-

22. Kaupin mukaan hypoteettinen suostumus on perusteltu lähtökohta tietojen luovuttamista koskevassa harkinnassa, mutta yksinomaisten konstruktiona se jää perusteltavuudeltaan heikoksi. Kauppi 2007, s. 330.

23. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukset (EU) 2016/679 luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta. EUVL L 119, 4.5.2016, s. 1.

24. KHO 2024:80, kohta 40.

25. Ks. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) päätös M. S. v. Sweden 27.8.1997, 20837/92. Tapauksessa EIT:n mukaan henkilön terveystietojen luovuttamista toiselle viranomaiselle voit- tiin pitää hyväksyttävänä yhteiskunnan taloudellisen hyvinvoinnin suojelemiseksi. Vaikka tapauksessa oli kysymys puuttumisesta Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8(1) artiklassa turvattuun oikeuteen yksityiselämään, siihen soveltuivat 8(2) artiklan oikeuden rajoitusperusteet.

jen käynnistämistä” tärkeää saada tieto, onko henkilö mahdollisesti turvallisesti sairaalassa.²⁶ Yleisen edun kannalta asiassa ei ole kysymys pelkästään viranomaisen tehokkuudesta vaan yleisestä turvallisuudesta: poliisi – mahdollisesti yhdessä muiden viranomaisten ja sidosryhmiensä kanssa – joutuu sitomaan resurssiaan laajoihin etsintöihin, jolloin nämä voimavarat ovat pois yleisen turvallisuuden valvonnasta ja muun muassa rikosten ennalta estämisestä ja selvittämisestä. Jos henkilö on sairaalassa eikä poliisi voi saada siitä tietoa, viranomaisvoimavaroja sitovat etsinnät voivat jatkua pitkäänkin. Tilanne on tällöin jopa absurdi, kun tieto henkilön sairaalassa olosta on samaan aikaan terveydenhuollon viranomaisilla. Tutkimuksessa on todettu, että julkiset intressit ovat painavat tilanteessa, jossa sidotaan yhteiskunnan resurssija etsintöihin, eikä henkilön etsintään käytettävien yhteiskunnallisten resurssien priorisointia suhteessa potilaan oikeuteen salata oleskelunsa terveydenhuollon yksikössä voitane asettaa kyseenalaiseksi.²⁷

5. Lopuksi

Oikeudenkäymiskaaren todistamiskiellot eivät rajoita tietojen antamista poliisille sen toimittaessa poliisitutkinnan kadonneen henkilön etsimiseksi. Tieto henkilön olosta sairaalassa on potilasasiakirjoihin merkittävä tieto, jonka salassapito määräytyy asiakastietolain mukaan. Terveydenhuollon ammattihenkilön ammattihenkilölakiin perustuva salassapitovelvollisuus täydentää asiakastietolain salassapitosääntelyä. Salassa pidettävää potilastietoa saa paljastaa poliisille, jos laissa on siitä erikseen säädetty (asiakastietolain 6 §). Poliisilla on poliisilain 4 §:n 2 momentin nojalla päällystöön kuuluvan poliisimiehen pyynnöstä oikeus saada viranomaiselta poliisille kuuluvan tehtävän suorittamiseksi tarpeelliset tiedot ja asiakirjat, jollei sellaisen tiedon tai asiakirjan antamista poliisille ole laissa nimenomaisesti kielletty tai rajoitettu. Nimenomaista kieltoa paljastaa potilasasiakirjaan sisältyvää tietoa poliisille ei ole voimassa olevassa lainsäädännössä säädetty. Terveydenhuollon ammattihenkilöä sitova salassapitovelvollisuus ei estä poliisin tiedonsaantia potilasasiakirjasta, jos potilastietoa käytetään kadonneen etsimisessä henkilön oman hengen ja terveyden turvaamiseksi.

Kaiken kaikkiaan sääntely poliisin oikeuksista saada potilaan tietoja erityisesti muissa kuin rikoksen selvittämistä koskevissa yhteyksissä on tulkinnanvaraista ja aukollista. KHO:n yleisen ja yksityisen edun punnintaa käsillä olevassa tapauksessa on pidettävä hyväksyttävänä, koska sekä yksityiset että yleiset intressit yhdessä puoltavat tietojen antamista. Jos tulkinta tehtäisiin ilman tilannekoh-

26. Helsingin HAO 8.11.2022 t. H6376/2022.

27. Kauppi 2007, s. 332.

taista perusoikeuksiin pohjautuvien intressien punnintaa, se johtaisi tosiasiallisesti viranomaisen toimintaedellytysten hankaloittamiseen, mikä vaikuttaisi sekä yhteiskunnallisten resurssien käyttöön että yleiseen turvallisuuteen. Yksityisten etujen kannalta tulkinnassa on perusoikeuksien kokonaisuuden kannalta merkittävää se, että henkilön omien tietojen antamista eli puuttumista hänen yksityiselämänsä ja henkilötietojensa suojaan suhteutetaan siihen, että tietoja käytetään henkilön oman edun eli hengen ja terveyden turvaamiseen.

Helinä Tiura-Virta – Evgeniya Kurvinen

Yleisesitys muoti- ja designalan keskeisestä juridiikasta

Emilia Hodge – Heidi Härkönen

Muotioikeus

Edita Lakitieto 2024. 473 sivua.

1. Aluksi

Heikki Halila on todennut, että suomenkielisten yleisesitysten ja oppikirjojen kirjoittamista pidetään vähämerkityksellisenä akateemisia meriittejä arvioitaessa.¹ Tutkija Heidi Härkönen ja asianajaja Emilia Hodge ovat kuitenkin kirjoittaneet kunnianhimoisen muotioikeuden yleisesityksen, joka soveltuu oppikirjaksi.

Emilia Hodge on kokenut asianajaja immateriaalioikeus-, kuluttaja-, tietosuoja- ja markkinointijuridiikan alalla. Hän on toiminut muun muassa Lumenta-konsernin lakimiehenä ja edustanut useita muoti- ja design-alan toimijoita. Hänen osaamisensa on palkittu useilla kotimaisilla ja kansainvälisillä palkinnoilla. Hodge oli juridisena neuvonantajana työ- ja elinkeinoministeriön Kiertotalous kuluttajakaupassa -hankkeessa.

Heidi Härkönen on oikeustieteen tohtori ja varatuomari, joka toimii tutkijatohtorina Turun yliopistossa sekä IPRinfo-lehden päätoimittajana. Härkösen artikkeliväitöskirja tarkastelee tekijänoikeutta kestäväen kehityksen näkökulmasta.² Heidi Härkönen on myös yksi kansainvälisen muotioikeuden käsikirjan kirjoittajista. Teos ilmestyy tänä vuonna.³ Härkönen on myös julkaissut useita vertaisarvioituja oikeustieteellisiä artikkeleja, jotka käsittelevät aiheita digitaalisesta designista piratismiin.⁴

* *Maria Rehbinder*, lakimies, Taiteiden ja suunnittelun korkeakoulu, Aalto-yliopisto.

1. Heikki Halila, Oikeustieteen kansallisuus ja kansainvälisyys. *Lakimies* 2/2024, s. 304–307.
2. Heidi Härkönen, Fashion and Copyright: Protection as a Tool to Foster Sustainable Development. Lapin yliopisto 2021 osoitteessa <https://lauda.ulapland.fi/handle/10024/64810>.
3. Ks. Heidi Härkönen, The Impact of Artificial Intelligence on the Fashion Sector: a Moral Rights Perspective, luku 36 teoksessa Eleanor Rosati – Irene Calboli (eds), *Handbook of Fashion Law*. Oxford University Press 2024.
4. Heidi Härkönen, Fashion piracy and artificial intelligence – does the new creative environment come with new copyright issues? *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 15(3) 2020, s. 163–172 osoitteessa <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpaa021> ja Heidi Härkönen, Muoti

Muotioikeuden yhdistys on vuodesta 2014 lähtien järjestänyt luento- ja keskustelutilaisuuksia oikeuden eri aloilta, kuten tekstiilien kierrätyksen juridiikasta ja tekoälystä. Heidi Härkönen on toiminut yhdistyksen perustajana ja puheenjohtajana ja Emilia Hodge hallituksen puheenjohtajana. Muissa Pohjoismaissa muotioikeuden alan toiminta on alkanut myöhemmin kuin Suomessa. Ruotsissa ensimmäinen muotioikeuden konferenssi järjestettiin keväällä 2024.

Muotioikeus käsittelee useita oikeudenaloja, ja se voidaankin mieltää temaatiseksi kokonaisuudeksi tai käytännön oikeudenalaksi. Muotioikeudelliselle tarkastelulle leimallista on vertaileva oikeustiede, erityisesti silloin, kun kansallisen lainsäädännön taustalla on kansainvälisiä sopimuksia tai EU-oikeudellista sääntelyä. Kirja tarkastelee eurooppalaista sääntelyä ja Suomen lainsäädäntöä, mutta erityisesti yhdysvaltalaisen immateriaalioikeuden poikkeavat käytännöt mainitaan eri yhteyksissä, sillä muotiteollisuus on globaali toimiala, jossa tulee huomioida myös eri maiden suojamuotojen ja rekisteröinnin erot. Kirjoittajat toivovat myös jatkokirjoituksia muotioikeuden teemoista. Erityisen relevanttina näen Yhdysvaltojen eri immateriaalioikeuksien rekisteröintien hyödyntämisen. Kun otetaan huomioon Yhdysvaltojen merkitys globaalissa taloudessa, tämä olisi jatkokirjoituksille teema, josta luovan alan toimijat hyötyisivät.

Ensimmäinen muotioikeuden opintokokonaisuus syntyi vuonna 2006 Fordhamin yliopistossa Yhdysvalloissa, ja seuraajia koulutuksentarjoajina ovat esimerkiksi Milano Fashion Institute ja London College of Fashion. Suomessa muotioikeuden opintojakso on ollut tarjolla Turun yliopistossa syksystä 2024 alkaen.

Design- ja muotioikeuden loukkausväitteitä ja oikeusriitoja käsitellään julkisuudessa, ja vaikuttaa siltä, että yleinen kiinnostus muotioikeuden kysymyksiin on laajaa. Loukkausväitteitä koskevassa tiedotusvälineiden kirjoittelussa ei useinkaan selvitetä väitteiden juridisista perustaa tai juridisen perustelun puutteellisuutta, ja kirja palvelisikin myös julkista keskustelua ja muotioikeudesta kirjoittavia journalisteja. Iittalan uuden logon ympärillä käyty keskustelu on yksi tällainen julkisuudessa ollut loukkausväite, jonka oikeudelliset reunaehdot käsitellään kirjassa.

2. Kirjan rakenne ja esitystapa

Kirja jakautuu kokonaisuuksiin, jotka on otsikoitu Brändi, luovuus ja yksinoikeudet, Tuotanto, jakelu ja kaupallinen yhteistyö, Markkinointi ja tuotteiden myynti, Kiertotalous – kestävä muotialan liiketoimintaa sekä Työkalut. Alalu-

tekijänoikeudellisena teoksena: näkökulmia teoskynnykseen ja kopiointiin. Defensor Legis 6/20218, s. 908–922.

kujen lopussa olevat osiot (Inspiroidu, suunnittele ja toteuta) antavat käsitelyyn sääntelyyn liittyviä ohjeita käytännön toteuttamiseen. Kirjassa käsiteltävien kokonaisuuksien monilukuisuus peilaa sitä, miten monipuolista juridista osaamista yritystoiminta muotialalla edellyttää.

Muotioikeus-kirjan näkökulma on liiketoiminnan tai prosessien luonteessa ja niiden ilmiöissä sekä mahdollisissa haasteissa. Kirja pyrkii opastamaan riskienhallintalähtöiseen ajatteluun. Kirjan tarkastelutapa, jossa eri oikeudenalat käsitellään tietyn ilmiön yhteydessä, auttaa ymmärtämään tiettyyn ilmiöön kohdistuvaa eri alojen säännösten kokonaisuutta. Myös sisäisillä viittauksilla opastetaan lukijaa siihen, että asiaan liittyviä seikkoja käsitellään kirjan toisissa osioissa. Huolelliset lähdeviitteet ja laaja oikeustapausten käsittely syventävät kirjan käytännön juristin työtä palvelevaa esitystapaa.

Muotioikeuden oikeustapaukset käsittelevät usein teosten ja tavaramerkkien visuaalista ilmenemistä, ja kirjassa on runsas yksinoikeuksia selventävien oikeustapausten kuvitus. Kuvaesimerkein käsitellään esimerkiksi ne seikat, joita tavaramerkin sekaannusvaaran syntyminen edellyttää. Yksinoikeuden rekisteröinnin suunnittelua selvennetään kuvaesimerkein, tavaramerkin osalta muun muassa sijaintimerkkejä, kuviomerkkejä ja väritavaramerkkejä selventäen.

Kirjan oikeudellinen analyysi nojaa Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön, ja kirjassa osoitetaan siitä poikkeavien kansallisten käytäntöjen ongelmakohtia. Vaikka kirjan kohdeyleisönä ovat myös muut kuin juristit, ei kirjassa kuitenkaan sorruta yksinkertaistamaan tai jättämään pois tärkeitä EU-oikeuden yksityiskohtia.

3. Kirjan sisällöstä

Kirjan pääpaino on immateriaalioikeuksissa, markkinointi- ja kuluttajakaupan juridiikassa, tietosuoja-asioissa sekä keskeisissä luovan työn kaupallistamisen sopimusoikeudellisissa kysymyksissä. Tulossa olevat uudistukset lainsäädäntöön ja digitaalinen muoti, tekoälyn vaikutus muotialaan sekä voimistuvat kestävyys- ja vastuullisuusvaatimukset on huomioitu ajankohtaisessa sisällössä.

Tavaramerkin ja brändin käsittelyn avaa luku Tavaramerkki brändin omistuksen, puolustamisen ja arvon kannalta. Varhaisen rekisteröinnin arvon korostaminen on tärkeää, sillä liian usein törmää yrityksiin, jotka ovat aloittaneet brändin rakentamisen ilman sen juridista kivijalkaa, tavaramerkkirekisteröintiä. Kirja esittelee myös Euroopan unionin teollisoikeuksien viraston (EUIPO) tuen pienille ja keskisuurille yrityksille rekisteröintikustannuksiin.

Kirja esittelee tyypillisimmät tavarat, palvelut ja niiden luokat, jotka on syytä huomioda muotialan tavaramerkkihakemuksessa. Tavaramerkin ja brändin

osalta käsitellään rekisteröinnin edellytykset ja esteet, sekaannusvaara, rinnakkaiselosopimukset, sukunimen käyttö tavaramerkkinä, tavaramerkin käytön osoittaminen sekä toiminimi ja domain-nimi brändin suojan täydentäjinä.

Muotialan toimijoita neuvotaan laatimaan prosessi sille, miten suunnitellaan uusien aihetunnisteiden (hashtag) ja avainsanojen (keywords) käyttöönotto sekä kartoitetaan niiden käyttöön liittyvät tavaramerkit, sillä tavaramerkin luvaton käyttöä voi olla aihetunnisteen tai avainsanan käyttö elinkeinotoimintaan liittyvässä mainonnassa ja markkinoinnissa.

Sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa käsittelevässä luvussa tarkastellaan Käärijä-ilmioitä esimerkkinä käyttämällä kysymystä siitä, voiko markkinointitrendiin osallistuessaan syyllistyä hyvän tavan vastaiseen menettelyyn. Tekijänoikeutta käsitellään kokonaisuuksissa Tekijänoikeus: yksinoikeus omaperäiseen muotiluomukseen, Oikeudet muotivalokuvaan ja Muotinäytöksiin liittyviä tekijänoikeuskysymyksiä.

Kirjassa käsitellään laajasti vuonna 2019 annettua Cofemel-ratkaisua.⁵ Euroopan unionin tuomioistuimen vahvistama teoslajien yhtenevä omaperäisyysstandardi vaikuttaa monella eri tavalla muodin tekijänoikeuden ja mallioikeuden tarkasteluun.⁶ Tekijänoikeusneuvosto on lausunnossaan TN 2023:3 viitannut Cofemel-ratkaisuun ja muuttanut aikaisempaa lausuntolinjaansa, jossa käyttötaiteen omaperäisyydelle asetettiin muita teoslajeja korkeampi omaperäisyyden vaatimus.

Silloin kun vaatteet ja asusteet saavat tekijänoikeussuojaa, on tekijällä oikeus tulla nimetyksi hyvän tavan mukaisesti. Kirjoittajat esittävät tämän korostavan tarvetta sopia tekijän nimen ilmoittamisesta tai nimen ilmoittamisesta luopumisesta laadultaan ja laajuudeltaan selkeästi suunnittelijan ja yrityksen välisessä sopimuksessa.

Luvussa Mallioikeuden ja tekijänoikeuden kaksoissuoja käsitellään ristiriitaa malliasetuksen ja Cofemel-ratkaisun välillä. Malliasetuksen 96(2) artiklassa on todettu, että suojattu malli voi saada myös tekijänoikeussuojaa ja että kukin jäsenvaltio voi määritellä tällaisen suojan edellytykset ja vaadittavan omaperäisyyden.⁷ Malliasetuksen johdantolauseessa 32 on todettu tämän johtuvan siitä, että tekijänoikeutta koskevaa lainsäädäntöä ei ole jäsenvaltioissa yhdenmukaistettu. Cofemel-tapausta koskevassa julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa todettiin, että jäsenvaltioiden vapaus määritellä omaperäisyys koski aikaa ennen EU:n omaperäisyysstandardin harmonisointia.⁸

5. Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-683/17 Cofemel, ECLI:EU:C:2019:721.

6. C-683/17 Cofemel, C-833/18 Brompton, ECLI:EU:C:2020:461 ja C-168/09 Flos, ECLI:EU:C:2011:29.

7. Neuvoston asetus (EY) N:o 6/2002, annettu 12 päivänä joulukuuta 2001, yhteisömallista. EYVL L 3, 5.1.2002, s. 1–24.

8. Julkisasiamies Szpunarin ratkaisuehdotus asiassa C-683/17 Cofemel, kohdat 37, 38 ja 40.

Korostan neuvontatyössäni rekisteröidyn mallioikeuden hyötyjä suhteessa tulkinnanvaraiseen ja siten epävarmaan tekijänoikeudelliseen suojaan. Kirjoittajat toteavatkin, että mallin rekisteröinti tarjoaa dokumentoinnin mallisuojan olemassaolosta ja prosessuaalisesti mallioikeusloukkauksen toteennäyttäminen voi olla yksinkertaisempaa kuin tekijänoikeuden loukkauksen todistaminen. Mallioikeus: yksilöllisen ja uuden muotoilun suoja-keino -luvussa mallioikeus saakin ansaitsemansa painoarvon.

Kiertotalous mahdollistaa kestävästä muotialan toiminnan -luvussa käsitellään käytettyjen tavaroiden myyntiin, korjaustoimintaan ja alihankkijoiden käyttöön kiertotalousprojektissa liittyvää sääntelyä sekä jätelainsäädännön näkökulmaa kierrätykseen.

Kiertotalous: Tekijän levitysoikeuden sammuminen ja teoskappaleen “upcycling” -luvussa käsitellään tekijänoikeusneuvoston lausuntoa TN 2021:9 (Astiakorut ja tekijänoikeus). Lausunnossa tekijänoikeusneuvosto katsoi, ettei astioiden levitysoikeus ollut rauennut ja siten rikkoutuneen astian palasten käyttö koruina liiketoiminnassa oli tekijänoikeuslain vastaista toimintaa. Lausunnossa tekijänoikeusneuvosto vetosi ratkaisuun Art & Allposters, jossa levitysoikeuden ei katsottu rauenneen, koska teoskappaleita oli muutettu siirtämällä teoskappale kemiallisen prosessin avulla alustalta toiselle.⁹

Kiertotalouden mahdollistamisen näkökulma on osa julkaistua eriävää mielipidettäni lausuntoon. Tekijänoikeusneuvoston lausuntoa on käsitelty huolellisesti astian ja astiakorujen kuvan kera ja luvussa on referoitu oikeustieteellisiä artikkeleita, joissa on päädytty eriävän mielipiteen kannalle sekä tekijänoikeudellisten että ympäristönäkökulmien osalta.¹⁰ Kirjoittajat myös toteavat, että Saksasta, Alankomaista ja Yhdysvalloista löytyy oikeuskäytäntöä, jossa huomioidaan levitysoikeuden sammuminen kiertotalouden mahdollistajana.

Kirjan Työkalut-osiossa on sopimusehtojen esimerkkejä, sopimusmalleja ja sopimusten sisältöesimerkkejä sekä erilaisia listauksia lukijan käyttöön. Tavaramerkin käytön dokumentointi ja käyttönäytön kerääminen ovat tyypillisesti tehtäviä, joita yrityksen viestinnästä vastaavien tulee osata huomioida. Näytön keräämistä helpottaa kirjan kattava lista siitä, mitä kaikkea materiaalia käyttönäytön kerääminen voi koskea.

Kirjan vaikuttajamarkkinointia koskeva luku ja Työkalut-osiossa oleva vaikuttajamarkkinointia koskeva sopimusmalli antavat eväät tämän toiminnan osaluon laadun ja tavoitteiden saavuttamiselle. Sopimusmallissa vaikuttaja muun muassa sitoutuu seuraamaan Kilpailu- ja kuluttajaviraston ohjeistusta.¹¹

9. Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisu C-419/13 Art & Allposters, ECLI:EU:C:2015:27.

10. Péter Mezei – Heidi Härkönen, Monopolising trash: A critical analysis of upcycling under Finnish and EU copyright law. *Journal of Intellectual Property Law & Practise* 18(5) 2023, s. 360–366.

11. Kilpailu- ja kuluttajavirasto, Kuluttaja-asiamiehen linjaukset Vaikuttajamarkkinointi sosiaalisessa mediassa (2019) ja Markkinointiarjaisat (2011), tarkistettu 2015.

4. Lopuksi

Kirjan erityisenä antina nostaisin esille immateriaalioikeuksien kaupallisen hyödyntämisen tarkastelun osana EU:n kestävyystavoitteiden ja vihreän siirtymän mahdollistamista. Tekijänoikeudellisessa keskustelussa tekijänoikeuslaki nähdään usein muista perusoikeuksista irrallisena lakina. Esimerkiksi Suomen Tekijänoikeudellisen Yhdistyksen tilaisuuksissa tekijänoikeuden suhde muihin perusoikeuksiin ei ole ollut aiheena, ja tekijänoikeusneuvoston tehtäväksi on tekijänoikeuslain 55 §:ssä rajattu lausuntojen antaminen tämän lain soveltamisesta. Tämän rajauksen ei tulisi estää ympäristönäkökohtien huomioimista tekijänoikeuslain soveltamisessa silloin, kun tekijänoikeudellisessa tarkastelussa on perustellusti mahdollisuus päätyä erilaisiin tulkintoihin. Oikeustieteen opetuksessa kestäväällä kehityksellä vaikuttaisi olevan jo keskeinen sija, ja EU-oikeus antaa useita argumentteja kestäväen kehityksen huomioimiseen.¹²

Kysymyksiin luovan työn kaupallistamisesta löytyy vastauksia ja lähteitä tästä käsikirjasta, jota suosittelen luovan alan tekijöille, immateriaalioikeuksia hyödyntäville yrityksille ja näitä tahoja neuvoville lakimiehille sekä muille asiantuntijoille, kuten viestinnän ja innovaatiotoiminnan piirissä toimiville henkilöille. Oppikirjana teos olisi inspiroiva, ja uskon, että tämän kirjan ääreen en olisi nu kahtanut Porthanian kirjastossa.

Maria Rehbinder

12. Professori Tuula Linna, Vuoden opettajan puhe. Inter Vivos 2/2024. Kestävä kehitys on eettinen päämäärä, joka tulee ottaa huomioon poikkileikkaavasti kaikilla (oikeuden)aloilla.

Olavi Heinonen in memoriam



Tapio Kovero

Korkeimman oikeuden presidentti Olavi Ensio Heinonen, joka oli syntynyt 12.9.1938 Kuopiossa toimittaja Eino Heinosen ja tämän vaimon Ailin perheeseen, kuoli 85-vuotiaana 4.9.2024 Helsingissä. Hänen uransa tutkijana, lainvalmistelijana, tuomarina ja laillisuusvalvojana oli poikkeuksellisen monipuolinen ja ansioikas.

Olavi Heinonen tuli ylioppilaaksi Helsingin lyseosta (Ressusta) 1957. Hän valmistui lainopin kandidaatiksi 1960 ja lakitieteen lisensiaatiksi 1961 Helsingin yliopistosta. Hänen väitöskirjansa Velallisen konkurssirikoksista valmistui tarkas-

tettavaksi 1966, ja väitöstilaisuus oli joulun alla tuona vuonna. Olavi Heinonen toimi rikosoikeuden assistenttina Turun yliopistossa 1961–1965 ja Helsingin yliopistossa 1965–1969, ja hänet nimitettiin jälkimmäisen yliopiston rikosoikeuden apulaisprofessoriksi 1969. Olavi Heinosen ura jatkui lainsäädäntöneuvoksena 1970, kunnes hänet 32-vuotiaana nimitettiin korkeimman oikeuden jäseneksi. Tässä oikeusneuvoksen virassa hän työskenteli – kolmen vuoden (1986–1989) eduskunnan oikeusasiamiehen kautta lukuun ottamatta –, siihen asti, kun hän sai nimityksen ylimmän oikeusasteen (KKO:n) presidentiksi ja toimi siinä tehtävässä 13 vuotta 1989–2001. Sivutoimisesti Heinonen työskenteli eduskunnan lakivaliokunnan sihteerinä 1969–1970 ja vankilaoikeuden puheenjohtajana 1975–1984. Turun yliopiston oikeustieteen kunniatohtoriksi Heinonen vihittiin 1995.

Olavi Heinonen vaikutti keskeisesti sekä käytännön toimillaan lainvalmistelijana ja tuomarina että teoreettisella työllään tutkijana kriminaalipolitiikan uudelleen suuntaamiseen sekä rikoslainsäädännön ja oikeudenhoidon kehittämiseen. Lainvalmistelijan, tuomarin ja laillisuusvalvojan työnsä ohessa hän jatkoi kirjallista tuotantoaan ja piti läheistä yhteyttä tutkijayhteisöön. Kirjallisesta tuotannosta on erityisesti mainittava Olavi Heinosen yhdessä Inkeri Anttilan kanssa laatimat uudet rikosoikeuden oppikirjat *Rikos* ja *seuraamus* (1971), *Rikosten lajit* (1972), *Rikollisuus ongelmana* (1974, tekijöinä myös Pekka Koskinen ja Raimo Lahti) ja *Rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka* (1977) sekä Olavi Heinosen päätoimittajuus rikosoikeuden uuden perusteoksen (käsi- ja oppikirjan)

Rikosoikeus 1. ja 2. painoksen toteutuksessa (1999 ja 2002, uusin 5. painos Tapio Lappi-Seppälän päätoimittama, AlmaTalent 2022).

Olavi Heinonen vaikutti olennaisesti myös rikoslainsäädännön uudistamiseksi eri lainvalmisteluelimissä. Hän oli uudistuksen periaatelinjauksia valmisteeseen rikosoikeuskomitean jäsen 1972–1976 sekä osallistui monin tavoin myös oikeusministeriön asettaman erityisen hankeorganisaation (rikoslakiprojektin) valmistelemien rikoslainsäädännön osittaisuudistusten toteuttamiseen 1980- ja 1990-luvuilla. Olavi Heinonen oli merkittävä henkilö myös muilla oikeuspolitiikan alueilla, kuten poliittisesti riidanalaisen oikeuslaitostoimikunnan puheenjohtajana (1971). Lakimies-aikakauskirja haastatteli tasavallan presidentti Urho Kekkosta (UK) oikeuslaitoksen uudistamistarpeista 1970; mainittakoon, että Heinonen, joka oli toiminut Lakimies-aikakauskirjan toimitussihteerinä 1966–1969, kuului haastattelun vastauksista UK:n kanssa konsultoineeseen työryhmään. Eduskunnan oikeusasiamiehenä Heinonen vaikutti perus- ja ihmis-oikeusajattelun juurruttamiseen oikeudenkäyttöön ja KKO:n presidenttinä sen päätösten perustelujen kehittämiseen.

Olavi Heinonen on Inkeri Anttilan juhlakirjaan laatimassaan kirjoituksessa Inkeri Anttilan nuorempana kollegana (teoksessa Inkeri Anttila [1916–2013]. Rikosoikeuden uudistajan ammatillinen ura ja vaikutus. Toim. Raimo Lahti, Forum Iuris 2016, s. 245–253) omaelämäkerralliseen tapaan muistellut toimintaansa ja muun muassa todennut, että loppuvuodesta 1966 oli kolme päivämäärää, joiden jälkeen hän oli mielestään Inkeri Anttilan nuorempi kollega. Niistä yksi oli seksuaalirikoskomitean asettamispäivämäärä – Anttila oli valittu komitean puheenjohtajaksi ja Heinonen sihteeriksi. Yksi päivämääristä oli Olavi Heinosen karonkkailta, josta tämä laski epämuodollisen rikosoikeuden yötyöryhmän aloittaneen noin 11 vuotta kestäneen aktiivikautensa.

Olavi Heinonen ei salaa sanotussa kirjoituksessaan vasemmistolaista sympatiaansa ja osallistumistaan SDP:n kriminaalipoliittisen ohjelman (1969) laatimiseen. Hän kuitenkin kytkee kriminaalipoliittisen muutoksen yhteiskunnan yleisiin muutossuuntiin ja kriminologisen tiedon lisääntyvään hyödyntämiseen lainkäytössä. Siteeraan Heinosen kirjoituksessaan lainaamaa artikkeliaan Suomalainen Suomi Valvoja -lehdessä (1969): ”Rikollisuuden näkeminen yhteiskunnan yleisten sosiaalipoliittisten ongelmien heijastumaksi eikä vain rikollisen pahasta tahdosta johtuvaksi ilmiöksi on auttanut myös länsimaisten yhteiskuntien kriminaalipoliittisten päämäärien selkiytymistä. Lisäksi puhtaasti rikosoikeudellisten toimenpiteiden vaikutus rikollisuuden esiintymiseen voidaan nähdä oikeissa mittasuhteissa niiden tavallisen yliarvostuksen sijasta.” Merkkipäivähaastattelussaan Heinonen kertoi hakeutuneensa lukemaan lakia edistääkseen ihmisten yhdenvertaisuutta, ja hän katsoikin yhdenvertaisuuden ja oikeusvarmuuden uransa aikana kohentuneen (HS 11.9.2018).

Olavi Heinosen mainitussa Anttilan juhlakirja-artikkelissa on huomion arvoista muun muassa se, että hän katsoi rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen

jääneen kesken. Tämän kokonaisuudistuksen loppuun saattamista on muidenkin toimesta peräänkuulutettu. Toiseksi Heinonen arvioi viime vuosikymmeninä Euroopan yhdentymisen ja kasvavan globalisaation aiheuttaneen myös suomalaiselle kriminaalipolitiikalle aivan uudenlaisia haasteita, joiden ratkaisemiseen tarvitaan uutta luovaa suunnan näyttämistä. Rikosoikeuden lisääntynyt eurooppalaistuminen ja kansainvälistyminen ovat ymmärrettävästi aiheuttaneet huolta rikoslainsäädännön pohjoismaisen arvopohjan ja sisäisen johdonmukaisuuden säilymisestä.

Olavi Heinonen oli myös perhekeskeinen. Hän oli avioliitossa Marjatta o.s. Rahikaisen kanssa, ja heille syntyi neljä lasta, yhdeksän lastenlasta ja viisi lastenlastenlasta. Harrastuksikseen Heinonen luki yhteiskunnan ja liikunnan.

Oma yhteyteni Olavi Heinoseen alkoi siitä, että seurasin hänen rikosoikeuden peruskurssiluentojaan Tampereen kesäyliopistossa 1964 ja sain silloin ensi-kinä oikeustieteen syvälliseen opiskeluun. Aloittaessani rikosoikeuden assistenttina vuoden 1967 alusta Heinonen toimi vanhempana assistenttina. Vuonna 1970 olin kahdesti yhteensä kaksi kuukautta hänen sijaisenaan oikeusministeriön lainvalmistelukunnassa, jolloin valmistelin muun muassa rangaistusten täytäntöönpanolainsäädännön ja varallisuusrikossäännösten uudistamista. Myöhemmin olin hänen kanssaan vuorovaikutuksessa valmisteltaessa rikoslainsäädännön kokonaisuudistusta sekä järjestettäessä täydennyskoulutusta rikoslain 6 luvun reformista sekä uudistetusta rikosoikeudesta.

Nämä yhteiset kokemukset lisäsivät entisestään luottamustani Olavi Heino- sen asiantuntemukseen ja oikeamielisyyteen sekä hänen kriminaalipolitiikan lin- jaustensa oikeellisuuteen. Pitkäaikaisen virkatoverini Pekka Koskisen myönteiset luonnehdinnat Olavi Heinosesta syntymäpäiväkirjoituksessa Olavi Heinonen 60 vuotta (LM 8/1998, s. 1422–1424) vastaavat myös omaa käsitystäni.

Raimo Lahti

Elävää oikeuskulttuuria*

Vietimme viime vuonna 125-vuotisjuhlavuotta. Olemme tänäkin vuonna toimineet kaikilla toimintamme osa-alueilla perinteisimme tukeutuen ja samalla itseämme uudistaen. Yhdistyksen tarkoituksena on tieteellisenä järjestönä edistää oikeustieteen alan tutkimus- ja koulutustoimintaa, oikeustieteellisen tutkimuksen julkaisemista ja muuta tunnetuksi tekemistä, vaalia oikeuskulttuuria sekä toimia suomalaisten juristien yhdyssiteenä ja muutoinkin edistää juristikunnan yhteisiä pyrkimyksiä.

Yhdistyksellä on vakaa asema alan vanhimpana vaikuttajana ja jo perinteikkäänä tieteellisenä seurana. Julkaisujamme luetaan. Tilaisuuksissamme käydään. Itselleni on aina kohokohta, kun vastailmestynyt Lakimies-aikakauskirja on kotona odottamassa. Tilaisuuksissamme minulle on erityisen arvokasta se, että alan tutkijat ja erilaisissa juristiammateissa toimivat tapaavat toisiaan ja jalostavat yhdessä näkemyksiään. Tämä jos jokin elävöittää oikeuskulttuuria. Käytän tämän tilaisuuden kiittäkseni kaikkia tilaisuusiemme puhujia ja julkaisujemme kirjoittajia sekä ihmisiä, jotka ovat tehneet paljon työtä julkaisujen ilmestymisen ja tilaisuusiemme toteuttamisen eteen, sekä tietysti jäseniämme osallistumisesta.

Yhdistyksemme asema alan tutkijoiden ja muiden toimijoiden yhteisenä kohtaamispaikkana ei kuitenkaan ole itsestäänselvyys. Yhdistyksen on arvioitava toimintaansa ja sen puitteita jatkuvasti. Tänä vuonna yhdistyksen hallitus teki ehdotuksen yhdistyksen nimen muuttamisesta kuulumaan Suomalainen oikeustieteen seura. Esitystä tehdessä oli ajateltu, että tarkistettu nimi olisi nykyistä nimeä paremmin luonnehtinut tieteellisen seuramme tarkoitusta ja auttanut yhdistystä myös erottautumaan. Nimen ohella tehtiin muutamia muitakin sääntömuutosehdotuksia. Ehdotus innosti laajasti ihmisiä keskustelemaan aiheesta. Myös ne, jotka olivat nykyisen nimen kannalla, toivat vahvasti esiin, että olisi aihetta jatkaa keskustelua yhdistyksen nimestä ja muista samalla tehdyistä sääntömuutosesityksistä. Hallitus on sitoutunut jatkamaan tämän toiveen mukaisesti keskustelua. Asialla ei ole kiirettä.

Tänä vuonna, tai ehkä pitää sanoa tänäkin toimintavuonna, järjestimme yhdessä P. E. Svinhufvudin muistiosäätien kanssa kesäseminaarin. Se oli kolmas laatuaan. Kaikki seminaarit ovat tavalla tai toisella lähestyneet oikeusvaltioteemaa.

Kesän seminaarin aiheena olivat oikeusvaltion vaaran paikat. Aihe osoittautui ajankohtaisemmaksi kuin tilaisuutta valmistellessamme osasimme aavistaa.

* Puheenjohtaja, professori *Janne Salmisen* avaussanat Oikeuskulttuurin päivässä 8.11.2024.

Omassa mielessäni tilaisuutta suunnitella olivat pandemian aika ja poikkeusolot. Seminaari keräsi paljon ihmisiä keskellä kesää Kruununhakaan kuulemaan ja keskustelemaan oikeusvaltiosta. Yksi demokraattisen oikeusvaltion elinvoiman takaavista piirteistä on epäilemättä se, että oikeusvaltiosta keskustellaan ja sen tilasta ollaan kiinnostuneita. Avoin debatti ja vuoropuhelu eivät ole demokraattisen oikeusvaltion uhka. Ajattelen, että tilaisuudessa paitsi vahvistettiin oikeusvaltiota myös tehtiin elävää oikeuskulttuuria. Sen jälkeen on ollut useita samojen teemojen ympärille kiertyneitä keskustelutilaisuuksia esimerkiksi Suomen Akatemian ja Suomen valtiosääntöoikeudellisen seuran järjestäminä. Tilaisuutemme puhujat ovat jatkaneet keskustelua teemasta julkaisuissaan.¹

Olemme huomanneet, että länsimainen demokratia on hyökkäyksen kohteena ennennäkemättömällä tavalla. Uhkana on hybridivaikuttaminen, joka on usein hienovaraista ja käyttää hyväkseen samoja liberaaleja demokraattisia arvoja, joita se pyrkii horjuttamaan. Hybridivaikuttaminen tarkoittaa koordinoitua hyökkäystä muun muassa demokratiaa vastaan. Se käyttää hyväksi demokraattista infrastruktuuria muun muassa polarisaation kiihdyttämiseksi ja demokraattisen hallinnon heikentämiseksi. Onnistuessaan se voi vaarantaa länsimaisen demokratian yhtenäisyyden ja myös oikeusvaltiollisuuden. Myös hybridivaikuttamiseen vastaamisessa meidän on vaalittava demokratiaa sekä huolehdittava oikeusvaltiollisuudesta ja perus- ja ihmisoikeuksista.

Sellaiset länsimaisen demokratian kulmakivet kuin jokaisen perusoikeuksien suoja, pluralismi, vapaa media ja taloudellinen avoimuus tarjoavat sitä haluavalle mahdollisuuksia sekaantua demokraattiseen yhteiskuntaan piilotetuilla, epäselvillä, ei-sotilaallisilla keinoilla, jotka ovat viime kädessä suunniteltu heikentämään sisäistä yhtenäisyyttä ja myös lisäämään poliittista polarisaatiota. Demokratioiden on löydettävä keinoja puolustautumiseen vaarantamatta niitä arvoja, joita niiden on tarkoitus puolustaa. On myös pidettävä kiinni oikeusvaltiollisuudesta, johon kuuluu muun muassa laillisuus. Itsestään selvästi laillisuuteen kuuluvat kansallisten normistojen ohella esimerkiksi kansainväliset ihmisoikeusvelvoitteet.²

Kuten Mikael Wigell painottaa, totalitaariset järjestelmät pelkäävät demokratiaa, perusoikeuksia ja oikeusvaltiota. Sen tähden, Wigellin mukaan, kannattaisi hyödyntää niiden pelotevaikutusta vastauksessamme hybridivaikuttamiseen. Aivan vastakkaista olisi heikentää niitä uhkauksen johdosta. Liberaalit demokraattiset arvot ja oikeusvaltiollisuus eivät ole turvallisuusriskejä, vaan ne voidaan muuttaa

1. Ks. esim. Elina Pirjatanniemi, *Internationella förpliktelser och nationell säkerhet: kan vi lita på att vår grundlag fungerar tillfredställande i en turbulent tid*. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 4/2024, s. 265–293.

2. Venice Commission Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016).

vahvuuksiksi ja myös työkaluiksi, joilla voidaan uskottavasti pelotella hybridivaikuttajia ja samalla tehdä länsimaisista demokratioista vahvempia ja kestävämpiä.³

Meidän on johdonmukaisesti vahvistettava demokratiaa ja oikeusvaltiollisuutta sekä perustuslaillista varustusta ja suojaustamme. Näin voidaan vähentää hyökkäysten tehoa, vaikka nämä toimet eivät hyökkäyksiä poistakaan. Hybridivaikuttamisen osalta meidän on nimittäin huomattava, että joitakin vaikuttamisen elementtejä on vaikea täysin estää, jos pidämme kiinni demokratiasta ja oikeusvaltiollisuudesta. Samalla hybridivaikuttaminen tarjoaa myös mahdollisuuksia. Kuten Wigell tuo esiin, se paljastaa haavoittuvuuksiamme ja näin toimii eräänlaisena stressitestinä. Hänen mukaansa siltä pohjalta on jatkettava infrastruktuurimme ja arvojemme syventämistä, jotta ne olisivat kestävämpiä rappeutumista vastaan.⁴

Tällä hetkellä on vireillä useita tarkasteluja ja lainsäädännön kehityshankkeita, joilla pyritään viime kädessä vahvistamaan oikeusvaltion kriisinkestävyyttä. Myös oikeusvaltiorakenteita voidaan pyrkiä heikentämään osana hybridivaikuttamista. Siksikin on hyvä, että muun muassa oikeuslaitoksen asemaa oikeusvaltioperiaatteen takaajana arvioidaan ja pyritään myös vahvistamaan.

Janne Salminen

3. Mikael Wigell, Democratic Deterrence: How to Dissuade Hybrid Interference. *The Washington Quarterly* 44(1) 2021, s. 49–67.

4. Wigell 2021, s. 49–67.

Päätöksentekijän liikkumavara: harkintavalta ja haavoittuvuus turvapaikkaprosessissa*

Turvapaikkapäätöksentekoa on kutsuttu yhdeksi modernin valtion vaikeimmista ja monimutkaisimmista päätöksenteon muodoista. Se sisältää tulevaisuuden riskin (”perusteltu pelko”) arvioinnin rajoitetun tiedon perusteella, usein ilman asiakirjatodisteita. Turvapaikanhakijan kertomus saattaa olla ainoa saatavilla oleva todiste. Päätöksenteon vaikeutta ei kuitenkaan aiheuta ainoastaan rajallinen todistusaineisto. Pakolaiskäsitteen määrittely ja pakolaisia vastaanottavien maiden turvapaikkajärjestelmät ovat erittäin politisoituja ja alttiita merkittäville muutoksille – erityisesti silloin, kun koetaan kriisin uhkaa. Cynthia Gorman tuo esiin, kuinka pakolaiskäsitteen määritelmä ei ole staattinen vaan pikemminkin jatkuvan kamppailun kohde, joka kehittyi ihmisoikeusnormien ja kansallisten prioriteettien muutosten myötä.¹

Harkintavallan käytöllä on merkittävä rooli maahanmuuttopolitiikan muuttamisessa. Harkintavalta määritellään usein viranomaisen kykynä päättää, miten toimia ja valita eri vaihtoehdoista tosiseikkoja ja lakia koskevissa kysymyksissä, usein monimutkaisissa ja epävarmoissa tilanteissa.² Ruohonjuuritason päätöksentekijät, kuten Maahanmuuttoviraston ylitarkastajat ja hallinto-oikeustuomarit, tekevät päätöksiä turvapaikkaan pääsystä. Käsite ruohonjuuritason päätöksentekijät (englanniksi street-level bureaucrats) viittaakin julkisiin työntekijöihin ja heidät työllistäviin organisaatioihin, jotka myöntävät pääsyn julkisiin etuuksiin ja palveluihin tai määräävät eriluonteisia sanktioita.³

Ruohonjuuritason päätöksentekijöiden työlle on ominaista asiakastapausten ”massakäsittely” suuren työkuorman vuoksi. Ratkaistakseen työkuorman, monimutkaiset tapaukset ja epäselvät suoritusvaatimukset päätöksentekijät käyttävät harkintavaltaansa kekseliäästi ja strategisesti.⁴ Michael Lipskyn mukaan nämä pienet teot yhdessä muodostavat organisaation varsinaisen linjan.⁵ Harkintavalta on monisyinen ilmiö, johon vaikuttavat esimerkiksi muiden ruohon-

* Johanna Vanto, OTT, tutkijatohtori, Turun yliopisto. Kirjoitus perustuu vuoden väittelijän puheeseen Oikeuskulttuurin päivässä 8.11.2024.

1. Cynthia S. Gorman, Singled Out: Scaling Violence and Social Groups as Legal Borderwork in U.S. Asylum Law. *Geographical Review* 109(4) 2019, s. 487–506.
2. Ks. esim. Nora Dörrenbächer, Europe at the Frontline: Analysing Street-Level Motivations for the Use of European Union Migration Law. *Journal of European Public Policy* 24(9) 2017, s. 1328–1347.
3. Michael Lipsky, *Street Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. Russell Sage Foundation 1980.
4. Maxwell J. F. Cooper – Sangeetha Sornalingam – Catherine O’Donnell, Street-level bureaucracy: An underused theoretical model for general practice? *British Journal of General Practice* 65(636) 2015, s. 376–377.
5. Lipsky 1980.

juuritason päätöksentekijöiden käytännöt, yksittäisen päätöksentekijän asema organisaatiossa sekä ulkoiset politiikan ja median taholta tulevat paineet.

Selvitän kolme osatutkimusta sisältävässä artikkeliväitöskirjassani, kuinka turvapaikkapäätösten tekijät voivat hyödyntää olemassa olevaa lainsäädäntöä ja siihen perustuvaa harkintavaltaansa maahanmuuton kontrolloimiseksi. Tarkastelen myös sitä, millaisia seurauksia harkintavallan käytöllä turvapaikkaprosessissa voi olla haavoittuvaan asemaan joutuneille hakijoille, etenkin yksilöille, jotka hakevat queer-turvapaikkaa eli turvapaikkaa esimerkiksi seksuaalisen suuntautumisen tai sukupuoli-identiteetin perusteella.

Aiempi harkintavaltaa turvapaikkapäätöksenteossa koskeva empiirinen tutkimus on keskittynyt suurelta osin yksittäisten päätöksentekijöiden ratkaisuihin. Lisäksi lainsäädäntö, hallinnolliset käytännöt ja aiempi tutkimus haavoittuvuudesta turvapaikkapäätöksenteossa korostavat yksittäisen turvapaikanhakijan haavoittuvuutta.

Väitöskirjassani tuotan uutta tietoa harkintavallasta valottamalla, kuinka harkintavaltaa voidaan turvapaikkapäätöksenteossa ruohonjuuritasolla käyttää kollektiivisesti eli laajassa mitassa maahanmuuton kontrollointiin ja kuinka sitä voidaan delegoida kolmansille osapuolille, kuten järjestötoimijoille. Väitöskirjassani havaitsen, että turvapaikkaprosessista tulee hakijoille vaikeasti navigoitava etenkin silloin, jos turvapaikkakäytännöt ovat heittelehtiviä ja läpinäkymättömiä. Navigoitavuutta vähentää myös se, jos kansainvälisen suojelun myöntämiskriteerit ovat abstrakteja ja vaikeaselkoisia. Lisäksi turvapaikanhakijan kannalta voi olla ongelmallista, jos lähestymistavat turvapaikkapäätöksentekoon ovat epäyhtenäisiä päätöksenteon eri tasoilla, kuten Maahanmuuttovirastossa ja hallintotuomioistuimissa.

Väitöskirjassani esitän, että haavoittuvuutta tulee tarkastella uudella tavalla: ei pelkästään yksittäisen turvapaikanhakijan ominaisuuksien tai tilanteen kannalta vaan myös prosessuaalisena haavoittuvuutena. Lainaan tätä käsitettä ilmastomuutoksen ja alkuperäiskansojen tutkimuksesta, jossa sen tarkoituksena on siirtää haavoittuvuutta koskevaa keskustelua pois heikommassa asemassa olevien yksilöllisten haavoittuvuuksien tarkastelusta kohti niitä normeja ja käytäntöjä, jotka tuottavat haavoittuvuutta.⁶ Prosessuaalisella haavoittuvuudella viitataan niihin rakenteellisiin riskeihin turvapaikanhakijalle, jotka liittyvät esimerkiksi mainittuihin turvapaikkakäytäntöjen epävakautteen ja läpinäkymättömyyteen, suojelukriteerien abstraktiuteen ja vaikeaselkoisuuteen tai päätöksenteon epäyhtenäisyyteen.

6. Ks. esim. Danielle Rivera – Bradleigh Jenkins – Rebecca Randolph, *Procedural Vulnerability and Its Effects on Equitable Post-Disaster Recovery in Low-Income Communities*. *Journal of the American Planning Association* 88(2) 2022, s. 220–231.

Kuinka turvapaikkapäätösten tekijät sitten voivat hyödyntää olemassa olevaa lainsäädäntöä ja siihen perustuvaa harkintavaltaansa maahanmuuton kontrolloimiseksi?

Nostan esimerkin väitöskirjaani sisältävästä osatutkimuksesta I. Syksyllä 2015 niin sanotun Euroopan pakolaiskriisin yhteydessä turvapaikkahakemusten määrä moninkertaistui Suomessa aiempiin vuosiin verrattuna. Hakemusmäärien kasvua seurasi hakemusten hyväksymisprosentin romahdus. Romahdus oli yllättävä, sillä turvapaikkahakemusten määrän kasvun ei pitäisi automaattisesti johtaa myönteisten päätösten suhteellisen osuuden vähenemiseen. Selvitimme I osatutkimuksessa turvapaikkahakemusten massaluonteisen hylkäämisen syitä ja Suomen maahanmuuttoviranomaisen harkintavallan käyttöä turvapaikkapäätöksenteossa. Vertailimme turvapaikkapäätöksiä vuodelta 2015 juuri ennen hakemusmäärien kasvua ja vuodelta 2017 hakemusmäärien tasaannuttua. Keskeytimme päätöksiin, jotka koskevat nuoria irakilaisia, sillä he olivat suurin hakijaryhmä Suomessa molemmilla ajanjaksoilla.

Tarkastelimme ensimmäisessä osatutkimuksessa turvapaikkapäätöksissä tapahtuneita muutoksia niin määrällisesti kuin laadullisesti. Aineisto ei tue viranomaisten ja poliitikkojen selityksiä hakemusten laskeneelle hyväksymisprosentille. Nämä esimerkiksi esittivät moralisoivaan sävyyn, että Suomeen tuli kriisin myötä enemmän turvapaikkaa yksin hakevia nuoria työikäisiä miehiä, kun taas naapurimaihin, kuten Ruotsiin, tuli enemmän lapsiperheitä. Hakijaprofilissa emme kuitenkaan havainneet muutosta, joka voi selittää hyväksymisprosentin romahduksen. Miesten, naisten ja perheellisten hakijoiden osuudet pysyivät samankaltaisina vertailtavina ajanjaksoina. Emme myöskään havainneet muutosta siinä, miten usein hakijat vetosivat aiemmin koettuun vainoon tai pelkoon tulevasta vainosta.

Havaitsimme sen sijaan, että hakijoiden väitteitä epäiltiin ja samankaltaisia tosiseikkoja arvioitiin eri tavoin kuin aiemmin. Esimerkiksi vielä vuonna 2015 valtaosassa tapauksista, 85 prosentissa, hakijoiden väkivallan pelkoa uskottiin mutta vuonna 2017 Maahanmuuttovirasto piti väkivallan pelkoa uskottavana vain noin viidesosassa (19 %) tapauksista. Vuonna 2017 miltei kaikissa päätöksissä (95 %) päätöksentekijä myös arvioi aiemmin koettujen oikeudenloukkausten olevan yksittäisiä, irrallisia tapahtumia, joilla ei ole yhteyttä vainon uhkaan tulevaisuudessa, kun vuonna 2015 näin arvioitiin vain noin kymmenesosassa (11 %) tapauksista. Johtopäätöksenämmä on, että turvapaikkapäätösten tekijät voivat hyödyntää laajaa harkintavaltaansa päätöksenteon suurten linjojen muuttamiseen ilman merkittäviä lainsäädännöllisiä muutoksia.

Entä millaisia seurauksia harkintavallan käytöllä turvapaikkaprosessissa voi olla haavoittuvaan asemaan joutuneille hakijoille, etenkin yksilöille, jotka hakevat queer-turvapaikkaa? Nostan esimerkkejä väitöskirjaani sisältävistä osatutkimuksista II ja III.

Toisessa osatutkimuksessa tarkastelen lainsoveltajien haastatteluiden avulla, miten turvapaikanhakijan seksuaalisen suuntautumisen ja sukupuoli-identiteetin arvioinnissa käytettävä DSSH-malli (akronyymi englannin sanoista ”Difference”, ”Stigma”, ”Shame” ja ”Harm”) toimii käytännössä. Ulkomaalaislaki (301/2004) asettaa varsin yleisluontoiset kriteerit, joiden mukaan henkilön kuuluminen tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään, kuten seksuaali- tai sukupuolivähemmistöön, voi toimia turvapaikkaperusteena. Tämä jättää päätöksentekijöille huomattavan harkintavallan. DSSH-malli puolestaan tarjoaa valmiin narratiivin seksuaalisen suuntautumisen ja sukupuoli-identiteetin arvioimiseksi. Malli keskittyy erilaisuuden kokemuksiin, tunteisiin, esimerkiksi häpeästä tai parisuhteista kumpuaaviin tunteisiin, ja identiteetin rakentumiseen.

Havaitsin, että lainsoveltajille – erityisesti hallinto-oikeustuomareille, joille malli on ehkä vieraampi kuin Maahanmuuttoviraston ylitarkastajille – voi olla vaikeaa soveltaa mallin abstrakteja identiteettiin ja tunteisiin liittyviä ulottuvuuksia. Ja koska turvapaikan saaminen voi edellyttää hakijalta DSSH-mallin mukaisen kertomuksen esittämistä, mallin soveltaminen saattaa viedä mahdollisuudet turvapaikkaan. Hakijalle voi olla vaikeaa kuvata tunne-elämänsä ja identiteettinsä rakentumista, tai häneltä voi puuttua kokemus intiimistä ja pitkäkestoisesta parisuhteesta samaa sukupuolta olevan kumppanin kanssa.

Hallinnollisten soft law -instrumenttien, kuten DSSH-mallin, käyttö voi siten tehdä turvapaikkapäätöksenteosta epäyhtenäisen päätöksenteon eri tasoilla. Tämä voi tehdä turvapaikkaprosessista hakijalle vaikeamman luovia ja päätöksenteon lopputuloksesta vaikeammin ennustettavan.

Kolmannessa osatutkimuksessa selvitan, millainen rooli turvapaikanhakijoiden osallistumisella queer-järjestöjen toimintaan ja järjestöjen antamalla lausunnoilla hakijoista on kansainvälistä suojelua koskevassa päätösharkinnassa. Aineistona ovat lainsoveltajien ja järjestötoimijoiden haastattelut. Havaitsin, että järjestöjen tarjoamalla selvityksellä on merkitystä erityisesti epäselvissä tapauksissa ja hakijan oman kertomuksen tukena. Hallinto-oikeustuomarit tosin suhtautuivat tällaiseen näyttöön myönteisemmin kuin Maahanmuuttoviraston ylitarkastajat. Järjestöt voivat myös tukea ja ohjata hakijoita puhumaan seksuaalisuudesta ja sukupuoli-identiteetistä tavalla, jota lainsoveltajat ymmärtävät ja edellyttävät.

Järjestöt ovat olennainen linkki turvapaikanhakijoiden ja lainsoveltajien välillä. Järjestöt myös päättävät, millainen hakija voi heidän toimintaansa osallistua ja esimerkiksi saada heiltä lausunnon. Turvapaikkapäätöksentekoon voivat siten laajassa mielessä osallistua myös järjestötoimijat esimerkiksi määriteltäessä, millainen turvapaikanhakija kuuluu uskottavasti seksuaalivähemmistöön. Järjestöjen rooli voi kuitenkin asettaa turvapaikanhaussa eriarvoiseen asemaan yksilöt, jotka eivät voi tai halua osallistua järjestötoimintaan tai joiden seksuaalisuutta järjestötoimijat eivät tunnista.

Hiljattain ulkomaalaisia koskeviin järjestelmiin ja sääntelyyn on tehty huomattavia muutoksia niin Euroopan unionin (EU) kuin sen yksittäisen jäsenmaan Suomen tasolla. Esimerkkeinä mainitsen toukokuussa 2024 hyväksytyt EU:n muuttoliike- ja turvapaikkasopimuksen (niin sanotun paktin) tai lukuisat pääasiassa sääntelyä kiristävät muutosesitykset kansalliseen ulkomaalaislainsäädäntöön, kuten heinäkuussa 2024 hyväksytyt käännetyksensä.⁷ Väitöskirjani pohjalta esitän, että tulevaisuudessa niin tutkimuksessa kuin päätöksenteossa katse on suunnattava suurten ja näyttävien hankkeiden ohella myös kohti huomaamattomampia mutta yksilön kannalta keskeisiä ruohonjuuritason käytäntöjä.

Haluan lämpimästi kiittää Suomalaista Lakimiesyhdistystä huomionosoituksesta. Haluan myös muistuttaa, että väitöskirjani taustalla on paitsi oma panokseni myös onnistunut ohjaus ja yhteiskirjoittajien tuki. Toivon, että polkuni tutkijana on vasta alussa ja tämä kannustaa jatkamaan sillä eteenpäin.

Johanna Vanto

7. Laki väliaikaisista toimenpiteistä välineellistetyn maahantulon torjumiseksi (482/2024).

Vuoden 2023 väittelijän palkinto oikeustieteen tohtori Johanna Vantolle

Palkinto myönnetään väitöstutkimuksesta *Wiggle Room: Discretionary Power and Vulnerability in Asylum Procedure* (Turun yliopisto 2023). Väitöskirja tarkastettiin Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 25.11.2023. Palkinto on suuruudeltaan 5 000 euroa.

Johanna Vanton väitöskirjatutkimuksessa tarkastellaan viranomaisten harkintavaltaa ja turvapaikanhakijoiden haavoittuvuutta ulkomaalaislainsäädännön tarkoittamassa turvapaikkamenettelyssä. Tutkimuksen keskiössä on seksuaalivähemmistöön kuuluvien turvapaikanhakijoiden kohtelu. Väitöskirja on tehty yhteiskunnallisesti ja oikeudellisesti tärkeästä ja ajankohtaisesta aiheesta, josta se tuottaa uutta tutkimustietoa. Tutkimus on korkeatasoinen. Sen toteutus on kunnianhimoinen ja rohkea. Oikeustutkimuksena se on yhtäältä oikeussosiologinen ja toisaalta julkisoikeudellinen. Kokonaisuutena arvioiden tutkimus on kuitenkin luonteeltaan ennen kaikkea tieteidenvälinen. Se yhdistää aikaisempaa yhteiskunta- ja oikeustieteellistä tutkimusta ja metodisia lähestymistapoja vahvaan tutkimukselliseen osaamiseen tukeutuen. Tutkimus sukupuoli- ja seksuaalivähemmistöistä turvapaikkaprosesseissa on ollut vähäistä, oikeustieteellisen tutkimuksen osalta jopa olematonta. Vanto on hyödyntänyt tutkimuksessaan sekä oikeustieteellisiä että yhteiskuntatieteellisiä laadullisia ja määrällisiä menetelmiä sekä laajoja kirjallisia aineistoja.

Tutkimuksen tapa käsitteellistää ja tarkastella turvapaikanhakijoiden haavoittuvuutta hallinnon prosessien tuottamana ilmiönä on ansiokas. Tutkimuksen tarpeisiin hahmoteltu menettelyllisen haavoittuvuuden käsite avaa hedelmällisen analyttisen tilan ja lisää ymmärrystämme turvapaikanhakijoiden asemasta. Menettelyllisen haavoittuvuuden käsitteen avulla tutkimuksessa tavoitetaan niitä rakenteellisia seikkoja, jotka liittyvät esimerkiksi turvapaikkaprosessin puutteisiin turvapaikan hakijan kannalta. Prosessuaalisen haavoittuvuuden käsite voi siirtää haavoittuvuutta koskevan keskustelun painopistettä pois yksilöiden haavoittuvuuksista kohti niitä normeja ja käytäntöjä, jotka tuottavat haavoittuvuutta viranomaismenettelyissä.

Lakimies-aikakauskirjan kirjoittajapalkinnot (à 3 000 euroa)

Lakimies-aikakauskirjan kirjoittajapalkinto parhaasta vuonna 2023 julkaistusta artikkelista myönnettiin OTT Elisa Silvennoiselle ja OTT Heini Kainulaiselle kirjoituksesta Väliaikaisen edunvalvojan määrääminen esitutkinnassa (LM 3–4/2023).

Nuorten kirjoittajien palkinto 2023 myönnettiin OTM, VTM Riikka Lönnbladille kirjoituksesta Yksityisyyttä yli kuoleman (LM 7–8/2023).

Oivallisen oikeustieteen maisteritutkielman palkinnot vuonna 2023 valmistuneista tutkielmista (à 2 000 euroa)

- OTM Daniella Gallokselle Helsingin yliopistosta eurooppalaisen velvoite- ja markkinaoikeuden tutkielmasta Privacy considerations under EU competition law: the balance achieved in article 5(2) of the digital markets act and the effects of the Facebook decision
- OTM Matti Könnömäelle Helsingin yliopistosta prosessioikeuden tutkielmasta Oikeutta kaikille – pienriitamenettely sääntelyvaihtoehtona
- OTM Riikka Karppiselle Turun yliopistosta vahingonkorvausoikeuden tutkielmasta Alaikäisen vahingonkorvausvastuu lapsen perusoikeussuojan näkökulmasta
- OTM Veera Saarelle Lapin yliopistosta eurooppaoikeuden tutkielmasta Ennakkoratkaisupyyntöjen esteet kotimaisissa tuomioistuimissa
- OTM Elina Lindströmille Itä-Suomen yliopistosta valtiosääntöoikeuden tutkielmasta Oikeusvaltio korona-ajan perusoikeusrajoituksia koskevien eduskunnan täysistuntokeskusteluiden valossa

Post doc -apuraha

- OTT Julia Ahlforsille Helsingin yliopistosta sopimusoikeuden post doc -tutkimukseen Kaupallisten sopimusten purkaminen 64 000 euroa

Väitöskirja-apurahat (à 26 355,60 euroa)

- HTM, MuM Marianne Ahmaojalle Helsingin yliopistosta kauppaoikeuden väitöskirjatutkimukseen Oikeuskimppuja – tekijänoikeuden yleisiä oppeja etsimässä
- OTM Annika Antikaiselle Helsingin yliopistosta viestintäoikeuden väitöskirjatutkimukseen Sana sodan aseena: sananvapaus ja poliittisen disinformaation

vastainen kamppailu internetin aikakaudella verkkoalustoille asetettujen velvoitteiden myötä

- MICL Rosa Marina Babtistalle Helsingin yliopistosta valtiosääntöoikeuden väitöskirjatutkimukseen A constitutional path for animal rights
- YTM, FM Heini Litmaselle Turun yliopistosta oikeussosiologian väitöskirjatutkimukseen Legal and practical narratives of the limits of criminal liability for acts in office with the police and private security personnel
- OTM Venla Mathleinille Turun yliopistosta kauppaoikeuden väitöskirjatutkimukseen Kuluttajansuojan ja eläinsuojelun risteyskohdassa: Kuluttajan tiedonsaantioikeuden toteutuminen eläinperäisten elintarvikkeiden markkinoinnissa
- OTM Katja Nylundille Helsingin yliopistosta perhe- ja jäämistöoikeuden väitöskirjatutkimukseen Avio-oikeus ja pesänjako: tutkimus aviovarallisuussuhteiden vaikutuksista PK 3 luvun mukaisessa jaossa
- OTM Jenna Piipolle Lapin yliopistosta rikosoikeuden väitöskirjatutkimukseen Lainkonkurrenssi
- OTM, KTK Julia Sundströmille Helsingin yliopistosta eläinoikeuden väitöskirjatutkimukseen Eläinten oikeudellinen asema Euroopan unionissa
- OTM Sonja Vileniukselle Turun yliopistosta ympäristöoikeuden väitöskirjatutkimukseen Community benefit Agreements: towards more legitimate mining?

Pienet apurahat

- YTM Frida Alizadeh Westerlingille Helsingin yliopistosta oikeusinformatiikan väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkimusvierailuun Luxemburgin yliopistossa 2 100 euroa
- MSS Amin Labbafille Helsingin yliopistosta valtiosääntöoikeuden väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkimusvierailuun Harvardin yliopistossa 2 500 euroa
- OTM Panu Ståhlbergille Helsingin yliopistosta säätiöoikeuden väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkimusvierailuun Kööpenhaminan yliopistossa 2 000 euroa
- OTM Linda Sydänmaanlakalle Helsingin yliopistosta finanssioikeuden väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkimusvierailuun Oxfordin yliopistossa 4 745 euroa
- LL.M. Sanna Wong-Toropaiselle Helsingin yliopistosta oikeusinformatiikan väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkimusvierailuun Stanfordin yliopistossa 3 000 euroa
- OTM, VTM Esko Yli-Hemmingille Helsingin yliopistosta rikosoikeuden väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkimusvierailuun Cambridgen yliopistossa 3 000 euroa

Yhteensä palkintoja ja apurahoja myönnettiin 339 545,60 euroa.

Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön myöntämät apurahat

Tutkimusapurahat

- OTM Taneli Kontiائiselle Helsingin yliopistosta perhe- ja jäämistöoikeuden väitöskirjatutkimukseen Pesänselvittäjän toimivalta ja etutahojen oikeussuoja kuolinpesän virallisselvityksessä 26 355,60 euroa
- OTM Laura Sarasojalle Helsingin yliopistosta oikeussosiologian väitöskirjatutkimukseen Ongelmallisen velkaantumisen sääntelyn dynamiikat 26 355,60 euroa
- OTT Aura Kostiaiselle Helsingin yliopistosta oikeushistorian post doc -tutkimukseen Poliisin toimivaltuuksiin liittyvä valvonta ja lainvalmistelu Suomessa oikeusvaltion ja demokratian näkökulmasta 26 355,60 euroa
- OTM Alexander Thesleffille Helsingin yliopistosta kauppaoikeuden väitöskirjatutkimukseen Tekoälyn avulla luotujen kirjallisten ja taiteellisten tuotosten suoja – immateriaalioikeudellinen tutkimus luovuuden automaatiosta 10 981,50 euroa
- OTM Samuli Kulmalalle Helsingin yliopistosta prosessioikeuden väitöskirjatutkimukseen Oikeuden väärinkäytön kieltö ja oikeudenkäynnit 13 177,80 euroa
- HTM Tuomas Ikoselle Itä-Suomen yliopistosta prosessioikeuden väitöskirjatutkimukseen Pakkokeinolla kertyneen ylimääräisen tiedon hyödyntämiseen kytkeytyvä problematiikka 10 981,50 euroa

Opintoapurahat

- YTM Frida Alizadeh Westerlingille Helsingin yliopistosta väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkijavierailuun Onati International Institute for the Sociology -tutkijakoulussa 2 000 euroa
- OTM Henri Halilalle Helsingin yliopistosta väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkijavierailuun Kööpenhaminan yliopistossa 3 000 euroa
- MSS Amin Labbafille Helsingin yliopistosta väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkijavierailuun Harvardin yliopistossa 3 000 euroa
- OTM Waltter Roslinille Helsingin yliopistosta väitöskirjatyöhön liittyvään tutkijavaihtoon Lundin yliopistossa 3 000 euroa
- OTM, VTM Esko Yli-Hemmingille Helsingin yliopistosta väitöskirjatutkimukseen liittyvään tutkijavierailuun Cambridgen yliopistossa 3 000 euroa

Julkaisuapurahat

- OTM, HTM, eMBA Niina Kallio-Nordlundille Lapin yliopistosta väitöskirjan Vapaa todistusteoria oikeudenkäynnissä erityisesti hyödyntämiskiellon näkökulmasta painatuskuluihin 1 000 euroa
- OTM Jussi Karkkulaiselle Itä-Suomen yliopistosta väitöskirjan Tavoitetahallisuus – Junamatka rikostunnusmerkistön olosuhteiden tahtomiseen painatuskuluihin 1 000 euroa
- OTT Outi Penttilälle Helsingin yliopistosta väitöskirjan Behind the greening virtues: A history of environmentalism in international law kielenhuolto- ja painatuskuluihin 780 euroa
- OTT Pekka Pohjankoskelle Helsingin yliopistosta väitöskirjan Union Without a Sword: Federal Coercion and the Emergence of Europe's Constitution painatuskuluihin 412 euroa
- OTT Saila Tuomalalle Helsingin yliopistosta väitöskirjan Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä painatuskuluihin 1 875 euroa

Apurahoja jaettiin yhteensä 133 274,60 euroa.

- Aalto-Heinilä, Maija*, FT, dosentti, Lapin yliopisto; yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto
- Annola, Vesa*, KTT, OTT, VT, professori, Vaasan yliopisto; vieraileva professori, Helsingin yliopisto
- Dahlberg, Maija*, OTT, apulaisprofessori, Itä-Suomen yliopisto
- Heinilä, Aleks*i, OTT, apulaisprofessori, Turun yliopisto
- Jussila, Tuomas*, OTT, FM, Turun yliopisto
- Koivisto, Ida*, OTT, apulaisprofessori, Helsingin yliopisto
- Kuokkanen, Tuomas*, OTT, VT, dosentti, Helsingin ja Itä-Suomen yliopistot; oikeusneuvos, korkein hallinto-oikeus
- Kurvinen, Evgeniya*, OTT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto
- Lahti, Raimo*, OTT, VTM, VT, professori emeritus, Helsingin yliopisto
- Malmi*nen, *Toni*, OTT, LL.M. (Yale), tutkijatohtori, Tampereen yliopisto; yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto
- Mustasaari, Sanna*, OTT, dosentti, Lapin ja Turun yliopistot; apulaisprofessori, Itä-Suomen yliopisto
- Nuotio, Kimmo*, OTT, professori, Helsingin yliopisto
- Paso, Mirjami*, OTT, dosentti, Lapin yliopisto; hovioikeudenneuvos, Helsingin hovioikeus; työelämäprofessori, Itä-Suomen yliopisto
- Paukku, Eelis*, OTT, KTM, DI, KHT
- Rantanen, Arja*, FT
- Rehbinder, Maria*, lakimies, Taiteiden ja suunnittelun korkeakoulu, Aalto-yliopisto
- Salminen, Janne*, OTT, professori, Turun yliopisto
- Tiura-Virta, Helinä*, HTM, väitöskirjatutkija, Itä-Suomen yliopisto
- Tolonen, Hannele*, OTT, VT, yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto, Vaasan oikeustieteellinen koulutus
- Urpilainen, Matti*, OTT, dosentti, Turun yliopisto; yliopistonlehtori, Tampereen yliopisto
- Vahtera, Veikko*, OTT, VTM, professori, Tampereen yliopisto
- Vanto, Johanna*, OTT, tutkijatohtori, Turun yliopisto

LAKIMIES

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
AIKAKAUSKIRJA

Toimitus:

OTT, VTM, VT, apulaisprofessori
TATU HYTTINEN
Päätoimittaja

FL, OTM, TtM
KAISA KARPPINEN
Toimitussihteeri

OTT, VTK, VT, professori
ANETTE ALÉN
Oikeuskäytäntöosaston
toimittaja

OTT, KTK, VT, erityisasiantuntija
JURKKA JÄMSÄ
Kirjallisuusosaston
toimittaja

Sadaskahdeskymmenestoinen vuosikerta
2024

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS
Helsinki

Toimitusneuvosto:

EEVA NYKÄNEN
OTT, professori
toimitusneuvoston
puheenjohtaja

JANNE AER
OTT, oikeusneuvos

KATRI HAVU
OTT, apulaisprofessori

ILARI HOVILA
OTT, yliopistonlehtori

JAAKKO HUSA
HTT, PROFESSORI

PEKKA KOPONEN
OTT, oikeusneuvos

PÄIVI LEINO-SANDBERG
OTT, professori

HENNA PAJULAMMI
OTT, verkostopäällikkö

MIKA VILJANEN
OTT, professori

ISSN 0023-7353 (painettu julkaisu)

ISSN 2953-9919 (verkkojulkaisu)

Lakimies 2024

Artikkeleita

Articles

<i>Aalto-Heinilä, Maija – Paso, Mirjami: Faktapremissi ja normipremissi: dualismista kohti holistisempaa oikeudellisen argumentaation teoriaa</i>	912	➤
Facts and norms: from a dualistic to a more holistic theory of legal argumentation		
<i>Annola, Vesa – Vahtera, Veikko: Strateginen yritysoikeus oikeustutkimuksessa</i>	935	➤
Strategic business law in legal research		
<i>Dahlberg, Maija: Perustuslain tulkinta Suomen ylimmissä tuomioistuimissa: empiirinen ja oikeusvertaileva tutkimus</i>	957	➤
Constitutional interpretation in the Finnish Supreme Courts: empirical and comparative study		
<i>Dahlberg, Maija: Poliitiikan vaikutus perustuslain tulkintaan – esimerkkinä lakien ennakkollinen perustuslainmukaisuuden valvonta perustuslakivaliokunnassa</i>	364	➤
The influence of politics on constitutional interpretation – Ex ante constitutional review by the Constitutional Law Committee as an example		
<i>Heikkilä, Satu: Oikeusvaltioperiaate ja riippumattomat tuomioistuimet</i>	600	➤
The rule of law and independent courts and tribunals		
<i>Heinilä, Aleks: Hyvästit ”Humen giljotiinille”: David Humen moraalifilosofia, oikeuden teoria ja käytäntö</i>	987	➤
Farewell to “Hume’s guillotine”: The moral philosophy of David Hume, legal theory and practice		
<i>Heinilä, Aleks: Suunnittelujärjestelmän sielunmessu? Alueidenkäytön lupahajauksen kehitys</i>	760	➤
A requiem for a planning system? Evolution of permits for unplanned development		
<i>Hiltunen, Miikka – Leino-Sandberg, Päivi: Kohdennetun poliittisen verkkomainonnan neljä sääntelykehystä eurooppaoikeudessa</i>	786	➤
The four regulatory frameworks of online targeted political advertising in European law		

<i>Hämäläinen, Hanna – Salminen, Janne:</i> Lainvalmistelun oikeudelliset puitteet	194	➤
The legal framework of the law drafting process		
<i>Jaakkola, Jussi:</i> Verotuksen ja talouden territoriaalisesta kytköksestä verotusvallan ekstraterritoriaalisuuteen: Poliittisten ideoiden murros ylikansallisessa yritysveroreformissa	6	➤
Towards extraterritoriality in corporate taxation: International corporate tax reform and the transformation of policy ideas		
<i>Kemppinen, Heikki:</i> Ensikertalaisille tuomittavien vankeusrangaistusten lajinvalinta.....	388	➤
Selecting the type of imprisonment for first-time offenders		
<i>Koivisto, Ida:</i> Oikeuden kieli ja automaatio – mahdoton yhtälö?	1013	➤
The language of law and automation – an impossible equation?		
<i>Kuokkanen, Tuomas:</i> Poissulkemislausekkeen sääntelystä ja oikeuskäytännöstä ulkomaalaisoikeudessa	1038	➤
The regulation and application of the exclusion clause in refugee law		
<i>Lamminen, Johannes:</i> Normaalisitovaan työehtosopimukseen perustuvan paikallisen sopimisen edistäminen Kansainvälisen työjärjestön periaatteiden näkökulmasta	32	➤
Promoting local bargaining based on a normally binding collective agreement from the perspective of the principles of the International Labour Organization		
<i>Luoto, Lauri – Turunen, Tiina – Vätjus-Anttila, Jalo – Hannonen, Jasmin – Hyttinen, Tatu – Ollus, Natalia:</i> Alipalkkaukseen perustuva työperäinen hyväksikäyttö ja rikosoikeus – kiskonnantapaista työsyryntää, kiskontaa työelämässä vai vain kiskontaa?	411	➤
Exploitation of employees through severe underpayment – which criminal offence is it?		
<i>Malminen, Toni:</i> Kun taloustiede menetti otteensa amerikkalaisesta kilpailuvalvonnasta. Tapaustutkimus yhteiskunnallisen oikeus-tutkimuksen karikoista	1060	➤
When economics lost its grip on American antitrust enforcement. A case study on the pitfalls of sociolegal studies		
<i>Mielityinen, Sampo – Fifield, Aurora:</i> Opetusavustaja opettajana – opiskelijakokemuksia opetusavustajan vaikutuksesta oppimisilma- piiriin ja ohjauksen laatuun oikeustieteen opetuksessa	223	➤
Teaching assistant as a co-teacher – students’ experiences of the effect of a teaching assistant on the learning atmosphere and the quality of instruction		

<i>Mustasaari, Sanna – Tolonen, Hannele: Lapsen etu oikeuslähteenä erityisesti riita- ja hakemusasioissa</i>	1082	➤
Best interests of the child as a source of law		
<i>Mylly, Ulla-Maija: Teknisen ohjeen suoja liikesalaisuusdirektiivin valossa</i>	628	➤
Protection of technical instructions in the light of the Trade Secret Directive		
<i>Nuotio, Kimmo: Oikeushyvien suojelu rikosoikeuden tavoitteena – rikosoikeuden tehtävistä ja rajoista</i>	1107	➤
The protection of legal interests as the aim of criminal law – on the functions and limitations of criminal law		
<i>Paakkanen, Katariina: Kriittinen katsaus rikosoikeuden feministiseen kritiikkiin ja sukupuolispesifiin lainsäädäntöön</i>	54	➤
Critical view on the feminist critique of criminal law and gender-specific criminal legislation		
<i>Salminen, Lassi: Osakkeenomistajien nimitystoimikunta</i>	251	➤
Shareholders' nomination board		
<i>Silvennoinen, Elisa – Tedre, Matti – Valtonen, Teemu: Datafikoituvaa peruskoulua – tasapainoilua lapsen henkilötietojen suojan ja opetuksen tavoitteiden välillä</i>	655	➤
Datafication in basic education: protecting children's personal data while advancing educational objectives		
<i>Tanner, Lauri – Saarni, Samuli – Nykänen, Eeva: Vastuu terveyden- ja sairaanhoidon johtamisesta julkisessa terveydenhuollossa ja vastaavan lääkärin asema</i>	276	➤
Responsibility for the oversight of health and medical care within public health care and the position of the physician-in-charge		
<i>Tapanila, Antti: Pakottamalla vai tahdonvastaisesti? Uusi seksuaalirikoslainsäädäntö käräjäoikeuksissa</i>	818	➤
Forced or involuntary? New sexual offences legislation in district courts		
<i>Toivonen, Virve – Aine, Antti: Alaikäisten urheilijoiden väkivaltakokemukset ja niihin puuttuminen</i>	437	➤
Children's experiences of violence in sports activities		
<i>Tuhkanen, Harri: Pakkokeinolain näyttökynnykset</i>	846	➤
Quantum of proof in the Coercive Measures Act		

<i>Urpilainen, Matti</i> : De lege ferenda -tutkimusote vero-oikeudessa: pohdintaa teorian, käytännön ja tieteenalojen rajapinnoilla.....	1138	📄
De lege ferenda arguments in tax law research		
<i>Vasara-Aaltonen, Marianne</i> : Naiset ja oikeusavun unohdettu historia...	679	📄
Women and the forgotten history of legal aid		

Katsauksia ja pienempiä kirjoituksia

Reviews and Smaller Writings

<i>Ahlfors, Julia</i> : Sopimusoikeuden tutkimuksen kansallisuus ja kansainvälisyys.....	308
Domestic and Foreign Law in Finnish Contract Law Research	
<i>Halila, Heikki</i> : Oikeustieteen kansallisuus ja kansainvälisyys	304
Nature of Jurisprudence as “national” and “international”	
<i>Koskinen, Mikael</i> : Etätöissä sattuneen tapaturman korvaaminen.....	79
Compensation for an accident that occurred while working remotely	
<i>Lahti, Raimo</i> : Teorian ja käytännön vuorovaikutus rikoslainopissa.....	1161
The interdependency of theory and practice in criminal law scholarship	
<i>Mattila, Heikki E. S.</i> : Tanskan oikeus Suomessa.....	461
Danish Law in Finland	
<i>Mikkola, Matti</i> : Kritiikkiä ja toisenlaista ajattelua	707
Criticism and dissidence	
<i>Mikkola, Tuulikki</i> : Oikeudenalojen kansallisuus ja kansainvälisyys nyt ja tulevaisuudessa: perhe- ja jäämistöoikeus sekä kansainvälinen yksityisoikeus	311
The national and international character of legal fields now and in the future: family- and inheritance law and private international law	
<i>Pajulammi, Henna</i> : Asianajajan näkökulma: missä määrin ja millä tavoin suomalainen akateeminen oikeustutkimus palvelee oikeudellista elämää?	317
An attorney’s perspective: how and to what extent does Finnish academic legal research serve in practical work?	
<i>Paukku, Eelis</i> : Oikeuden metodit ja teoria käytännön asianajotyössä.....	1178
Legal methods and theories in attorney work	

<i>Savola, Pekka</i> : Tuomioistuinten sisäisestä riippumattomuudesta, erityisesti lainkäyttöasian siirtämisestä vahvennettuun kokoonpanoon.....	872
On internal judicial independence, in particular when referring a case to a panel sitting in extended composition	
<i>Välämäki, Pertti</i> : Lainopin merkitys ratkaisun keksimisessä ja perustelmissa – muistikuvia työstäni korkeimmassa oikeudessa.....	99
The importance of legal dogmatics in the contexts of the discovery and justification of precedents – memories of my work at the Supreme Court of Finland	
<i>Wuolijoki, Sakari</i> : Oikeustieteellisen tutkimuksen trendit käytännön liikejuridiikan näkökulmasta.....	321
Legal research trends from a practical corporate counsel's view	

Väitöksiä

Dissertations

<i>Häkkänen, Martti</i> : Eurooppalainen omaisuudensuoja pakkolunastusasioissa.....	472
<i>Häkkänen, Martti</i> : Pakkolunastus ja eurooppalainen omaisuudensuoja – tutkimus Suomen pakkolunastusinstituutiosta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa (<i>Matti Ilmari Niemi</i>).....	481
<i>Jukka, Leena</i> : Tieteellisen artikkelin ja tutkimusaineiston tekijyys: Tutkimus oikeudellisen sääntelyn ja sosiaalisten normien eroista	503
<i>Jukka, Leena</i> : Tieteellisen artikkelin ja tutkimusaineiston tekijyys: Tutkimus oikeudellisen sääntelyn ja sosiaalisten normien eroista (<i>Anette Alén</i>).....	508
<i>Jussila, Tuomas</i> : Kunta ja kärjäsal. Oikeudellinen pääoma Ilmajoen pitäjässä 1860–1890.....	1192
<i>Jussila, Tuomas</i> : Kunta ja kärjäsal. Oikeudellinen pääoma Ilmajoen pitäjässä 1860–1890 (<i>Arja Rantanen</i>).....	1197
<i>Kajala, Jani</i> : Asianajajan puolustusvelvollisuus: tutkimus rikoksesta epäillyn ja syytetyn asianajajan puolustusvelvollisuuden sisällöstä ja rajoituksista rikosprosessin eri vaiheissa.....	514
<i>Kajala, Jani</i> : Asianajajan puolustusvelvollisuus: tutkimus rikoksesta epäillyn ja syytetyn asianajajan puolustusvelvollisuuden sisällöstä ja rajoituksista rikosprosessin eri vaiheissa (<i>Mika Launiala</i>).....	519
<i>Keränen, Asko</i> : Sallittu ja kielletty menettely asianajajan toiminnassa ja hyvä asianajajatapa.....	883
<i>Keränen, Asko</i> : Sallittu ja kielletty menettely asianajajan toiminnassa hyvän asianajajatavan valossa (<i>Asko Lehtonen</i>).....	891

<i>Kostiainen, Aura</i> : Rationaalisuuden vallankumous. Oikeus, asiantuntijuus ja politiikka rikosoikeuskomitean (1972–1977) työskentelyprosessissa.....	328
<i>Kostiainen, Aura</i> : Rationaalisuuden vallankumous. Oikeus, asiantuntijuus ja politiikka rikosoikeuskomitean (1972–1977) työskentelyprosessissa (<i>Kevät Nousiainen</i>)	337
<i>Lähteenmäki-Meriluoto, Noora</i> : Valvontarangaistus: uuden rangaistuslajin empiiristä ja kriminaalipoliittista arviointia	715
<i>Lähteenmäki-Meriluoto, Noora</i> : Valvontarangaistus: uuden rangaistuslajin empiiristä ja kriminaalipoliittista arviointia (<i>Jussi Pajujoja</i>).....	721
<i>Tuomala, Saila</i> : Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä.....	111
<i>Tuomala, Saila</i> : Tunnustuksen oikeellisuuden ja vapaaehtoisuuden varmistaminen tunnustamisoikeudenkäynnissä (<i>Matti Tolvanen</i>) ...	119

Oikeuskäytäntöä

Legal Cases

Automaattisen päätöksenteon määritelmä laajenee – Euroopan unionin ensimmäiset tuomiot tietosuojasetuksen 22 artiklasta (<i>Susanna Lindroos-Hovinheimo</i>)	537
KHO 2024:80 – poliisin tiedonsaantioikeus kadonneen henkilön etsimiseksi (<i>Helinä Tiura-Virta – Evgeniya Kurvinen</i>)	1200
KKO 2023:15 – Veropetoksen tekotavat ja tahallisuuden arviointi sekä <i>ne bis in idem</i> -kielto (<i>Asko Lehtonen</i>).....	128
KKO 2023:35 – Päiväsakkorangaistuksen EU-oikeuden mukaisuus (<i>Pekka Pohjankoski</i>).....	545
KKO 2023:90 – Epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion soveltuminen tahalliseen rikokseen (<i>Kaarle Vuorinen</i>)	738
KKO 2024:20 – Jaa/Ei/Tyhjä/Poissa? Korkeimman oikeuden täysistuntoratkaisu vangitsemisen laillisten perusteiden ja ihmisoikeusveloitteiden yhteensopivuudesta (<i>Maija Dahlberg</i>)	526
TN 2024:3 – Hiekkapaperia vai sorkkarautaa teoskynnykselle? (<i>Mikko Hoikka</i>).....	731
Verhottu myrsky: Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artikla ympäristöasioissa sekä EIT:n tapaus Dubetska ja muut v. Ukraina uuden ajan kynnyksellä (<i>Otto Kanninen</i>)	343

Kirjallisuutta Literature

Halila, Heikki: Professori ja valtiomies – Toivo Mikael Kivimäki (<i>Aki Rasilainen</i>)	904
Hodge, Emilia – Härkönen, Heidi: Muotioikeus (<i>Maria Rehbinder</i>)	1210

Kemppinen, Heikki: Oikeudenkäyntimenettely korkeimmassa oikeudessa (<i>Pekka Koponen</i>).....	748
Korkman, Julia: Muistin varassa – Oikeusprosessi ja totuus (<i>Teija Stanikić</i>)	146
Lahti, Raimo: Oikeustieteen tutkijan matkani 1966–2015 (2022): Tutkijanuran vaiheista, rikosoikeustieteen kehityksestä ja tutkimusyhteyksistä (<i>Jussi Tapani</i>).....	751
Lappalainen, Mirkka: Smittenin murha. Katoamistapaus 1600-luvulta (<i>Mia Korpiola</i>).....	567
Olechowski, Thomas: Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers. Unter Mitarbeit von Jürgen Busch – Tamara Ehs – Miriam Gassner – Stefan Wedrac (<i>Markku Helin</i>)	551
Tamm, Ditlev – Letto-Vanamo, Pia: 80 kertomusta oikeudesta. Juridiikan kulttuurihistoriaa keskiajalta nykypäiviin (<i>Jaakko Husa</i>)	351
Tuori, Kaarlo: Matti Wuori. Tapauskertomuksia Suomesta (<i>Marianne Vasara-Aaltonen</i>)	356
Tuori, Kaarlo: Properties of Law. Modern Law and After (<i>Juha Karhu</i>).	139
Vehkalahti, Kaisa – Jouhki, Essi – Lipkin, Sanna – Sitomaniemi-San, Johanna – Kuokkanen, Tiina (toim.): Matkaopas lapsuuden historian tutkimukseen – monitieteisiä näkökulmia ja menetelmiä (<i>Jenni Jokela</i>).....	563

Personalia

<i>Lahti, Raimo</i> : Olavi Heinonen in memoriam	1216
--	------

Keskustelua

<i>Hoikka, Mikko</i> : Moraaliset oikeudet ovat moraalittomia.....	150
<i>Hänninen, Sakari</i> : Lain ominaisuudet ja omituisuudet – kommentaari Kaarlo Tuorin kirjasta Properties of Law	154
<i>Kekkonen, Jukka – Malminen, Toni</i> : Keskustelua uudesta oikeustieteen tutkimuksen oppi- ja käsikirjasta sekä oikeustieteen tilasta ja tulevaisuudesta.....	570
<i>Mäntysaari, Petri</i> : Onko legal design tiede? Havaintoja erään väitöskirjan perusteella	174

Ajankohtaista

Current Issues

Oikeuskulttuurin päivän puheenvuorot	
<i>Salminen, Janne</i> : Elävää oikeuskulttuuria.....	1219
<i>Vanto, Johanna</i> : Päätöksentekijän liikkumavara: harkintavalta ja haavoittuvuus turvapaikkaprosessissa	1222
Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön myöntämät apurahat	1230

Päätoimittajalta (<i>Tatu Hyttinen</i>)	5, 193, 363, 599, 759, 911
Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen toimintakertomus 2023, tase ja tuloslaskelma 31.12.2023	582
Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen tutkimusrahastosta ja Ministeri, molempien oikeuksien tohtori K. G. Idmanin rahastosta myönnetyt palkinnot ja apurahat	1227
Tämän numeron kirjoittajat	189, 361, 594, 755, 907, 1232

Vuosikerran 2024 numeroiden sisällysluettelot

3 (n:o 1), 191 (n:o 2), 361 (n:o 3–4), 597 (n:o 5), 757 (n:o 6), 909 (n:o 7–8)

Kirjoittajat

Aalto-Heinilä Maija	912
Ahlfors Julia	308
Aine Antti	437
Alén Anette	508
Annola Vesa	935
Dahlberg Maija	364, 526, 957
Fifield Aurora	194
Halila Heikki	304
Hannonen Jasmin	411
Heikkilä Satu	600
Heinilä Aleksi	760, 987
Helin Markku	551
Hiltunen Miikka	786
Hoikka Mikko	150, 731
Husa Jaakko	351
Hyttinen Tatu	5, 193, 363, 411, 599, 759, 911
Häkkänen Martti	472
Hämäläinen Hanna	194
Hänninen Sakari	154
Jaakkola Jussi	6
Jokela Jenni	563
Jukka Leena	503
Jussila Tuomas	1192
Kajala Jani	514
Kanniainen Otto	343
Karhu Juha	139
Kekkonen Jukka	570
Kemppinen Heikki	388
Keränen Asko	883
Koivisto Ida	1013
Koponen Pekka	748
Korpiola Mia	567
Koskinen Mikael	79

Kostiainen Aura.....	328
Kuokkanen Tuomas	1038
Kurvinen Evgeniya	1200
Lahti Raimo	1161, 1216
Lamminen Johannes	32
Launiala Mika	519
Lehtonen Asko.....	128, 891
Leino-Sandberg Päivi.....	786
Lindroos-Hovinheimo Susanna	537
Luoto Lauri.....	411
Lähteenmäki-Meriluoto Noora	715
Malminen Toni	570, 1060
Mattila Heikki E. S.....	461
Mielityinen Sampo	194
Mikkola Tuulikki	311
Mustasaari Sanna.....	1082
Mylly Ulla-Maija.....	628
Mäntysaari Petri	174
Niemi Matti Ilmari	481
Nousiainen Kevät	337
Nuotio Kimmo.....	1107
Nykänen Eeva	276
Ollus Natalia.....	411
Paakkanen Katariina	54
Pajulammi Henna.....	317
Pajuoja Jussi.....	721
Paso Mirjami.....	912
Paukku Eelis	1178
Pohjankoski Pekka	545
Rantanen Arja.....	1197
Rasilainen Aki.....	904
Rehbinder Maria.....	1210
Saarni Samuli	276
Salminen Janne	194, 1219
Salminen Lassi	251
Savola Pekka.....	872
Silvennoinen Elisa	655
Stanikić Teija	146
Tanner Lauri.....	276
Tapani Jussi.....	751
Tapanila Antti	818
Tedre Matti	655
Tiura-Virta Helinä.....	1200
Toivonen Virve	437
Tolonen Hannele	1082
Tolvanen Matti.....	119
Tuomala Saila	111
Tuhkanen Harri	846
Turunen Tiina.....	411
Urpilainen Matti.....	1138

Vahtera Veikko.....	935
Valtonen Teemu.....	655
Vanto Johanna.....	1221
Vasara-Aaltonen Marianne	356, 679
Vatjus-Anttila Jalo	411
Vuorinen Kaarle.....	738
Välimäki Pertti.....	99
Wuolijoki Sakari	321

Toni Malminen – Sakari Wuolijoki (toim.)

Oikeus, kirjastot ja kulttuuri (C 43)

Yhdysvaltain entisen presidentin Thomas Jeffersonin (1743–1826)

mukaan lakimies ilman kirjoja on kuin työmies ilman työkaluja. Silti tiedämme vain vähän suomalaisten lakimiesten kirjastoista.

Oikeuskirjallisuus on murroksessa digitalisaation, lakimiesten erikoistumisen ja akateemisten käytänteiden muuttumisen takia. Nämä muutokset heijastuvat niin julkisiin kuin yksityisiin oikeustieteellisiin kirjakoelmiin. Tässä teoksessa esitellään oikeustieteellisiä kirjastoja, niiden historiaa ja muutostrendejä. Kuvaukset koskevat maamme tärkeimpiä julkisia oikeustieteellisiä kirjastoja, mutta myös lakimiesten yksityisiä kirjastoja.

Kirjastojen ja kirjanomistamisen historian osalta teoksessa on useita uutta tietoa sisältäviä artikkeleita. Kirjassa on lisäksi ensimmäistä kertaa Suomessa esitelty myös lakimiesten yksityiskirjastoja. Useat maamme eturivin oikeustieteilijät ja käytännön oikeuselämässä toimivat lakimiehet kirjoittavat julkaisussa omista kirjakokoelmistaan henkilökohtaisella tavalla. Teoksessa on myös tasavallan presidentin Sauli Niinistön haastattelun perusteella tehty kirjoitus hänen kirjallisista harrastuksistaan ja oikeuskirjallisuutta koskevista kokemuksistaan.

Teos on suomalaisen oikeuskulttuurin vaalimisen ja taltioimisen kannalta keskeinen, mutta se kuvaa myös yleisemminkin kirjanomistamisen ja tieteellisten kirjastojen muutosta. Tästä syystä se sopii lakimieskunnan lisäksi kaikille, jotka ovat kiinnostuneet bibliofiasta tai ammattikirjallisuuden muutoksista.

2019

Tarjoushinta 30 €.

Oikeustiede–Jurisprudentia

LVII:2024

Alexi Heinilä – Janina Käyhkö – Hanna Partinen – Niko Soininen: Kasvua vai kestävyttä? Alueidenkäytön suunnittelun ja liikennesuunnittelun normit ja käytännöt kaupunkien ilmastokestävyyden näkökulmasta

Olli Norros: Veloitteen vanhentumisen sääntelyn tavoitteet

Elis Paukku: Muoto ennen sisältöä? – Oikean ja riittävän kuvan vaatimuksesta Suomessa

Sanna Rantahalvari: Oikeushistoriallinen tarkastelu kunnallisesta itsehallinnosta 1865–2022

ISBN 978-951-855-771-8 (kovakantinen)

ISBN 978-951-855-772-5 (PDF)

Hinta 75 € / jäsenhintana 52,50 €.

Vuosikirja ilmestyy myös avoimena sähköisenä julkaisuna journal.fi-palvelussa.

Tarjoa artikkelia

Oikeustiede–Jurisprudentia -vuosikirjaan LVIII:2025

16.2.2025 mennessä.

Vuosikirjan artikkeleiden ohjelaaajuus on 40–80 sivua.
Kirjoitusohjeet päivittyvät sivulle www.lakimiesyhdistys.fi/julkaisut.

Käsikirjoitukset vuosikirjaan tarjotaan Journal.fi-palvelun kautta
www.journal.fi/oikeustiede-jurisprudentia.

Vuosikirja on Julkaisufoorumin tasolla 1, ja sillä on TSV:n Vertaisarviointi-
tunnus. Vuosikirja julkaistaan painettuna sekä avoimena sähköisenä
julkaisuna journal.fi-palvelussa.

Yhteystiedot:

Toimittaja Teemu Juutilainen
teemu.juutilainen@utu.fi

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Lea Purhonen, p. 050 353 7011
lea.purhonen@lakimiesyhdistys.fi

Lakimies-keskustelutilaisuus

Oikeuden teoria ja käytäntö

ti 21.01.2025 klo 17.00–19.00

Tieteiden talo, Kirkkokatu 6, Helsinki, sali 104

Kahvitarjoilu klo 16.30 alkaen.

Puheenvuorot:

- apulaisprofessori Ida Koivisto: Oikeuden kieli ja automaatio – mahdollon yhtälö?
- tutkijatohtori, yliopistonlehtori Toni Malminen: Kun taloustiede menetti otteensa amerikkalaisesta kilpailuvalvonnasta. Tapaustutkimus yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen karikoista
- dosentti, yliopistonlehtori Matti Urpilainen: De lege ferenda -tutkimusote vero-oikeudessa: pohdintaa teorian, käytännön ja tieteenalojen rajapinnoilla

Puheenjohtajana Lakimies-aikakauskirjan päätoimittaja Tatu Hyttinen.

Sitovat ilmoittautumiset www.lakimiesyhdistys.fi
viimeistään 13.1.2025.

Tilaisuutta voi seurata myös etäyhteydellä.

Tervetuloa!