

LAKIMIES 7–8/2022

SISÄLLYS

Lukijalle (<i>Sakari Melander</i>)	1011	
Artikkeleita		
<i>Niiniluoto, Ilkka</i> : Lainoppi vs. oikeustiede: turha riita?	1012	
<i>Koskenniemi, Martti</i> : Mistä oikeustieteessä on kysymys?	1016	
<i>Aalto-Heinilä, Maija</i> : Laintulkinnan objektiivisuus episteemisten riskien hallinnan näkökulmasta	1031	➤
<i>Dahlberg, Maija</i> : Asiantuntijainstituutio perustuslakivaliokunnassa – valtiösääntöoikeudellisen asiantuntijavallan taustaa, muotoja ja kipukohtia	1052	➤
<i>Karhu, Juha</i> : Varallisuus oikeuden huomen	1085	➤
<i>Karkkulainen, Jussi – Mielityinen, Sampo</i> : Luova, luovempi, oikeustiede?	1105	➤
<i>Koskentausta, Lauri</i> : Oikeuskirjallisuuden roolista perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnassa	1133	➤
<i>Leskinen, Minni</i> : <i>De lege ferenda</i> -tutkimuksesta metodina ja tieteenä	1158	➤
<i>Lindroos-Hovinheimo, Susanna</i> : Toistuvia pettymyksiä: pohdintaa perustuslain tulkinnan vaikeudesta	1186	➤
<i>Niemi, Matti Ilmari</i> : Lainopillisen tiedon erityisluonteesta	1209	➤
<i>Tallgren, Immi – Korpiola, Mia – Niemi, Johanna</i> : Näkyväksi? Sukupuoli ja itseymmärrys oikeudessa, sen ammateissa ja tutkimuksessa	1232	➤
<i>Tapanila, Antti</i> : Tutkijana ja tuomarina	1261	➤
<i>Tikkanen, Veli-Matti – Yli-Hemminki, Esko</i> : Lainopillinen ja monitieteinen tulkinta tieteenrajat ylittävissä lain käsitteissä	1285	➤
<i>Vuorela, Miikka – Määttä, Tapio</i> : Oikeustieteen professuurien nimikkeet oikeustieteen itseymmärryksen kuvastajina	1305	➤
Katsauksia ja pienempiä kirjoituksia		
<i>Tuori, Kaius</i> : Oikeushistorian nykyiset merkitykset: puhe Oikeuskulttuurin päivässä	1332	
<i>Kuisma, Mirka</i> : Euroopan unionin tuomioistuimen laintulkinnan muutoksista ja tietämisen vaikeudesta tuomioistuintutkimuksessa	1337	
<i>Koskenniemi, Martti</i> : Sodan säännöt – rauhan oikeus. Mietteitä väkivallan historiasta	1343	
<i>Friman, Johanna</i> : Sodan lait ja hiljaisuus	1348	

<i>Soirila, Ukri</i> : Kansainvälisen oikeusjärjestelmän haasteet sotatilanteissa: Venäjän hyökkäyssota Ukrainaa vastaan kansainvälisissä tuomioistuimissa	1354
<i>Laine, Juhani</i> : Tutkijan ja tuomarin tiedonintressien sekä sääntelykohteen intressien jännitteitä osakeyhtiöoikeudessa	1363
<i>Lyly, Petra</i> : Veropoliittinen tutkimus esimerkkinä monitieteisestä oikeus-tutkimuksesta	1373
<i>Nieminen, Liisa</i> : Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimuseettinen ymmärrys ja sen mahdolliset ongelmakohdat	1383

Väitöksiä

<i>Laapas, Mikko</i> : Itsekriminointisuoja vero-oikeudessa	1410
Laapas, Mikko: Itsekriminointisuoja vero-oikeudessa – erityisesti tehokkaan verotusmenettelyn sekä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. (<i>Mikko Vuorenpää ja Juha Lindgren</i>)	1415
<i>Lyyra, Mari</i> : Kohti yhteensopivaa tulkintaa	1427
<i>Lyyra, Mari</i> : Kohti yhteensopivaa tulkintaa – Liikkeenluovutuksen tunnistaminen, oikeusvaikutukset ja EU-oikeuden tulkintavaikutus (<i>Niklas Bruun</i>)	1432
<i>Väisänen, Tiina</i> : Eläkkeet avioero-osituksessa	1436
<i>Väisänen, Tiina</i> : Eläkkeet avioero-osituksessa. Tutkimus lakisääteisten työeläkeoikeuksien merkityksestä avioeron jälkeen toimitettavassa omaisuuden osituksessa. (<i>Markku Helin</i>)	1442

Oikeuskäytäntöä

Oikeustapauskommentti KHO 2022:43 – Perustuslain 107 §:n mukainen ristiriita vai yhdenvertaisuuslain 15 §:n mukaisten kohtuullisten mukautusten soveltamistilanne? (<i>Toomas Kotkas</i>)	1452
Parvekemetti todistusharkintateorianä – Uutta vai vanhaa uudessa leilissä? (<i>Jorma Rudanko</i>)	1458

Kirjallisuutta

Tapanila, Antti: Siviiliprosessi (<i>Matti Kuuliala</i>)	1467
Wilkinson, Michael A.: Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe (<i>Jussi Jaakkola</i>)	1472

Ajankohtaista

Vuoden 2021 palkinnot ja apurahat	1477
Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön myöntämät apurahat 2021	1482
Henkilövaihdoksia yhdistyksen hallituksessa	1484

Contents

Niiniluoto, Ilkka: Legal dogmatics v. jurisprudence: a pointless disagreement?; *Koskenniemi, Martti*: What is jurisprudence all about?; *Aalto-Heinilä, Maija*: Legal interpretation and the risk account of scientific objectivity; *Dahlberg, Maija*: Expert evidence in the Constitutional Law Committee of the Parliament of Finland – Background, forms, and problems of the authority of constitutional law experts; *Karhu, Juha*: The Future of Property Law; *Karkkulainen, Jussi – Mielityinen, Sampo*: Creative, more creative, jurisprudence?; *Koskentausta, Lauri*: Role of legal literature in the decision-making of the Constitutional Law Committee of the Parliament of Finland; *Leskinen, Minni*: Research *de lege ferenda* as a method and a discipline; *Lindroos-Hovinheimo, Susanna*: Recurring disappointments: The difficulties of interpreting the Constitution; *Niemi, Matti Ilmari*: The specific nature of legal knowledge; *Tallgren, Immi – Korpiola, Mia – Niemi, Johanna*: Becoming visible? Sex/gender and self-understanding in law, its professions and its research; *Tapanila, Antti*: A researcher and a judge; *Tikkanen, Veli-Matti – Yli-Hemminki, Esko*: Doctrinal and multidisciplinary interpretation in cross-disciplinary legal concepts; *Vuorela, Miikka – Määttä, Tapio*: Titles of Law Professorships as reflections of the self-understanding of jurisprudence; *Tuori, Kaius*: Current meanings of legal history: Speech at the *Oikeuskulttuurin päivä*; *Kuisma, Mirka*: Changes of interpretation in the Court of Justice of the European Union and epistemic difficulties of judicial research; *Koskenniemi, Martti*: Laws of war – justice of peace. Some thoughts on the history of violence; *Friman, Johanna*: Laws of war and silence; *Soirila, Ukri*: When war challenges the international legal system: Russia's attack on Ukraine in international courts; *Laine, Juhani*: Tensions between the epistemic interests of research and adjudication and the interests of the regulated in Company Law; *Lyly, Petra*: Tax policy research as an example of multidisciplinary legal research; *Nieminen, Liisa*: The perception of research ethics in legal research and its possible issues; *Dissertations; Legal Cases; Literature; Current Issues*

Inhalt

Niiniluoto, Ilkka: Rechtsdogmatik vs. Rechtswissenschaft: ein zweckloser Streit?; *Koskenniemi, Martti*: Worum geht es in der Rechtswissenschaft?; *Aalto-Heinilä, Maija*: Die Objektivität der Gesetzesauslegung aus dem Blickwinkel der Kontrolle epistemischer Risiken; *Dahlberg, Maija*: Sachkundigeninstitution im Verfassungsausschuss – Hintergrund, Formen und Schmerzpunkte der Macht von verfassungsrechtlichen Sachkundigen; *Karhu, Juha*: Die Zukunft des Vermögensrechtes; *Karkkulainen, Jussi – Mielityinen, Sampo*: Kreativ, kreativer,

Rechtswissenschaft?; *Koskentausta, Lauri*: Die Rolle juristischer Literatur in der Beschlussfassung des Verfassungsausschusses; *Leskinen, Minni*: *De lege ferenda*-Forschung als Methode und Wissenschaft; *Lindroos-Hovinheimo, Susanna*: Wiederholte Enttäuschungen: Überlegungen über die Schwierigkeit der Auslegung des Grundgesetzes; *Niemi, Matti Ilmari*: Über den besonderen Charakter des rechtsdogmatischen Wissens; *Tallgren, Immi – Korpiola, Mia – Niemi, Johanna*: Sichtbar werdend? Geschlecht und Selbstverständnis im Recht, in rechtlichen Berufen und in rechtlicher Forschung; *Tapanila, Antti*: Als Forscher und als Richter; *Tikkanen, Veli-Matti – Yli-Hemminki, Esko*: Rechtsdogmatische und multidisziplinäre Auslegung von wissenschaftsübergreifenden rechtlichen Begriffen; *Vuorela, Miikka – Määttä, Tapio*: Die Titel der rechtswissenschaftlichen Professuren als Spiegelbilder des rechtswissenschaftlichen Selbstverständnisses; *Tuori, Kaius*: Heutige Bedeutungen der Rechtsgeschichte: Rede am Tag der Rechtskultur; *Kuisma, Mirka*: Über die Änderungen der Gesetzesauslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union und die Schwierigkeit des Wissens in der Gerichtshofforschung; *Koskeniemi, Martti*: Regeln des Krieges – Recht des Friedens. Gedanken über die Geschichte der Gewalt; *Friman, Johanna*: Gesetze des Krieges und Stille; *Soirila, Ukri*: Die Herausforderungen des internationalen Rechtssystems in Kriegssituationen: der russische Angriffskrieg gegen die Ukraine in internationalen Gerichtshöfen; *Laine, Juhani*: Die Spannungen im Aktiengesellschaftsrecht zwischen den Wissensinteressen des Forschers und Richters und den Interessen des Regelungsobjektes; *Lyly, Petra*: Steuerpolitische Forschung als Beispiel multidisziplinärer Rechtsforschung; *Nieminen, Liisa*: Das forschungsethische Verständnis in rechtswissenschaftlicher Forschung und dessen mögliche Probleme; *Dissertationen; Rechtsprechung; Literatur; Aktuelle Nachrichten*

Lukijalle

Lakimies
7–8/2022
s. 1011

Lakimies-lehden vuoden 2022 viimeisen numeron (LM 7–8/2022) teemanä on ”oikeustieteen itseymmärrys”. Teemanumeron kantavana ajatuksena on ollut oikeustiedettä koskeva kattava sisällöllinen ja menetelmällinen tarkastelu sekä myös oikeustieteellisen tutkimuksen laatua, vaikuttavuutta ja luonnetta koskeva tarkastelu. Oikeustieteellistä tutkimusta hyödynnetään paljon oikeudellisissa päätöksenteossa ja ratkaisutoiminnassa, mikä asettaa oikeustieteellisen tutkimuksen merkittävään yhteiskunnalliseen asemaan. Kuten kaikessa tutkimuksessa, myös oikeustieteen tutkimuksessa on tärkeää käydä keskustelua myös tutkijoiden yhteiskunnallisesta vastuusta, tutkimusmenetelmistä ja tutkimusetiikasta.

Teemanumero sisältää kaksi avaavaa kirjoitusta, akateemikko *Ilkka Niiniluodon* ja emeritusprofessori *Martti Koskenniemen* kirjoitukset. Oikeustieteen itseymmärrystä tarkastellaan avauskirjoitusten lisäksi 12 referee-artikkelissa ja kolmessa lyhyemmässä kirjoituksessa, joissa teemaa käsitellään useiden eri aiheiden ja näkökulmien kautta. Lisäksi numerossa julkaistaan Oikeuskulttuurin päivässä 2022 pidetyt puheenvuorot.

Teemanumeroon valitut kirjoitukset valittiin teemanumeron kirjoittajakutsun johdosta toimitettujen abstraktien perusteella. Valinnan suoritti lehden toimituskunnasta jäsenistä ja päätoimittajasta muodostettu työryhmä. Tuolloin valittujen kirjoitusten lisäksi päätoimittaja päätti sisällyttää lehteen tiettyjä muita teemaan sopivia kirjoituksia.

Lakimies-lehden toimitus uudistuu vuoden 2023 alusta. Lehden päätoimittajana vuoden 2023 alusta aloittaa apulaisprofessori *Tatu Hyttinen* Turun yliopistosta ja kirjallisuusosaston toimittajana OTT, hovioikeuden asessori *Jurkka Jämsä*. Oikeustapausosaston toimittajana jatkaa ma. professori *Anette Alén-Savikko* Helsingin yliopistosta. Lehden teknisestä toimituksesta vastaa jatkossa OTM, FL *Kaisa Karppinen*.

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen hallitus päätti 8.11.2022 siirtyä Lakimies-lehden avoimeen julkaisemiseen mahdollistamalla tutkitun oikeudellisen tiedon avoimen saatavuuden tutkimukselle, yhteiskunnan tarpeisiin ja kaikille halukkaille. Lakimies-aikakauskirja ilmestyy vuoden 2023 alusta sekä paperilehtenä että avoimena julkaisuna. Avoimena julkaisuna Lakimies-lehti löytyy jatkossa Tieteellisten seurain valtuuskunnan journal.fi-palvelusta yhdessä muiden tiedelehtien kanssa. Lehti säilyy edelleen myös Edilex-lakitietopalvelussa.

Lainoppi vs. oikeustiede: turha riita?

Helsingin yliopiston lainopillinen tiedekunta muutti 1963 nimensä oikeustieteelliseksi tiedekunnaksi. Tiedossani ei ole niitä perusteita, joilla tämä ratkaisu aikanaan tehtiin. Mutta voi arvata, että ne osaltaan liittyivät oikeudellisia ilmiöitä koskevien tutkimusalojen moninaistumiseen.

Vuonna 1640 perustetussa Turun Akatemiassa juridinen tiedekunta oli toiseksi tärkein teologian jälkeen, mutta siinä oli vain yksi lakimiesten ammatillisesta koulutuksesta vastaava *juris professor*. Luonnonoikeuden kultakaudella, jolloin Jumalan uskottiin luoneen luonnon ja maailman oikeudellisen järjestyksen (*ius naturae*) yhtä aikaa, tämä oppiala sai sivustatukea teologeilta ja moraalifilosoifeilta. Vasta autonomian ajan alussa 1811 yleisen lainopin rinnalle perustettiin talous- ja kauppaoikeuden professuuri. Sata vuotta myöhemmin opiskelijamäärältään suuressa tiedekunnassa oli jo yhdeksän professuuria: rikosoikeus, valtio-oikeus, hallinto-oikeus, Venäjän valtio-oikeus ja oikeushistoria. Samalla historiallinen koulukunta vaihtui deduktiota ja induktiota soveltavaan käsitelainoppiin.

Edellä kuvatut muutokset eivät kuitenkaan vielä horjuttaneet lainopin eli oikeusdogmatiikan (saksan *Rechtsdogmatik*, englannin *legal dogmatics* tai *doctrinal study of law*) valta-asemaa. Sen perustehtävänä oli antaa käytännön juristeille tulkintoja ja toimintasuosituksia voimassa olevasta oikeudesta. Tämä näkyy myös 1903 perustetun Lakimies-lehden ohjelmassa, jossa lehden tehtäväksi asetettiin ”kotimaisten oikeussääntöjemme selvittäminen ja kehittäminen kansan enemmistön kielellä”. Positiivisen oikeuden sisällystä kuvattiin myös kertomalla ylimmissä oikeusasteissa ratkaistuista oikeustapauksista.

Toisen maailmansodan jälkeinen trendi oli korostaa oikeudellisten ilmiöiden tutkimisen tieteellisyyttä, mihin liittyi myös Suomessa analyttisen oikeusteorian nousu. Vastaavana kehityspiirteenä oli monien ”oppien” muuttaminen komeamalta kuulostaviksi ”tieteiksi”. Helsinkiin 1945 perustettu yhteiskuntatieteiden tiedekunta, jonka ytimeen kuului valtio-oppi, sai nimekseen valtiotieteellinen tiedekunta. Perinteinen kasvatus- ja opetusopin professuuri muutettiin filosofi Eino Kailan oppilaan Matti Koskenniemen aloitteesta 1955 kasvatustieteen professuuriksi. Siirtymä lainopista oikeustieteeseen tiedekunnan nimenä 1963 on tämän trendin mukainen.

Kasvatustiede oli kuitenkin helpompi ymmärtää empiiriseksi käyttäytymistieteeksi kuin normeja tutkiva oikeustiede. Yrityksiä tähän suuntaan oli tehty jo 1900-luvun alkupuolen oikeusrealismissa. Amerikkalaisen oikeusrealismin (*Oliver Wendell Holmes*) mukaan vallitsevat oikeusnormit ovat tosiseikkoja, joita

* Ilkka Niiniluoto, FT, kansleri emeritus, professori emeritus.

voi tutkia empiiristen tieteiden menetelmien avulla havainnoimalla ulkoisesti tuomarien käyttäytymistä. Siten empiirisen oikeustieteen tulokset ovat ennusteita tuomarien tulevista ratkaisuksista. Tämä ajattelutapa heijastelee *common law* -järjestelmää, jossa oikeusistuimien ennakkopäätöksillä on suurempi merkitys kuin Manner-Euroopan säädöspohjaisissa järjestelmissä. Sen sijaan oikeusrealismin skandinaavisen version (*Alf Ross*) mukaan oikeustieteen tulee tarkastella tuomarien ratkaisuja niiden sisäisen motivaation tai ideologian kannalta. Nämä näkemykset eivät kuitenkaan saaneet vahvaa jalansijaa suomalaisessa oikeusteoriassa.

Luonnonoikeutta vastustavan oikeuspositivismin mukaan oikeus on sama asia kuin tahdonvaltaisesti säädetty laki. Oikeusjärjestys muodostuu säännöistä, jotka oikeusyhteisö lakien säätämisen kautta on asettanut velvoittavan normin asemaan. Näin ollen lainopin tehtävä on selvittää lakitekstiä tulkitsemalla ja systematisoimalla, mitkä normit kuuluvat vallitsevaan oikeusjärjestykseen. Oikeuspositivismi ei kuitenkaan pidä kansallisesti säädettyjä lakeja ikuisina, joten lainoppineiden tehtävänä on myös esittää perusteltuja suosituksia lakien uudistamiseksi ja kehittämiseksi.

Vasta tiedekunnan nimenmuutoksen jälkeen 1960-luvun radikaalit heräsivät huomaamaan, että oikeuden yhteyksiä politiikkaan on aliarvioitu: lakien säätäminen, tulkinta ja soveltaminen ovat monin tavoin kietoutuneet poliittisiin intresseihin ja vallankäyttöön. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisema Lakimies-lehteä pidettiin tältä osin vanhanaikaisena, ja Oikeuspoliittinen yhdistys Demla ja Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen yhdistys OYY perustivat 1972 sen rinnalle uuden lehden Oikeus. Sen tavoitteeksi asetettiin demokratiaa tukeva kriittinen yhteiskuntatieteellinen tarkastelu, jonka kohteena ovat oikeudelliset käytännöt ja ilmiöt yhteiskunnallisissa, poliittisissa ja taloudellisissa yhteyksissään. Kansainvälisesti käytetään ilmaisuja *socio-legal studies* ja *law and society*. Helsingissä tiedekunnan tutkimusala laajennettiin perustamalla oikeussosiologian professuuri 1975. Vastaavaa kehitystä on tapahtunut myös muissa tiedekunnissa, joissa tutkitaan esimerkiksi sosiolingvistiikkaa, uskontososiologiaa ja kasvatussosiologiaa. Viime vuosina on esiintynyt lisääntyntä kiinnostusta oikeuden tutkimiseen käyttäen sosiaalitieteiden menetelmiä (mm. haastattelut ja tilastot), kuten tuoreiden kirjojen nimet osoittavat: *Kati Niemisen* ja *Noora Lähteenmäen* toimittama *Empiirinen oikeustutkimus* (2021) ja *Kaijus Ervastian* Yhteiskuntatieteellinen oikeustutkimus (2022).

Tieteenfilosofisesti kiinnostavampi kehityslinja on kuitenkin ollut se, että poliittis-yhteiskunnallisesti aktivoitunut sukupolvi on 1970-luvulta lähtien rakentanut normatiiviselle lainopille uudenlaisia malleja. Esimerkkejä kriittisen yhteiskuntateorian innoittamista vaihtoehdoista ovat marxilainen lainoppi (*Lars D. Eriksson*) ja sosiaalinen siviilioikeus (*Thomas Wilhelmsson*). Varhainen oikeuspositivismi liioitteli *Hans Kelsenin* termein oikeuden ”puhtautta”, joka ehdottomasti erottaa sen moraalista ja politiikasta. Vaikka moraalilla on syntyvaltansa

ja sanktioiltaan oikeudesta poikkeava normisto, mikä tahansa käskyjen kehikko ei kelpaa laiksi, vaan säädetylle oikeudelle voi asettaa reunaehdoiksi moraalisiin ankkuroituja tunnustussääntöjä ja periaatteita. Vaikka oikeusjärjestyksen sääntöjä ei pidä oikeusrealistien tapaan redusoida oikeuskäytäntöjen säännönmukaisuuksiin, *Kaarlo Tuorin* kriittinen oikeuspositivismi tarkastelee ”oikeudellisen normativiteetin ja yhteiskunnallisen faksiteetin suhdetta” kaksisuuntaisena vuorovaikutuksena, jossa oikeudelliset käytännöt (lainsäätäminen ja lainkäyttö) tuottavat ja uusintavat oikeutta oikeusjärjestykseen. Myös lainopin tutkijat toimivat ”kaksoiskansalaisina”, jotka julkaisevat tutkimuksiaan tiedeyhteisölle mutta myös muuttavat oikeusjärjestystä ja oikeudellista käytäytymistä (mm. eduskunnan valiokuntien asiantuntijoina). Tuori erottaa kerrostuneessa oikeusjärjestyksessä tahdonvaltaisesti muutettavan pintatason, oikeuskulttuurin käytännöt ja syvätasolle kuuluvat ihmisoikeus-, oikeusvaltio- ja demokratiaperiaatteet. Tätä kerroksisuutta vahvistavat viime vuosina Suomen kansallisen lainsäädännön rinnalle nousseet EU:n ja kansainvälisen oikeuden periaatteet.

Georg Henrik von Wrightin 1950-luvun alussa keksimä deonttinen (pitämisen ja saamisen) logiikka antoi kansainvälisesti merkittävän sykäyksen systemaattiselle tutkimukselle, jonka kohteena ovat oikeusnormien loogiset muodot ja niiden väliset seuraussuhteet. Toisin kuin tyypilliset eettiset käskyt (”Älä tapa!”), rikosoikeudelliset normit pitämislauseina liittävät rikoksen tunnusmerkit täyttäviiin tekoihin sanktioina oikeusseuraamuksia (”jos tappaa toisen, on tuomittava taposta vankeuteen, vähintään kahdeksaksi vuodeksi”). Toisaalta hallinto-oikeuden ja siviilioikeuden piirissä lakiin perustuvat saamislauseet määrittelevät erilaisten sosiaalisten instituutioiden ja agenttien tekojen lainmukaisuutta ja toimivaltaa.

Aulis Aarnion vaikutusvaltaisen käsityksen mukaan lainoppi on hermeneuttinen tulkintatiede. Klassinen hermeneutiikka kehitettiin teologiassa ja kirjallisuustieteessä sovellettavaksi ymmärtäväksi menetelmäksi, mutta Aarnion innoituksen lähteenä on jälkiwittgensteinilaiseen kielifilosofiaan ja G. H. von Wrightin tieteenfilosofiaan pohjautuva analyttinen hermeneutiikka. Tässä mallissa lain tulkinta lainopissa ja tuomioistuimissa perustuu oikeuslähteisiin pohjautuvaan oikeudelliseen argumentaatioon, jossa voidaan vedota moniin erilaisiin sääntöihin ja periaatteisiin. Tulkinnat eivät kuitenkaan saa olla mielivaltaisia, sillä se heikentäisi yhteiskunnan oikeusvarmuutta. Aarnio kiteyttää oman lähestymistapansa komeaan yhteenvetoon teoksessa *Essays on the Doctrinal Study of Law* (2011) käyttäen hyväksi *Jürgen Habermasin* diskurssietiikkaa ja *Chaim Perelmanin* ”uutta retoriikkaa”, joissa tulkinnan validisuuden kriteeri on hyväksyttävyyys ideaalisen (rationaalisesti harkitsevan) auditorion enemmistön mielestä. Aarnio panee merkille myös minun 1980-luvun kirjoitusteni ehdotuksen, jonka mukaan normin validisuus merkitsee oikeusyhteisön hyväksymistä, mikä edellyttää useimpien oikeusyhteisön jäsenten hyväksyvän normin oikeuslähteiden perusteella, uskovan muiden jäsenten hyväksyvän sen ja toimivan ikään

kuin se olisi pätevä. Aarnio kuitenkin katsoo, ettei minun määritelmäni riitä torjumaan tapauksia, joissa oikeusyhteisön konsensus on pakotettua ja epäoikeudenmukaista. Toisenlaista kritiikkiä edustaa *Minni Leskisen* arvio, jonka mukaan Aarnion rajaus rationaalisesti harkitseviin subjekteihin ilmentää ”poissulkemiseen perustuvaa juristielitismiä” (Oikeus 4/2020, s. 464). Tämä ei kuitenkaan ole kovin vakuuttavaa, sillä ideaalisen auditorion tai aktuaalisen oikeusyhteisön kaikkien jäsenten ei tarvitse olla lainoppineita (esim. lakeja säättävät kansanedustajat, lakeja soveltavat ministerit, tuomioistuimiin osallistuvat lautamiehet, lakeja noudattavat viranomaiset). Oikeusvaltiossa on myös tärkeä kunnioittaa vallan kolmijakoa, jonka mukaan eduskunta säättää lait, hallitus toimeenpanelee lait ja riippumaton oikeuslaitos tulkitsee lakeja.

Oikeus-lehden teemanumero 4/2020 ”oikeustieteen itseymmärryksestä” tuotti satonaa mielenkiintoisia kirjoituksia valtakriittisestä lainopista, etnografiasta oikeudenkäyntien tutkimuksessa, fenomenologisesta feministisestä oikeusfilosofiasta, DDR:n marxilaisesta oikeustieteestä, oikeudesta sosiaalisena konstruktiona ja kognitiotutkimuksen seurauksista tuomarin ratkaisutoiminnan kuvaukselle. Metodinen pluralismi on siis voimissaan. Lehden anti huipentuu Thomas Wilhelmssonin kirjoitukseen ”Annetaan kaikkien oikeustieteellisten kukkien kukkia – yhdessä”. Sen mukaan vastakkainasettelu lainopin ja yhteiskuntatieteellisen oikeustieteen välillä on ”turha riita”, sillä niiden välinen raja on kuin ”veteen piirretty viiva”. Wilhelmsson osoittaaakin vakuuttavasti, että kah-tiajaon osapuolet ovat paljon monimuotoisempia ja kysymyksenasetteluiltaan lähempänä toisiaan kuin yksipuolisesti saatetaan olettaa. Siksi siiloja ei pidä turhaan rakentaa. *Panu Minkkisen* vastine (Oikeus 1/2021) tuo esiin mahdolliset koulutus- ja tiedepoliittiset kiistat: minkälaisiin aiheisiin ja sisältöihin kannattaa panostaa, kun oikeustieteellinen tiedekunta oman kuvauksensa mukaan ”tuottaa kansainvälisesti korkeatasoiseen tutkimukseen ja tutkimuslähtöisen opetuksen kautta osaavia ja eettisesti vastuullisia oikeuden ammattilaisia kansallisille ja kansainvälisille työmarkkinoille”. Tässä tehtävässä riittää työtä – ja toivottavasti yhteistyötä – niin lainopin kuin yhteiskuntatieteellisen oikeustutkimuksen harjoittajille. Lainoppi on erottamaton osa akateemista oikeustiedettä, mutta oikeuden yleistieteiden asemasta on myös pidettävä huolta.

Tieteenfilosofina pidän kuitenkin merkittävänä ja mielenkiintoisena sitä metodista omalaatuisuutta, jota lainopilla on normatiivisena tulkintatieteenä, kun taas esimerkiksi oikeusfilosofia, oikeushistoria ja oikeussosiologia käyttävät toisenlaisia, niiden emotieteilä (filosofia, historia, sosiologia) omaksuttuja tutkimustapoja. Tämä tutkimusmenetelmien ero ei ole riidan aihe, mutta antaa hyvät perusteet myös *Lakimies-lehdelle* jatkaa tässä teemanumerossa keskustelua oikeustieteen itseymmärryksestä.

Mistä oikeustieteessä on kysymys?

I

Olen usein ajatellut, että on kummallista, ettei uusien opiskelijoiden kanssa heti johdantoluennoista lähtien tarkastella kysymystä siitä, mitä oikeudellinen kompetenssi oikeastaan on.¹ Mitä opitaan, kun opitaan oikeutta? Monella alalla vastaus kysymykseen on itsestään selvä. Lääkärit oppivat ihmiskehon osien toimintaa, tekemään diagnooseja kehossa ilmenneistä ongelmista, ja lopulta ratkaisemaan noita ongelmia. Biologi oppii luonnon toimintaperiaatteet ja käyttämään niitä hyväksi eri tavoin ihmisyyhteisöjen tavoitteiden toteuttamiseksi. Juristin kompetenssi ei ole samalla tavoin kuvattavissa. Juristi oppii tavan puhua ja kirjoittaa ihmisten välisistä suhteista voidakseen – niin mitä? Voidakseen esittää vaatimuksia, puolustaa oikeuksia ja pitää huolta siitä, että ihmisten väliset valtasuhteet voidaan kuvata oikeuden kielen edellyttämin tavoin laillisen auktoriteetin suhteiksi. Oppivathan lääkäri ja biologikin omat ammattikielensä, jolla asiantuntijat kuvaavat ihmiskehon ja luonnon toimintaa. Mutta tämän puheen tarkoituksena on vaikuttaa kielen ulkopuoliseen maailmaan. Sitä vastoin oikeustieteellisen puheen kohteena on – oikeustieteellinen puhe itsessään. 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”.

Näiden yksinkertaisten esimerkkien tarkoituksena on osoittaa, että oikeudellinen kompetenssi on kielen maailmaan kuuluva ilmiö, sen saavuttaminen oppimista puhumaan tai kirjoittamaan – ja tämän seurauksena myös ajattelemaan – tietyllä tavalla. Tässä suhteessa oikeudellinen osaaminen on samanlaista

* *Martti Koskenniemi*, OTT, professori emeritus. Tämä essee perustuu Suomen tiedepalkinnon julkistamistilaisuudessa 1.6.2021 pidettyyn esitelmään.

1. Käytän tarkoituksella vierasperäistä termiä ”kompetenssi” korostaakseni oikeudellisen pätevyyden kielellistä luonnetta. Kuten tieteen termipankissa Noam Chomskyn kieliteoriaan viitaten todetaan: ”Kompetenssilla tarkoitetaan puhujan ja kuulijan sisäistämää tietoa kielestään. Puhuja tai kuulija ei ole selvillä tämän tiedon muodosta, mutta osaa käyttää sitä tuottaakseen oikeanmuotoisia virkkeitä ja kuulemiensa tai lukemiensa virkkeiden tulkitsemiseksi”.

kuin suomen tai ruotsin kielen osaaminen. Niihin kaikkiin sisältyy valtava määrä sanoja ja sanojen välisiä säännönmukaisia suhteita, joita jäsennetään kieliopiksi. Opimme oikeuden kieltä vähän niin kuin opimme suomen ja ruotsin kieltä – ensin ehkäpä yksittäisiä sanoja, sitten tapoja yhdistää näitä sanoja, joukon vahvoja idiomeja ja lopulta tavan muodostaa lauseita, jotka muut kielenpuhujat tunnistavat suomeksi, ruotsiksi tai – juridiikaksi. Varsinkin oppimisen alkuvaiheessa teemme virheitä, jotka kielenpuhujat välittömästi tunnistavat sellaisiksi. Mutta kieltä käytettäessä kompetenssimme tulee yhä vankemmaksi, sanavarasto laajenee, kykenemme muodostamaan yhä monimukaisempia lauseita, joilla voimme reagoida uusiin ja yllättäviinkin tilanteisiin. Lopulta meitä ei enää erota natiivista kielenpuhujasta mikään. Olemme saavuttaneet juristin pätevyyden.

Mutta juridiikan kielessä on monta alalajia, murretta, eikä pelkällä yleiskielellä pärjää käytännössä pitkään. Pitää oppia eri erityisalojen kieli, jotta voi puhua auktoritatiivisesti myös niiden alojen asioista. Osa näistä kielistä opitaan yliopistolla, suurempi osa käytännössä, lukemalla, puhumalla, kirjoittamalla. Tiettyyn oikeuden alaan erikoistunut kielenpuhujasta tunnistaa pikaisesti ympäristöstään ne, jotka ovat alan harrastajia ja jotka käyttävät alan sanastoa kömpelösti tai liittävätkin siihen kuulumattomia sanoja. ”Oikean” suomen tai ruotsin kielen arvioimiseen ei ole muuta tapaa kuin tarkastella sitä, miten suomalaiset ja ruotsalaiset puhuvat. Samalla tavoin myös oikeudessa ainoa tapa päättää, onko jokin lause ”oikeaa” oikeutta, on selvittää, hyväksyvätkö pätevät juristit sen sellaiseksi. On totta, että usein juristit ovat näistä asioista eri mieltä – riitelevähän suomalaiset ja ruotsalaisetkin omissa joukoissaan usein siitä, mikä on hyvää ja asianmukaista suomea tai ruotsia. Enkä nyt tarkoita sitä, onko lause tosi vai epätosi – esimerkiksi onko sellainen oikeus voimassa, jonka puhuja väittää olevan voimassa. Pätevän oikeustieteellisen puheen kriteerinä kun ei ole se merkityssisältö, joka puhutuilla lauseilla on. Oikeudenkäynnissä kummankin puolen asianajajat voivat olla yhtä päteviä, vaikka he tulkitsevat oikeuden kieltä ja siis kuvaavat oikeusnormien sisällön ja siitä tehtävän johtopäätöksen aivan eri tavoin. He ovat silti päteviä juristeja – toisin kuin sukulaismies, joka kahvilassa koettaa perustella sitä, miksi se on niin väärin, että naapuri sai kolaroinnista vain lievät sakot. Abstraktit ilmaukset ”oikein” ja ”väärin” eivät ole pätevää oikeuden kieltä – vaikka ne voivat hyvinkin olla asianmukaisia moraalisia arvostelmia. Lause ”tämä kuuluu minulle, koska minä kykenen sen ottamaan” on pätevää suomen kieltä, mutta ei pätevää oikeuden kieltä – toisin kuin lause, ”tämä kuuluu minulle, koska ostin sen”.

Oikeuden kieli kuvaa sitä mitä ”oikeus” on. Samalla se kuitenkin myös luo oikeutta ja ennen kaikkea tämän kautta jäsentää auktoritatiivisesti ihmisten välisiä valtasuhteita. Tässä suhteessa se on samanlainen kuin muut ihmistieteet. Myös yhteiskuntatiede, sosiologia, valtio-oppi, historia ja niin edelleen luovat maailmaa samalla kun ne kuvaavat sitä: esimerkiksi termit ”yhteisö”, ”yhteiskuntaluokka”, ”hallitus” tai ”kylmä sota” ovat osa sitä sanastoa, jolla me modernit ihmiset olemme tottuneet jäsentämään yhteiselämäämme. Ne tulkitsevat maa-

ilman moninaisuutta ja antavat perusteen ajatella ja toimia maailmassa tietyn tavoin. Myös taloustiede tarjoaa teknisen sanaston ja kieliopin, jonka avulla arvotamme ympäristöä ja suunnittelemme sitä, miten ihmisten välisiä suhteita tulisi hallinnoida. Keskustelu siitä, onko ”bruttokansantuote” pätevää yhteisön elämän kuvausta vai pitäisikö se korvata jollain ”hyvän elämän” mittarilla, on samanaikaisesti puhetta siitä, millainen maailman pitäisi olla.

Oikeuskin jäsentää ja tulkitsee, sanalla sanoen kehystää maailmaa. Sen erityspiirteenä on voimakas yhteys pakkovaltaan. Juridiikan lauseet eivät tähtää vain tiettyjen olosuhteiden kuvaamiseen, vaan ne myös väittävät, että tietyllä tavoin pitääkin olla, ja usein – vaikka ei mitenkään aina – liittävät tuohon ”pitämiseen” ajatuksen siitä, että ainakin joissain tilanteissa se voidaan myös pakolla saada aikaan. Oikeus myös perustaa nuo pakkovaltaa käyttävät instituutiot. Tässä on mafian kokous, tuossa kaupunginhallitus. Tämä on varkautta, tuo veronkantoa. Oikeus määrittää perustamiensa instituutioiden toimivallan ja asettaa nämä tiettyyn hierarkkiseen asemaan toisiinsa sekä ihmisyksilöihin nähden. Oikeuden kielessä onkin kysymys yhteiskunnallisesta vallasta kahdella tasolla. Ensinnäkin on se, mitä voidaan sanoa ”kehystämisvallaksi”: oikeuden kieli kehystää, tulkitsee ja samalla tuottaa maailmaa auktoritatiivisella tavalla. Tämä on valtio – tuo on provinssi; tämä on presidentti – tuo on toimitusjohtaja; tämä on tuomioistuin – tuo on puoluekokous; tämä on sopimus – tuo on romaani. Oikeuden kieli antaa ihmisten välisille suhteille tietyn kuvauksen, värittää ne osaksi laajempaa – oikeudellista – maailmankuvaa. Mutta toisin kuin kirjallisuus tai yhteiskuntatiede, oikeuden kieli kääntää nuo suhteet ihmisille kuuluviksi oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi, joiden täytäntöönpanoa voi periaatteessa vaatia sellaisilta tahoilta, joiden oikeus tulkitsee edustavan julkista valtaa. Oikeus on autopoieettinen systeemi – se määrittää itse oman pätevyytensä kriteerit. Ja tuon pätevyyden kriteerinä on yksinkertaisesti se, pitävätkö pätevät oikeudellisen kielen puhujat lausetta pätevä.²

Oikeuden kehystämisvalta on hyvin tärkeä. Se tuottaa suuren – ehkäpä suurimman – osan ”systeemiksi” kokemastamme yhteisöllisestä maailmasta, vastakohtana sille, jota on ollut tavallista kutsua arkiseksi elämismaailmaksi.³ Nykyisin systeemin kokemiseen oikeudeksi ei yleensä sisälly moraalista tai poliittista arvostelmaa. Jonkin oikeussuhteen kuvaaminen vaikkapa epätasa-arvoiseksi on puhua siitä politiikan termein. Tämä voikin olla poliittisesti uskottava kuvaus, mutta se ei (yleensä) muuta kohteen oikeudellista luonnetta. Oikeutta voidaan

2. Ajatus oikeudesta autonomisena järjestelmänä on tavattu yhdistää Hans Kelsenin puhtaaseen oikeusoppiin sekä Niklas Luhmannin ja Gunther Teubnerin edustamaan systeemiteoriaan. Olen itse hahmottanut vastaanlaista, kielelliseen maailmaan palautettavaa systeeminyhteyttä väitöskirjassani *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. 1989/2005.
3. Systeemin ja elämismaailman erottaminen on tavattu liittää Jürgen Habermasin teorioihin. Ks. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2: Kritik der funktionalistischen Vernunft. 1981/1995, s. 169–292.

hyvin pitää ”oikeana” tai ”vääränä”, katsojasta riippuen. Arkikielessä käytämme usein näitä ilmaisuja. Kuten edempänä tulee esiin, myös pätevään oikeuden kieleen sisällytetään toisinaan uskonnon, moraalin tai politiikan kielistä poimittuja ilmauksia. Varsinkin joissain oikeustieteeseen kuuluvissa idiomeissa esitetään, että päteviin juridiikan lauseisiin voidaan sisällyttää myös sellaisia termejä kuin ”oikeudenmukainen” tai ”hyvä”. Termit ”kohtuullinen” tai ”hyvä usko” ovat myös oikeuden käytäntöön vakiintuneita lainasanoja, jotka ovat siihen tulleet sen prosessin kautta, jota *Max Weberiä* seuraten on totuttu kutsumaan modernin oikeuden deformaatioksi.⁴ Vaikka juridiikan puristit usein torjuvat lainaamisen muista idiomeista, on lainaaminen myös taloudesta ja luonnontieteestä kuitenkin tavallista. Myös tätä lainaamista, sen etuja ja haittoja koskeva puhe kuuluu osaksi oikeudellista, varsinkin oikeustieteen kieltä. Tuomioistuimissa lainaaminen moraalin tai politiikan kielimaailmoista suhtaudutaan usein kriittisesti – vaatia oman asiakkaan vapauttamista lain määräämästä rangaistuksesta, koska tämä olisi ”oikeudenmukaista” on ikään kuin sijoittaisi suomalaisen lauseeseen arabiankielisen sanan. Se ei tule ymmärretyksi – se ei saa merkitystä – siinä maailmassa, jossa edellytetään pätevää tuomioistuinpuhetta. Hyvä sydän ei ole osa juridista kompetenssia sen paremmin kuin suomen kielen osaamistaakaan.

Kehystämävallan ohella oikeuden kielessä on myös kysymys siitä, mitä voisi kutsua vaikkapa ”artikulaatiovallaksi”.⁵ Oikeuden kielessä pätevytyneellä on valta määrittää oikeuden totuus tavalla, joka saa muut taipumaan siihen. Juristi sanoo, mikä on oikeudellisesti totta, ja kuulijan on tämä tämän normaalisti hyväksyttävä. On ”totta”, että punaisella valolla tulee pysähtyä. On ”totta”, että arvo-osuuden haltija voi myös määrätä sen käytöstä, on ”totta”, että kahdensadan henkilön Arkadianmäellä hyväksymä teksti on ”laki”, mitä pitää noudattaa. Pätevä juristi artikuloi jonkin asiantilan oikeudellisesti totena; kuvaus vahvistaa sekä sen kohteena olevan valtasuhteen että juristin auktoriteetin kuulijaa kohtaan. *Michel Foucault*’n teesi ”totuus on valtaa” toteutuu konkreettisimmillaan juuri oikeuden puheessa.⁶ Juristit uusintavat jatkuvasti ihmisten välisiä valtasuhteita artikuloimalla ne juridisiksi suhteiksi, jotka sitten luokitellaan eri tavoin, esimerkiksi siviilioikeudellisiksi, eurooppaoikeudellisiksi tai ympäristöoikeudellisiksi. Näin vahvistetaan tietyn tyyppisen puheen ja sitä vastaavan asiantuntijuuden auktoriteetti siihen alaan kuuluvissa kysymyksissä. Mikä on se oikeudellinen artikulaatio, joka kuuluu jollekin asiantilalle, on monesti päteville juristeille itsestään selvää. Toisinaan siitä kuitenkin vallitsee jonkinasteinen erimielisyys; juristien tehtävänä on myös usein kyseenalaistaa toistensa tuottamat

4. Max Weber, *On Law in Economy and Society*. Max Rheinstein toim. 1954, s. 301–321.

5. David Kennedy, *A World of Struggle. How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*. 2016, s. 135–167.

6. Ks. esim. Michel Foucault, *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*. Colin Gordon toim. 1980.

artikulaatiot. Totena pidettävän artikulaation aikaansaaminen siirretään hierarkisesti ylempiasteisen juristin, esimerkiksi tuomarin ratkaistavaksi. ”Tätä kaikki osapuolet noudattakoon”.

Oikeudessa on kaksin tavoin kysymys vallankäytöstä. Maailmankuvan näkökulmasta oikeus kehystää ihmisten välisiä suhteita auktoriteettisuhteiksi: ”valtio”, ”hallitus”, ”poliisi”, ”omistaja”, ”kauppa”. Nämä kielikuvat luovat institutionaalisia hierarkioita, jotka muodostavat suuren osan maailmasta, jossa me ihmiset elämme ”systemin” osina – ”kansalaisina”, ”veronmaksajina”, ”vuokralaisina”, ”sopimuspuolina” jne. Samalla oikeus antaa juristille vallan kuvata – artikuloida – yksittäinen ihmissuhde hierarkkiseen muotoon: jollakin on ”velvollisuus” toista kohtaan, toisella puolestaan ”oikeus”, jota muiden tulee kunnioittaa. Näissä tilanteissa ei siis ole kysymys vain siitä, että oikeudella edistetään intressejä tai arvoja, että se olisi – kuten on tapana sanoa – väline ulkopuolisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Kyseessä on oikeuden kielelle itsessään kuuluva valta. Kun juristit sitten keskustelevat siitä, mikä on pätevä tapa kehystää elämismaailmaa oikeudellisten suhteiden maailmaksi, tai kun he riitelevät siitä, mikä kuvaus tietyille ihmissuhteelle tulee antaa – onko kyseessä tämä tai tuo oikeus? Onko tuolla velvollisuus? – he käyttävät merkittävää valtaa. Tuo valta ei kuitenkaan ole ensi sijassa instrumentaalista, oikeuden ulkopuolisen intressin pönkittämiseen tähtäävää valtaa. Se nousee juridiikasta itsestään ja tunkeutuu kaikkeen elämismaailmaan – talouteen, luontoon, työhön, perheeseen ja niin edelleen. Tämä oikeuden oma vallankäyttö rakentuu kyllä historiallisesti kasvaneille valtasuhteille, mutta uusintaa niitä tavalla, joka sitoo niin hierarkiassa ylemmällä kuin alemmallakin asteella olevia toimijoita. Emme useinkaan havaitse tätä, koska kehystämismäiseltä operoi intressikamppailun taustalla, jakamalla neuvotteluvoimaa, delegoimalla statuksia, asettamalla markkinoille pääsyn ehdot ja usein yksinkertaisesti sallimalla sen, mitä se ei kiellä. Se on työnsä tehnyt jo ennen kuin etuja koskeva kamppailu alkaa, määrittämällä sen, mikä ylipäätään voi kuulua ”etuna” millekin taholle.⁷

Oikeustieteessä on siis kysymys samanaikaisesti sekä kielen että vallan analyysistä. Kysyä ”miten pätevä oikeudellinen kieli muodostuu”, on hakea vastausta siihen, miten ihmisten väliset valtasuhteet on järjestetty. Haluttaessa ymmärtää tapaa, jolla materiaalisia ja henkisiä resursseja jossain yhteisössä jaetaan, on syytä kysyä, mitkä ovat siinä pätevän juridisen kielen elementtejä ja millä tavoin nuo elementit sidotaan toisiinsa kokonaisiksi lauseiksi, kertomuksiksi, maailmankuviksi. Mitä tuosta maailmankuvasta seuraa tämän tai tuon henkilöiden välisen suhteen kannalta? Yhteiskunnan valtarakennetta ja toimintaa tutkivat tietenkin myös muut yhteiskuntatieteet, taloustiede ja historia. Monesti jää kuitenkin huomaamatta, että niiden tuottamat kuvaukset yleensä ottavat annettuna ja kritiikittä

7. Ks. esim. Duncan Kennedy, *The Stakes of Law, of Hale and Foucault*, teoksessa *Sexy Dressing etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*. 1993, s. 83–125.

oikeuden jo edeltä käsin tuottaman maailman. Kun poliittinen historia puhuu ”valtioiden” välisten suhteiden kehityksestä tai taloustiede tarkastelee tavaroiden ja palvelusten hinnan muodostusta ”markkinoilla”, on kumpikin astunut syvälle julkisoikeuden ja yksityisoikeuden tuottamaan maailmaan. Yhteiskuntatieteet ovat monessa suhteessa riippuvaisia siitä, miten oikeustiede käyttää keskeisiä termejään. Tätä on syytä korostaa varsinkin sen vuoksi, että noiden termien merkitys on oikeudellisessa tekstimaailmassa muuttunut usein ja runsaasti – kun ne taas tulevat usein lainatuiksi ikään kuin niiden merkityssisältö olisi itsestään selvä ja ongelmaton. Yksi tieteidenvälisyyden pyrkimyksen ongelmista onkin juuri se, että lainaukset ovat yksinkertaistuksia. Lainataan käsite, mutta ei sitä koskevaa laajempaa keskustelua.

II

Mutta onko oikeustiede ylipäätään tiedettä? Historiallisesti tästä ei ole epäselvyyttä. Keskiaikainen yliopisto koostui neljästä tiedekunnasta, kahdelle tasolle järjestykseen asetettuina. Alemmalta löytyi filosofinen tiedekunta, ylemmältä teologian, lääketieteen ja juridiikan tiedekunnat. Nämä olivat ”ylempiä”, koska niiden tarkoituksena oli vaikuttaa ihmiseen henkisenä ja ruumiillisena olentona (teologia ja lääketiede). Oikeustieteen tehtävänä oli tuottaa vaikutuksensa ihmiseen poliittisen yhteisön jäsenenä. Oikeustiede – niin ajateltiin aristoteelisessa maailmassa – oli poliittisen yhteisön tiedettä, poliittisessa yhteisössä voimassa olevien sääntöjen tiedettä. Tulkitessaan niitä oikeustieteen ajateltiin auttavan yhteisöä löytämään tiensä oikeudenmukaisuuteen. Teleologisen, päämäärään tähtäävän tiedekäsityksen mukaan oikeus ei ollut vain sääntöjen tekniikkaa, vaan sääntöjen toiselle puolelle tähtäävää pyrkimystä yhteisön hyvän elämän toteuttamiseen. Siksi siihen kuului runsaasti uskonnollisia ja moraalisia idiomeja. Oikeutta hahmotellaan teleologisesti nykyisinkin, mutta päämääräpuhe kohdistuu pikemmin yhteisöllisiksi ajateltuja preferenssejä tai preferenssien ristiriidoista kumpuavaa kustannus-hyöty-ajattelua silmällä pitäen.

Aristoteleen tekstit saatiin käännettyksi latinaksi 1100-luvulla, jolloin kristilliset intellektuellit alkoivat tutkia ja soveltaa niitä ympäröivään maailmaan. *Tuomas Akvinolainen* yhdisti nämä kirjoitukset roomalaisen oikeuden terminologiaan pyrkien tarjoamaan kristityille ruhtinaille hyvää hallitusvaltaa koskevan kieliopin. Tuomaksen *Summa theologiae* -teos (erityisesti ns *prima* ja *secunda secundae* -osiot) sekä fragmentti *De regimine principum* tarjosivat mahdollisuuden kuvata ihmisten muodostamat yhteisöt poliittisina yhteisöinä – ”systeemeinä” – ja antaa niille hyvään ja viime kädessä ikuiseen elämään tähtäävät toimintaoh-

jeet.⁸ Koska näin pönkitettiin katolisessa maailmassa vallalla ollutta syntien tunnustamiseen perustuvaa kirkollista valtaa, protestanttiset juristit alkoivat kehittää oikeudellista kieltä, johon ei sisältyisi uskonnollisia termejä, vaan joka tuottaisi poliittista auktoriteettia yhä vahvemmalta vaikuttavan luonnontieteellisen kielen avulla. Saksalaisen *Samuel Pufendorfin* massiivinen luonnonoikeusoppi vuodelta 1672 rakensi oikeudesta tieteellisen järjestelmän hahmottamalla sen osat ”moraalisina entiteetteinä” analogisiksi luonnontieteen ”fyysisten entiteettien” kanssa lukien näiksi esimerkiksi valtiollisen ”suvereenisuuden” sekä yksilölle kuuluvan ”omistamisen”. Niiden rakennetta ja ominaisuuksia voitiin kuvata samalla tavoin kuin luonnossa esiintyvien partikkeleiden. Näin myös ihmisluonto kyettiin kuvaamaan mekanismina, jonka kolme osaa – itsekkyyks, avuttomuus ja järki – liittyivät toisiinsa eräänlaisen algoritmin tavoin: itsekkäiden, mutta yksinään haavoittuvien olentojen oli järkevää liittyä yhteen.⁹ Tai *kuten Adam Smith* ilmaisi saman asian sata vuotta myöhemmin: ”Emme ajattele, että teurastaja, leipuri tai oluenpanija hyväntahtoisuudestaan tuottavat jokapäiväisen ruokamme, vaan pyrkien omien etujensa edistämiseen”.¹⁰ Omistusoikeus ja valtiollinen suvereenisuus johdettiin tästä tieteellisinä – geometrisina – totuuksina. Omistamisen avulla itsekkäiden yksilöiden yhteisö kykeni elämään hyvin. Suvereeni valtio tuotti turvaa ja onnellisuutta. Poliittinen yhteisö muodostui oikeuden – näihin aikoihin siis luonnonoikeuden – käsitteille.

Yhteiskunnallisten suhteiden pukeminen luonnontieteelliseen tai luonnontiedettä matkivaan kieleen takasi sen autonomian uskonnon ja politiikankin kielestä ja näytti antavan sen lauseille vahvan totuusarvon, joka sopi varsinkin absolutismin ajan hallinnollisiin pyrkimyksiin. Niinpä siitä tuli saksalaisissa yliopistoissa 1700-luvulla harjoitetun oikeus- ja muun yhteiskunta- ja valtiotieteen perusta.¹¹ Perustaa kuitenkin murensivat valistusajalla syvenevä kritiikki suvereenin ruhtinaan valtapyrkimyksiä kohtaan sekä niihin liittyvät yhä monimutkaisemmiksi rakentuvat taloudellisen vaihdannan suhteet kansalaisyhteiskunnan eri toimijoiden välillä. Missä lopultakin ovat ruhtinaan vallan rajat? Mikä oli valtiovallan ja omistamisen välinen suhde? Tavaroiden ja palvelusten luonnollisen hinnan määrittäminen osoittautui mahdottomaksi: hintojen ja rahan arvon vaihtelua ei saatu kuvatuksi luonnonlain muotoon. On ollut tapana liittää englantilaisen *David Humen* nimeen ajatus siitä, että tosiasioista ei voi johtaa arvoja – että olemisen ja pitämisen kielipeleillä on kummallakin omat sääntönsä. Juristit kuitenkin hakivat oikeudelle rajaa kumpaankin suuntaan. Luonto pärjäsi hyvin ilman siihen kohdistuvaa oikeudellista kuvausta, eikä mitä

8. Thomas Aquinas, *Political Writings*. R.W. Dyson toim. 2002.

9. Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo*, transl. as *On the Law of Nature and Nations. Eight Books*. 2 vols. W. Oldfather kään. 1934, I, 1 § 12.

10. Adam Smith, *The Wealth of Nations*. 2 vols. Andrew Skinner toim. 1776/1989 I II, s. 119.

11. Ks esim. Olaf Asbach, *Staat und Politik zwischen Absolutismus und Aufklärung*. Hildesheim, Olms 2005.

tahansa käskyä tai toivetta voinut automaattisesti kääntää juridiikan kielelle. Sen tuli pikemmin jollain tavoin ilmentää ihmisyhteisöissä ilmeneviä pyrkimyksiä, jotka liittyivät toisaalta yhteisöllisten hierarkioiden ylläpitämiseen, toisaalta yksilöautonomian tukemiseen. *Montesquieu*, Adam Smith, *Friedrich Karl Savigny*... eurooppalaisissa teksteissä oikeus alettiin kuvata yhä useammin historiallisena ilmiönä, osana sitä prosessia, jonka kautta kukin yhteisö on saanut omat erityispiirteensä: *Esprit des lois*; stages-history, *Völkergeist*. Oikeustiede ei ollutkaan luonnontiedettä, vaan ihmishengen toiminnan tiedettä. Sen lauseissa ei ollut kysymys kausaalisuudesta – kuten *Immanuel Kant* toi esiin, tähän olisi vienyt ihmisen erityislaatuun kuuluvan vapauden.¹² Sen lauseet tulksivat maailmaa. Ajatus yhteisöille luonnollisesti kuuluvista säännöistä siirtyi juristien käsistä sosiologeille, antropologeille, ja ennen kaikkea ekonomisteille. Näillä aloilla tuotetut totuudet puettiin ja puetaan yhä usein olemisen ja kausaliteetin kieleen, välttämättömyyden politiikaksi.

Yhteisymmärrys siitä, ettei oikeuden kieli ollut luonnossa esiintyvien ilmiöiden kuvaamista vaan ihmisyhteisöissä muodostuvien pyrkimysten kehystämistä ja artikulaatiota ei tietenkään lopettanut pohdintaa siitä, ”mitä oikeus on”. 1800-luvun puolivälistä lähtien on käyty tiivistä keskustelua siitä, mihin yhteisön ilmiöön oikeuden lauseet voidaan palauttaa, miten niiden ”totuus” voidaan todentaa. Viittaus historiaan on oikean suuntainen, mutta epäselvä. Eihän sitä paitsi tarkoitus voi olla tehdä historioitsijoista jonkinlaisia oikeuden ylituomareita. Pitkään ajateltiin, että oikeus ilmentää ja artikuloi jonkinlaista tahtomisen maailmaan kuuluvaa asiaa. Jos ”kansan tahto” onkin liian ylimalkainen ja sen sisältä vaikeasti todennettavissa, korvatkoon sen ajatus lainsäädännöstä – siis lainsäätäjän tahdosta – oikeuden totuuden tuottajana. Sopimuksen sisältö on sopijapuolten tahto. Toisaalta – kuka tietää, mitä oikeus lainsäätäjät tai sopimuspuolet ovat *oikeasti* tahtoneet, näillä kun voi olla monenlaisia motiiveja, joiden selvittämiseen tarvittaisiin vuosikymmenten psykoanalyysejä. Juristille ”tahtokin” on viime kädessä kirjallisen ilmaisun asia – mitä laki tai sen perustelut sanovat, mitä sopimuksessa seisoo?¹³

Kriittisessä lainopissa on tullut tavaksi puhua oikeuden kolmesta globaali-saatiosta.¹⁴ Saksalaiseen lainoppiin pohjautuva, tahdonilmaisun laissa tai sopimuksessa saamaa ilmaisua korostava formalistinen lähestymistapa yleistyi 1800-luvulla Euroopassa ja muualla. Vuosisadan lopulta lähtien tämän vastapainoksi kehittyi varsinkin ranskalaisessa oikeusopissa kasvanut sosiologinen suuntaus; teollistuneessa ja sosiaalisesti eriytyneessä yhteiskunnassa ei ollut helppo

12. Ks esim. Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*. Vasilis Politis toim. 1993. A531/B559-A558/B586, s. 376–390.

13. Tästä ns. skandinaavisen realismin perusteeseihin kuuluvasta argumentista, ks. esim Karl Olivecrona, *Rättsordningen. Ideer och fakta*. 1966.

14. Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, teoksessa David M. Trubek – Alvaro Santos, *The New Law and Economic Development*. 2006, s. 19–73.

hahmottaa formaaleihin sääntöihin puettavaa homogeenista ”tahtoa”. Työ- ja sosiaalioikeuden piti myös suojata haavoittuneimmassa asemassa olevia; ideaalista kaukana olevilla markkinoilla sopimuksia tuli voida kohtuullistaa. Oikeus deformalisoitui yleislausekkeiden, periaatteiden ja yhteiskunnallisia päämääriä korostavan argumentaation yleistyessä. Kolmannessa vaiheessa, 20. vuosisadan puolivälistä lähtien on yhä laajemmalle levinnyt angloamerikkalainen tapa yhdistää toisiinsa formalistinen ja politiikka-analyysi korostaen eri oikeudenalojen erityispiirteitä. Tänäpäin formalismin keskiössä on ihmisoikeuksien kielipeli, jonka rinnalla toimii monenlaisia yhteiskunnallisia tavoitteita edustava teknisen managerismin kielipeli. Yhtenäisen oikeuspuheen on korvannut juridiikan idiomien eriytyminen, erikoistuminen ja teknistyminen.¹⁵

III

Kun halutaan tietää, mistä oikeustieteessä on kysymys, pitäisi saada selville, onko olemassa juridiikan kielitiedettä, menetelmää, joka selvittäisi millä tavoin pätevä oikeudellinen puhe ja kirjoitus tuotetaan. Tämä voitaisiin sitten purkaa eräänlaiseksi juridiikan kieliopiksi, joka kuvaisi niitä sääntöjä, joiden pohjalta juristit tulkitsevat ja kehystävät maailmaa ”todeksi” koetulla tavalla. Näin voitaisiin myös ymmärtää, miksi juridinen artikulaatio saa sen kohteena olevan henkilön tai muun tahon hyväksymään sen sisältävän merkityksen tai toimenpiteen tai ainakin alistumaan siihen. Usein ajatellaan, että oikeustieteen lauseet tai normiväittämät pitää todistaa vertaamalla niitä johonkin tekstiin – tyypillisesti lakitekstiin. Tekstit ovatkin tärkeitä. Mutta ne vaativat tulkintaa. Tulkintaa taas ei voi todistaa vertaamalla sitä itse tekstiin – tähän edellyttäisi, että saisimme tekstin sisällön selville ilman tulkintaa – verrataksimme sitä tähän tulkintaan. Mutta tällöinhän tulkintaa ei tarvittaisi! Jokainen tekstiä koskeva väite on siis jo valmiiksi tulkintaa tai kehystystä. Siinä luodaan jokin merkitys, ei tuoda esiin maailmassa jo valmiiksi olemassa olevaa merkitystä.

Lakitekstejä tarkastelevaa oikeustiedettä on usein pidetty konservatiivisena formalismina. On haluttu tavoittaa yhteiskunnan ilmiöt suoremmin, ilman monitulkintaisten tekstien väliintuloa. Vaan mikä olisi kohteeksi sopiva ilmiö? Olisiko se tuomarien tai muiden lainsoveltajien toiminta? Vai jokin kansalaismielipide? Voitaisiinko oikeusteen lauseet todentaa vertaamalla niitä johonkin

15. Olen kuvannut tätä monessa yhteydessä. Ks. esimerkiksi Martti Koskenniemi, *Enchanted by the Tools? An Enlightenment Perspective*. Twenty-First Annual Grotius Lecture, American Society of International Law. *American University International Law Review* 35(3) 2020, s. 397–426.

käyttäytymiseen? Nämä ajatukset perustuvat tuohon vanhaan luonnonlain malliin. Oletetaan, että jossain juridiikan ulkopuolella on olemassa maailma, joihin vertaamalla juridiikan lauseet voidaan todistaa tosiksi. Oikeuden kielioppi olisi semantiikkaa, juridisten lauseiden ulkojuridisen merkityksen oppia. Mikäli oikeus kuitenkin kehystämällä tuottaa sen maailman, jota se on kuvaavinaan, ei tuo merkitys löydykään juridiikan ulkopuolelta, kehystämisestä puhtaaksi kuvitelluista faktoista, arvoista tai intresseistä. Oikeus ei ole luonnontiedettä, vaan ihmistiedettä. Sen kohteena ei ole maailma, vaan se mitä ajattelemme maailmasta tai mitä siitä haluamme. Olennaista ei siksi ole se, mitä oikeuden ulkopuolella tosiasiaa on tai ei ole, vaan se, mikä saa oikeuden kommunikaatiossa vastaanottajan taipumaan selitykseen, jonka pätevä juristi antaa siitä, millainen maailma on, ja mitä tämä näyttäisi edellyttävän jonkin toiminnan suhteen.¹⁶

Tällaista fenomenologista lähestymistapaa onkin oikeustieteessä seurattu silloin, kun oikeutta on tarkasteltu juridisen argumentaation, esimerkiksi retoriikan tai ns. auditorioteorian näkökulmasta. Tärkeältä on vaikuttanut juridisten lauseiden hyväksyttävyyden, konsensus jossain ”episteemisessä yhteisössä”. Kuitenkin autenttisen konsensuksen tai arvojen maailmaan sijoitetun koherenssin löytämisessä on aivan samat vaikeudet kuin edellä mainituissa luonnontieteen mallia seuraavissa tekniikoissa. Konsensusta arvioitaessa ei sitä paitsi voi jättää huomioitta sitä, että sen syntymiseen vaikuttavat monet seikat: ideologiat, tosiasialliset valtasuhteet, rationaalinen valinta, tieto, tiedon puute ja väsyminen kiistelemiseen, muiden näkökohtien ohella. Konsensus siirtää vastakkaiset intressit tai mielipiteet syrjään lyhyemmäksi tai pidemmäksi ajaksi, mutta ei poista niitä. Siksi myös konsensus – niin tarpeellinen kuin se usein onkin – voi joutua hyvin perustellun oikeudellisen kritiikin kohteeksi. Oikeudellinen puhe – kuten luonnollinen kielikin – on tässä mielessä loppumatonta.

Mikäli oikeuden auktoriteetti riippuisi sen ulkoiseen maailmaan kuuluvista totuuksista, niin sen tutkimus olisi parasta ulkoistaa psykologeille, sosiologeille tai vaikka ekonomisteille. Juridiikka ei olisikaan tiede, vaan väline ja tekniikka. Juristit näpertelisivät niiden murujen kanssa, joita muiden pöydiltä on pudonnut. Tätä kokeiltaessa on kuitenkin käynyt ilmi, että muut yhteiskuntatieteet ovat yhtä lailla epämääräisiä ja sisäisesti ristiriitaisia kuin oikeus. Nekin ovat kieltä ja tulkintaa, eivätkä ne jää maailmaan nähden ulkopuoliseen rooliin, vaan ottavat siihen kantaa: hyväksyvät tuon, hylkäävät tämän. Kaikki yhteiskuntatieteet vaikuttavat siihen maailmaan, jota ne tarkastelevat. Oman tutkimukseni ytimessä on ollut tutkia näitä vaikuttamisen muotoja oikeustieteen alalla.

16. Nämä näkökohdat sisältyvät myös niin Hans Kelsenin puhtaaseen oikeusoppiin kuin Günther Teubnerin Niklas Luhmannilta omaksumaan oikeuden systeemiteoriaan. Kriittinen oikeusoppi korostaa kuitenkin näitä enemmän oikeuden kielipeleihin sisältyviä kommunikaation ja vallan elementtejä.

IV

Elämme asiantuntijuuden maailmassa. Poliittinen päätöksenteko talouden, ympäristön, turvallisuuden ja ihmisoikeuksien alalla tapahtuu asiantuntijoiden, myös oikeustieteen asiantuntijoiden avulla. Niin hallitus kuin oppositiokin nojautuvat globaalien asiantuntijaverkostojen tuottamaan tietoon. Poliitikolla, joka ei turvaudu mihinkään tutkimustietoon, ei ole menestymisen mahdollisuutta. On väitetty tieteen ja tutkimuksen politisoituneen. Ympäristötutkijat sanovat sitä, taloustieteilijät tätä. Joitain vuosia sitten osallistuin keskusteluihin tuolloin esillä olleesta transatlanttisesta kauppaja- investointisopimuksesta (ns. TTIP-sopimus). Mukana oli usein kaksi juristia ja kaksi ekonomistia puolustamassa vastakkaisia kantoja. Tiesin hyvin, että juridiikan avulla voi sekä tukea että vastustaa suunniteltua sopimusta. Myös ekonomistit osasivat tulla vastakkaisiin johtopäätäksiin sen hyödyistä ja haitoista Euroopalle. Kaikki riippui siitä, mihin malliin turvaututtiin, mitä kehystä haluttiin seurata. Kysymys keskusteluun osallistuneiden asiantuntijoiden pätevydestä ei noussut esiin. Kävi vain ilmi, että asiantuntijuus on heterogeenista, kieltä, jonka avulla voi kannattaa erilaisia mielipiteitä – voihan pätevällä suomen kielelläkin tuottaa ristiriitaisen merkityksen omaavia lauseita, eikä puhujien kielellisestä pätevydestä silti synny epäilystä.

Kuten muillakin asiantuntijakielillä, myös oikeuden kielellä tuotetaan päivittein erilaisia merkityksiä, tarkoituksena vakuuttaa jokin yleisö tietyn kuvauksen juridisesta totuudellisuudesta ja saada se toimimaan kuvauksen edellyttämällä tavalla. Juristiksi oppiminen on tässä mielessä retoriikan taidon oppimista – siis sen Rooman valtakunnan kukoistuksen aikaan laajalti arvostetun taidon, jonka ytimessä oli tietyn yleensä arvovaltaisen instituution taivuttaminen omaksumaan riitakysymyksessä tietty kanta. *Ciceroa* on totuttu arvostamaan juristina, mutta hänen kompetenssinsa ytimessä olivat retoriikan ja tyylin elementit, *ethos* ja *pathos*. Klassisessa yliopistossa retoriikka näyttelikin tärkeää osaa kansalaistaidon ja valtiollisen elämän ylläpidossa.

En nyt ole tässä ehdottamassa klassisen retoriikan sijoittamista osaksi juridiikan perusopintoja – vaikkei tämä olisikaan huono ajatus. Tarkoitukseni on korostaa kommunikaation merkitystä juristin pätevydelle, kykyä tuottaa oikeudellisia lauseita, jotka ovat juridis-teknisesti uskottavia ja siksi saavat kuulijat taipumaan niissä ilmaistuun totuuteen ja usein myös toimimaan puhujan toivomalla tavalla. En nyt tarkoita vain, enkä edes ensi sijassa, tuomioistuintmenettelyä, vaan koko oikeusjärjestelmää – siis sitä abstraktia rakennelmaa, jolla yhteiskunnallinen elämä näyttytyy systeeminä, eikä joukkona sattumanvaraisia käskyjä ja kieltoja. Haluan kiinnittää huomion voimaan, jolla oikeus saa aikaan sen, että yleensä noudatamme lakeja, kunnioitamme esivallan käskyjä, näytämme passia liikkuessamme valtiosta toiseen ja pidätymme nappaamasta kaupan tiskiltä rannekelloa, vaikka myyjä juuri poistui takahuoneeseen.

Oikeuden valta ohjata ihmisten ajattelua ja käyttäytymistä on sitäkin merkittävämpää kun – niin kuin edellä olen osoittanut – sen lauseet eivät läpäisisi minkäänlaista faktantarkistusprosessia. Kysymykseen, ”mitä oikeus on”, ei lopultakaan ole muuta oikeaa vastausta kuin se, että oikeus on sitä, mitä pätevät juristit tekevät ja miten he puhuvat. Minulta on usein kysytty, onko omaa alaani – kansainvälinen oikeus – lainkaan olemassa. Vastaan siihen usein, että ainakin on olemassa kansainvälisen oikeuden professoreita, asiantuntijoita ja erityiselimiä, ja sitä käsittelevät teokset täyttävät satoja hyllymetrejä ammatillisia kirjastoja. Näiden ihmisten puheesta ja kirjoituksista sekä noista teksteistä on tapana yleistää abstrakti rakennelma, jossa inhimillinen toiminta maapallolla jäsenyy oikeudellisiksi instituutioiksi, hierarkioiksi ja vallankäytön muodoiksi. Kun sanotaan, että Venäjän hyökkäyssota Ukrainassa osoittaa kansainvälisen oikeuden heikkouden, vastaan siihen, että puhuessamme ”Venäjistä”, ”Ukrainasta” ja ”hyökkäyksestä”, ”sotarikoksista” ja vaikkapa ”Yhdistyneiden kansakuntien peruskirjasta”, liikumme täysin oikeuden kehystämässä maailmassa. Oikeuden – myös kansainvälisen oikeuden – merkitys ei ole ensi sijassa siinä, noudatetaanko sen yksittäisiä sääntöjä, vaan sen tarjoamassa kielessä, jonka avulla jäsenämme ja ymmärrämme maailmaa ja toimimme siinä. Se ei poista intressi- tai arvoriitoja. Mutta se antaa välineet ajatella sitä, millaisia intressejä (esimerkiksi omistaminen tai toimivalta) meillä on ja keitä me oikeastaan olemme (”kansalaisia”, ”oikeuksien haltijoita”, ”valtio”, ”Pohjois-Atlantin liiton jäseniä” ja niin edelleen).

Oikeustiede alkaa aina jostain pisteestä; tämä tarjoaa perustan sille puheelle ja kirjoitukselle, jota tutkija tuottaa. Yhä useammin lähtöpiste on tutkijan erityosaaminen. Hän voi olla kauppaoikeuden tai ihmisoikeuksien asiantuntija, osa ympäristöoikeuden tai pakolaisoikeuden tutkijayhteisöä. Asiantuntijayhteisöön kuulumisen ei ole vain erityistietojen omaamista. Se on myös sen maailman-kuvan ja niiden pyrkimysten edistämistä, jotka sitovat alan asiantuntijat yhteen. Usein nämä yhteisöt ovat keskenään erimielisiä; ihmisoikeuksien ja turvallisuuden asiantuntijat eivät ajattele digisalaisuuden rajoista samalla tavoin. Kaivosoikeuden ekspertit ja alkuperäiskansoja tutkivat juristit ovat aivan erimielisiä kansainvälisiä sijoituksia koskevista sopimuksista Näin poliittiset ja taloudelliset intressit tulevat yhteiskunnallisesti artikuloiduiksi juridiikan kielellä, jonka ytimessä ovat jo monen vuosikymmenen ajan olleet ”oikeuksia” koskevat vaatimukset. Samalla kun yhä useammat preferenssit ovat tulleet ilmaistuksi niitä edustavien tahojen oikeuksina, on niitä koskeva päätöksenteko byrokraatisoitunut ”punnitsemisen” tai yhteensovittamisen muotoon. Näin formalismi (oikeudet) ja antiformalismi (punninta, seurausten arviointi, kohtuullistaminen, ”margin of appreciation”...) muodostavat yhdessä sen myöhäismodernin juridisen tyylin, jolla pätevää oikeuspuhetta tuotetaan.¹⁷

17. Ks erityisesti Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*. 1997.

Joitain vuosia sitten johdin YK:ssa laajaa tutkimusta, jossa tarkasteltiin sitä, miten kansainvälisen oikeuden asiantuntijaelimet tuottivat ristiriitaisia vastauksia samoihin kysymyksiin tulkiten samoja sopimuksia eri tavoin.¹⁸ Ympäristöjuristit lukivat maailman kauppajärjestön sopimuksia toisin kuin kauppaoikeuden asiantuntijat. EU:n ja YK:n juristien tulkinnat YK-pakotteiden soveltamisesta poikkesivat. Sama juttu saattoi – ja voi edelleen – tulla useamman kansainvälisen elimen käsittelyyn, eikä ole takeita, että se ratkaistaisiin niissä samalla tavoin. Käytännön juristit tietävät hyvin, että minkä ratkaisun saat oikeuskysymykseesi riippuu usein siitä, miltä elimeltä asiaa kysyt, millaista asiantuntijuutta siinä arvostetaan. Viime aikoina onkin esitetty kritiikkiä asiantuntemusta kohtaan. Onko se vain oman ryhmän edun ajamista monimutkaisen asiantuntijapuheen avulla? Ajatellaan, että ellet osaa antaa oikeuskysymykseen täsmällistä vastausta, et sitten tunne asiaa lainkaan. Esität vain mielipiteitä. Tällöin ei ymmärretä juridisen asiantuntemuksen luonnetta. Lopullisen ratkaisun puuttuminen ei ole tragedia, päinvastoin. Oikeuden tarkoituksena ei ole korvata poliittista yhteisöä, vaan pitää sitä yllä. Koetan lopuksi tarkentaa tätä oikeustieteen kuuluvaa tärkeää tehtävää ja poliittisen yhteisön ylläpitämisessä. Erotan toisistaan oikeustieteen käytännöllisen ja sen kriittisen tehtävän.

V

Oikeustieteen käytännöllisenä tehtävänä on tuottaa pätevää puhetta voimassa olevasta laista. Tuomioistuinjuristin oletetaan soveltavan lakia oikein. Valiokunnassa kuultavana olevan professorin odotetaan antavan oikean vastauksen kysymykseen perustuslain ja kansainvälisen sopimuksen välisestä suhteesta. Kuitenkin kantajan ja vastaajan asiamiehet tulkitsevat lakia eri tavoin. Professorien lausunnot poikkeavat toisistaan. Merkitseekö tämä, että toinen juristi on toista pätevämpi? Ei merkitse. Oikeustiede ei ole tekniikka, jolla kunkin ongelman ytimestä haettaisiin siellä jo valmiina odottava oikea ratkaisu. Se on perustelemisen tiedettä, joka pyrkii tuottamaan uskottavia kertomuksia tulkittavasta normimateriaalista poliittisen yhteisön päättäjiä varten. Näillä kertomuksilla päätös sidotaan osaksi sellaista arvoja tai tavoitteita sisältävää maailmankuvaa, joka puhuttelee yhteisön jäseniä ja jonka nämä tuntevat omakseen. Se ei ole välttämätön tai ehdottoman tosi. Perustelua ei voi todentaa vaikkapa kastamalla se johonkin happoon. Päätös on mitä se on, vallankäyttöä. Mutta käytännön

18. International Law Commission, Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

oikeustieteen kertomukset kuvaavat (tulkitsevat, kehystävät) vallankäytön laillisen auktoriteetin heijastukseksi. Tuomari ei olekaan mafiapomo eikä valiokunta mikään salaliitto. Näiden toiminta nivoutuu tai kehystetään lain soveltamiseksi ja lain soveltaminen poliittisen yhteisön tavaksi hallita itseään. Mutta keskustelu jatkuu: uudet tutkimukset tuottavat uusia näkökohtia. Ehkäpä uusi päätös on erilainen, lakia pitääkin muuttaa.

Käytännöllinen lainoppi tulee osaksi sitä maailmaa, jota se tulkitsee kehystämällä vallankäytön yhteisön pyrkimysten, tahdon, historian tai siinä tehtyjen sopimusten mukaiseksi. Sakkolappu tuulilasissa ei ole kiusantekoa, vaan lainsoveltamista. Se tarjoaa mahdollisuuden käsitellä vallankäyttöä yhteisön hallintaa koskevinä kysymyksinä, laajentaen näkökulmaa puhujan itsensä ulkopuolelle. Yksi Ranskan suuren vallankumouksen tärkeistä viesteistä oli, että oikeus on privilegioiden eli erioikeuksien vastakohta. Sen mukaan mikään oikeus tai velvollisuus ei kuulu minulle, koska olen juuri *minä*, vaan koska se kuuluu *kaikille minun asemassani oleville*. Juuri tätä tarkoittaa, että kuvaamme oikeuden kertomuksina sääntöjen soveltamisesta.

Omistusoikeuden tai julkisen vallan käytössä on kysymys sääntöjen soveltamisesta. Tämä vaatii tulkintaa ja jotkin tulkinnat vakiintuvat, eikä niistä jää erimielisyyttä. Sakko on maksettava, kun on pysäköinyt väärin. Aina ei yhteisymmärrystä synny. Tutkijat jäävät erimielisiksi siitä, miten perustuslaki suhtautuu EU:n elvytyspakettiin myös valiokuntapäätöksen jälkeen. Mutta käytännön oikeustieteen kannalta ei ole kovin tärkeää, miten yksittäiset kertomukset ratkaistaan; niiden kuuluukin muuttua demokratiassa. Tärkeämpää on tuottaa kertomuksia, joiden avulla kansalaiset voivat ymmärtää poliittista yhteisöä – kannattaen tai kritisoiden – ja ymmärtäessään vaikuttaa sen asioihin. Oikeus muokkaa jatkuvasti yksityisestä ja julkisesta vallasta laillista auktoriteettia – ja pitää yllä keskustelua tuon vallan rajoista. Tämä on oikeusvaltioajatuksen ydin.

Mutta tämän käytännöllisen tehtävän lisäksi oikeustieteeseen kuuluu myös kriittinen tehtävä. Tässä ei tuoteta kertomuksia tai tulkintoja, vaan tarkastellaan tulkinnan tuottamista. Esitetään kysymys: ”Mitä pitäisi olettaa, jotta voisi uskoa tiettyyn kertomukseen tai tulkintaan?” Kriittinen oikeustiede – omien tutkimusteni ydinalue – tarkastelee tapaa, jolla juristit tuottavat kertomuksia ja toimivaltaiset elimet valitsevat eri kertomusten ja tulkintojen välillä.¹⁹ Näin se astuu siihen ideologioiden maailmaan, jossa oikeudellista valtaa käyttävät instituutiot – tuomioistuimet, perustuslakivaliokunta tai vaikkapa YK:n turvallisuusneuvosto – toimivat. Totesin edellä, että käytännön oikeustiede tuottaa kertomuksia, joissa vallankäyttö puetaan normin noudattamiseksi – esimerkiksi omistusoikeuden tai valtiollisen suvereenisuuden toteuttamiseksi. Kriittinen oikeustiede etenee ikään kuin vastakkaiseen suuntaan. Siinä haetaan esiin ne

19. Ks. esimerkiksi Martti Koskeniemi, What is Critical Research in International law? Celebrating Structuralism. *Leiden Journal of International Law* 29(3) 2016, s. 727–735.

uskomukset tai oletukset, joiden varassa ”omistaminen” ymmärretään tietyllä tavalla tai ”julkinen valta” saa tietyn sisällön.

Kriittinen oikeustutkimus paneutuu siis tapaan, jolla jokin oikeudellisen kielen luoma instituutio – esimerkiksi maanomistus, verotus tai tekijänoikeusjärjestelmä – ovat rakentuneet. Näin saadaan esiin ne valinnat, jotka ovat muokanneet tapaa, joilla niiden kautta jaetaan henkisiä ja materiaalisia arvoja eri ihmisryhmien kesken. Siinä myös tarkastellaan sitä, miten juridista valtaa käyttävät elimet – esimerkiksi perustuslakivaliokunta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin tai Maailman kauppajärjestö – ovat valinneet ne suunnat, joilla ne ovat antaneet tietyn merkityssisällön toimivaltaansa kuuluville oikeussäännöille. Tarkoituksena on tuoda näkyviksi ne taustaoletukset, joiden varassa nämä elimet valitsevat omat tulkintansa vaikkapa sananvapauden rajoista tai ympäristölle haitallisen tuotannon sallittavuudesta. Oletusten näkyvyys taas mahdollistaa niiden tulemisen kansalaiseskustelun osaksi.

Viime vuonna ilmestyi pitkään valmistelemani historiallinen tutkimus, jossa tarkastellaan omistusoikeuden ja julkisen vallan välistä suhdetta eurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä keskiajan lopulta lähtien.²⁰ Osoitan tutkimuksessa, että niin omistaminen kuin valtiovaltakin on ymmärretty eri tavoin eri aikoina ja eri paikoissa. Vaihtoehtoja on ollut runsaasti. Pyrin myös osoittamaan ne olosuhteet, jotka ovat johtaneet laajempaan tai suppeampaan omistamisen käsitteeseen ja jotka ovat rajanneet julkisen vallan ja omistamisen välisiä suhteita. Mikä ryhmä on hyötynyt mistäkin ratkaisusta, minkä kustannuksella? Haluan vaikuttaa globaaliin keskusteluun avartamalla niitä vaihtoehtoja, joita poliittisilla yhteisöillä on, kun ne muokkaavat yksityisen ja julkisen vallan muotoja, markkinoita tai poliittisen osallistumisen tapoja.

Maailma on epäoikeudenmukainen paikka. Tulonjako, hyvinvointi ja turvallisuus ovat jakautuneet hyvin epätasaisesti. Koska oikeustieteeseen sisältyy yleistämisen pyrkimys – se mikä kuuluu minulle, kuuluu myös jokaiselle minun asemassani olevalle – ei se voi suhtautua tilanteeseen neutraalisti. Siihen sisältyy myös oikeudenmukaisuuden pyrkimys, vaikka se hyväksyykin, että ajatellamme oikeudenmukaisuudesta eri tavoin. Oikeustieteen näkökulmasta on selvää, ettei markkinoihin tai valtiolliseen rakenteeseen sisälly mitään välttämättömiä elementtejä, jotka tuottaisivat maailmaan hyvää ikään kuin automaattisesti. On monia eri tapoja organisoida omistamista ja julkista valtaa, sekä jakaa materiaalisia ja henkisiä arvoja. Kriittinen tutkimus on tehtävänsä tehnyt, kun se saa vaihtoehdot näkyville ja syntyy käsitys, ettei niiden valintaa säätele mikään historiallinen tai luonnollinen välttämättömyys. Siinä on kysymys politiikasta tuon sanan aidoimmassa muodossa.

20. Martti Koskenniemi, *To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power 1300–1870*. Cambridge University Press 2021.

Maija Aalto-Heinilä



Lakimies
7–8/2022
s. 1031–1051

Laintulkinnan objektiivisuus episteemisten riskien hallinnan näkökulmasta

HAKUSANAT: oikeudellinen tulkinta, objektiivisuus, kriittinen lainoppi, episteeminen riski

1. Johdanto

Tieteellisyyden yhtenä tärkeimpänä kriteerinä pidetään objektiivisuutta. Pohdin artikkelissani oikeustieteen tieteellisyyttä viimeaikaisen tieteenfilosofisen objektiivisuuskeskustelun, ja etenkin niin sanotun episteemisen riskin käsitteen, näkökulmasta. Tarkastelen erityisesti oikeudellisen tulkinnan objektiivisuuden mahdollisuutta – onhan lakien tulkitseminen välttämätöntä niin lainoppia harjoittavalle oikeustieteilijälle kuin juttuja ratkaisevalle tuomarille. Kun siis jatkossa puhun oikeustieteestä, tarkoitan sillä ennen kaikkea tekstien tulkintaan keskittyvää tiedettä.

Laintulkintaa pidetään usein epätieteellisenä ja läpeensä poliittisten ja moraalisten arvovalintojen värittämänä toimintana. Etenkin niin sanotun kriittisen lainopin edustajat ajattelevat oikeussääntöjen olevan radikaalisti epämääräisiä ja oikeudellisen tulkintatoiminnan olevan erilaisten moraalisten arvostusten, poliittisten ideologioiden tai taloudellisten intressien välistä kamppailua, jossa objektiivisuus on mahdotonta.¹ Vähemmän radikaaleissakin piireissä lainopin objektiivisuutta pidetään perustavanlaatuisesti erilaisena kuin kovien luonnon-tieteiden.²

Riittävän abstraktilta tasolta katsottuna kaikissa tieteissä joudutaan kuitenkin kamppailemaan samojen epävarmuuksien kanssa, jotka juontuvat inhimillisistä tiedollisista heikkouksistamme. Ihmiset ovat taipuvaisia esimerkiksi erilaisiin

* *Maija Aalto-Heinilä*, FT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto.

1. CLS-liikkeen historiasta ja perusideoista, ks. Juhana Salojärvi, *A Counter-Culture of Law: Jurisprudential Change and the Intellectual Origins of the Critical Legal Studies Movement*. *The American Journal of Legal History* 59(4), 2019, s. 409–443. Suomessa tuore kriittiseen lainoppiin nojaava väitöskirja on Santtu Raitasuon *Oikeustiedettä vai asianajoa? Kriittisiä näkökulmia vero-oikeuden tutkimukseen* (Helsingin yliopisto, 2022), saatavilla verkosta osoitteesta: <https://helda.helsinki.fi/handle/10138/338284> (haettu 14.9.2022).
2. Ks. esim. Aulis Aarnio, *Tulkinnan taito*. WSOY, 2006, s. 237, ja Matti Ilmari Niemi, *Lainopillisen tiedon objektiivisuudesta*. *Lakimies* 7–8/2017, s. 950–969, 968.

ajattelun vinoumiin, toiveajatteluun tai päättelyvirheisiin. Keskeiseksi haasteeksi tieteelliselle objektiivisuudelle tulee tällöin se, miten näistä heikkouksista johdettavia riskejä tulisi hallita. Inkeri Koskinen on argumentoinut objektiivisuuden tarkoittavan nimenomaan sitä, että jokin episteeminen riski on onnistuneesti vältetty, tai ainakin sitä on minimoitu.³ Eri tieteissä käytetään luonnollisesti erilaisia riskinhallintastrategioita; esimerkiksi lääketieteelliseen tutkimukseen liittyvät riskit ovat erilaisia kuin historian tutkimukseen.

Suomalaisessa keskustelussa ei ole systemaattisesti tarkasteltu oikeustieteen objektiivisuutta tästä näkökulmasta.⁴ Artikkelissani kysynkin: mitkä ovat oikeudelliseen tulkintaan liittyviä keskeisiä episteemisiä riskejä, ja millaisia strategioita on kehitetty riskien minimoimiseen ja välttämiseen? Tällaisia strategioita on yllättävän monia: esimerkiksi oikeusvaltion ideaan kuuluu useita subjektiivisia vinoumia ehkäiseviä prosesseja ja rakenteita. Tästä perspektiivistä katsottuna myös oikeustieteen keskenään kiistelevien koulukuntien voidaan nähdä pohjimmiltaan olevan samalla asialla, sillä yksi tulkintatieteiden tiedollisten riskien hallinnan keino on tulkintojen alistaminen mahdollisimman monipuoliselle kritiikille. En siis artikkelissani väitä, että oikeustiede on täysin objektiivista; tavoitteeni on selvittää, millaiset tekijät uhkaavat sen objektiivisuutta ja miten noita uhkia voidaan pyrkiä välttämään.

2. Perinteinen käsitys objektiivisuudesta

On ymmärrettävää suhtautua skeptisesti oikeustieteen objektiivisuuteen, jos objektiivisuus määritellään perinteisellä tavalla, joka on hyvin vaativa. Objektiivisuuden idea on perinteisesti ymmärretty väitteen tai uskomuksen *vastaavuutena todellisuuden kanssa*. Objektiivisuus tarkoittaa tällöin todellisuuden tavoittamista sellaisena kuin se on, eräänlaista uskollisuutta tosiasioille (*faithfulness to facts*). Tällöin täytyy tietyksi olettaa, että maailmassa on olemassa jonkinlaisia puhtaita tai paljaita tosiasioita (tai olioita tai ominaisuuksia), joita tieteilijät pyrkivät kuvaamaan ja luokittelemaan. Tiede on objektiivista, kun se onnistuu tällaisessa kuvauksessa ilman, että tutkijan oma perspektiivi vääristää kuvausta. Objektiiv-

3. Inkeri Koskinen, *Defending the risk account of scientific objectivity*. *The British Journal for the Philosophy of Science* 71 2020, s. 1187–1207.

4. Englanninkielisessä kirjallisuudessaakin tällainen lähestymistapa oikeustieteen objektiivisuuteen on uusi, tietääkseni ensimmäinen ja ainoa hahmotelma on Matthew Burch – Katherine Furman, *Objectivity in law and science: A shared rescue strategy*. *International Journal of Law and Psychiatry* 64 2019, s. 60–70. Heidän fokuksensa on yleisempi kuin tämän artikkelin, jossa keskitytään ennen kaikkea oikeudellisen tulkinnan objektiivisuuteen.

suus on siis todellisuuden tavoittamista ikään kuin ”ei-minkään näkökulmasta” (*a view from nowhere*).⁵

Tällainen käsitys objektiivisuudesta johtaa ontologisten, eli olemassaoloon liittyvien, kysymysten pariin. Jos jonkin väitteen sanotaan vastaavan todellisuutta, onko silloin tuon väitteen kuvaamia olioita todella olemassa, tai onko niillä sellaisia ominaisuuksia kuin niillä väitetään olevan? Oliko esimerkiksi Cernissä vuonna 2012 havaittu alkeishiukkanen Higgsin bosoni? Oliko kesällä 2022 Suomeen rantautunut mursu kuollessaan yli 20-vuotias? Vaikka tällaisiin kysymyksiin ei ole helppo vastata ja tieteilijät saattavat kiistellä niistä, on kuitenkin luonnollista ajatella, että oikeat vastaukset eivät riipu tieteilijöiden omista mielipiteistä, vaan siitä, miten asiat todella ovat: alkeishiukkanen joko oli tai ei ollut Higgsin bosoni, ja mursu joko oli yli 20-vuotias tai sitten ei.

Jos objektiivisuudessa on kyse väitteen ja todellisuuden välisestä vastaavuudesta eli korrespondenssista, silloin väitteen pitää olla semanttiselta rakenteeltaan todellisuutta kuvaamaan pyrkivä lause, ja lauseen todeksi tai epätoiseksi tekävän asiointilan täytyy olla riippumaton tutkijan omista käsityksistä. Perinteinen objektiivisuuskäsitys voidaan siis tarkemmin analysoida todellisuuden luonteesta oletuksia tekäväksi *metafyysiseksi* objektiivisuudeksi sekä todellisuutta kuvaavia lauseita koskevaksi *semanttiseksi* objektiivisuudeksi. Objektiivisuutta tavoittelevat lauseet eivät siis ole esimerkiksi huudahduksia tai tervehdyksiä, vaan lauseita, joissa subjekti yhdistyy predikaattiin ja joissa väitetään jotakin jostakin puhujan mielen ulkoisesta asiasta: ”tämä hiukkanen on Higgsin bosoni”, ”tämä mursu oli kuollessaan yli 20-vuotias”.⁶

Jos tieteellinen objektiivisuus ymmärretään väitteiden vastaavuudeksi todellisuuden kanssa, on luontevaa sisällyttää objektiivisuuteen myös *arvovapaus*. Kuten jo edellä mainittiin, tieteellisen objektiivisuuden ihanteena pidetään tyypillisesti sitä, että todellisuutta havainnoidaan ja kuvataan ilman, että tutkijan oma näkökulma värittää kuvausta. Etenkään tutkijan omat arvot ja ideologiat eivät saisi sotkeutua evidenssin keräämiseen ja teorioiden tai hypoteesien arviointiin. Jos esimerkiksi jonkun fyysikon esittämä teoria hylätään pelkästään siksi, että hän kuuluu johonkin etniseen vähemmistöön, teoriaa ei arvioida objektiivisesti. Tieteelliseen objektiivisuuteen ei kuulu ylipäätään minkäänlainen subjektiivisuus (onhan objektiivisuuden vastakohta nimenomaan subjektiivisuus), vaan kaikki henkilökohtaiset preferenssit, arvostukset, ennakkoluulot ja päähänpintymät pitäisi sulkea pois tutkimusta tehdessä. Perinteiseen objektiivisuuskäsitykseen

5. Julian Reiss – Jan Sprenger, Scientific Objectivity, teoksessa Edward N. Zalta (ed), The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Winter 2020 Edition. <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/scientific-objectivity/>>.

6. Erottelusta metafyyssisen ja semanttisen objektiivisuuden välillä, ks. Andrei Marmor, Three concepts of objectivity, teoksessa Andrei Marmor (ed), Law and interpretation. Oxford University Press 1995, s.177–201 sekä Matthew Kramer, Objectivity and rule of law. Cambridge University Press 2007, s.1–82.

kaitsotaankin kuuluvan nämä kolme piirrettä: uskollisuus tosiasioille, arvovapaus sekä vapaus subjektiivisista vääristymistä.⁷

3. Oikeuden objektiivisuus

Kun oikeusfilosofiassa on pohdittu oikeuden objektiivisuutta, ongelma muotoillaan yleensä kysymykseksi oikeuden määräytyneisyydestä tai *determinanssista*: onko oikeudellisiin tulkintaongelmiin olemassa oikeat ratkaisut? Tämä johtaa luontevasti kysymään, onko olemassa joitakin laintulkitsijasta riippumattomia *faktoja*, jotka määräävät sen, millaiset tulkinnan oikeuden sisällöstä ovat oikeita ja mitkä vääriä. Semanttisesta näkökulmasta tämä muotoutuu kysymykseksi oikeudellisten tekstien *merkityksestä*, Onko oikeudellinen kieli itsessään sellaista, että se asettaa rajoitteita tulkitsijalle? Onko esimerkiksi oikeudellisilla käsitteillä, kuten ”sopimus” tai ”kohtuullinen”, jokin viittauskohde reaali maailmassa, jonka löytäminen ja totuudenmukainen kuvaaminen on oikeudellisen tulkintatoiminnan tavoite?

Oikeuden objektiivisuuden pohdinta johtaa siis helposti perinteisen objektiivisuuskäsityksen mukaisesti kysymyksenasetteluihin, joissa painopiste on ontologisissa ja semanttisissa ongelmissa. Ja jos oikeuden objektiivisuutta lähestytään tästä näkökulmasta, vaihtoehtoina näyttää olevan joko jonkinlainen oikeusrealismi taikka skeptinen tai nihilistinen käsitys oikeuden objektiivisuudesta. Toisin sanoen, jotta oikeudessa voisi olla kyse subjektista riippumattoman todellisuuden kuvaamisesta – eli jotta oikeustiede täyttäisi perinteisen objektiivisuuskäsityksen kriteerit –, täytyy olettaa, että oikeudellisilla käsitteillä on jokin reaalin viittauskohde. Mutta tämä taas saattaa joidenkin mielestä johtaa niin kummallisiin tai suorastaan mielettömiin teorioihin, että vaihtoehtona on luisuminen skeptisismiin.

Oikeustiedettä on urheasti yritetty sovittaa perinteiseen objektiivisuusmuottiin. Esimerkiksi skandinaaviset realistit yrittivät, empiirisen ja positivistisen tieteen ihanteen mukaisesti, redusoida oikeusnormilauseet psykologisia tosiasioita kuvaaviksi lauseiksi.⁸ Tunnetuin vahvan oikeudellisen objektivismiin puolustaja lienee *Ronald Dworkin*, joka uskoi oikeuden determinanssiin ja myös *moraalin*

7. Inkeri Koskinen, Objektiivisuus humanistisissa tieteissa. Niin & Näin 4/2016, s. 35–42, 36; Spengler – Reiss 2020.

8. Tiivistetysti skandinaavisten realistien käsityksistä, ks. Niemi 2017, s. 956–957. Nykyisin oikeustiedettä on pyrkinyt ”naturalisoimaan” mm. Brian Leiter. Yleiskatsaus naturalistisiin analyysiin oikeudesta, ks. Brian Leiter – Matthew X. Etchemendy, Naturalism in Legal Philosophy, teoksessa Edward N. Zalta (ed), The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Fall 2021 Edition. <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/lawphil-naturalism/>>.

objektiivisuuteen. Dworkinhan katsoi objektiivisesti oikeiden ratkaisujen riippuvan ennen kaikkea pintatason oikeuslähteiden taustalla olevista moraaliperiaatteista, jotka paitsi saavat lähteet näyttämään koherentilta kokonaisuudelta, myös esittävät ne parhaassa mahdollisessa moraalisisessa valossa.⁹ Ja moraalissa puolestaan ei ole kyse pelkästään subjektiivisista makuasioista, vaan jotkut asiat ovat objektiivisesti ottaen oikeita ja jotkut vääriä.¹⁰ Kenties pisimmälle viety teoria oikeuden objektiivisuudesta, jossa sitoudutaan vahvaan oikeudelliseen ja moraaliseen realismiin, löytyy amerikkalaiselta *Michael S. Moorelta*. Esittelen lyhyesti hänen perusajatuksiaan ennen skeptikoiden argumenttien tarkastelua.

Moore kytkee oikeuden objektiivisuuden tietynlaiseen semanttiseen teoriaan, eli käsitykseen siitä, mistä oikeudelliset termit saavat merkityksensä. Kyseessä on *Saul Kripken* ja *Hilary Putnamin* tunnetuksi tekemä niin sanottu eksternalistinen (tai kausaalinen) merkitysteoria, jota kutsutaan myös ”K–P-semantiikaksi”.¹¹ Perusidea tässä teoriassa on, että sanan merkityksen määrää sen viittauskohde eli referentti. Tätä ennen vakiintunut käsitys oli se, että sanan merkitys määräytyy sen perusteella, minkälaisen kuvauksen ihmiset referenttiin kytkevät: esimerkiksi sanan *vesi* merkitys määräytyy kuvauksen ’kirkas neste, jota voi juoda’ perusteella. Putnam kuitenkin pyrki osoittamaan tämän käsityksen virheellisyyden niin sanotun Kaksoismaa-ajatuskokeen avulla.¹² Tässä ajatuskokeessa kuvitellaan planeetta nimeltä Kaksoismaa (*Twin earth*), joka on kaikissa suhteissa muutoin samanlainen kuin oma planeettamme, mutta siellä sen substanssin, jota kutsutaan nimellä ”vesi”, kemiallinen koostumus on erilainen kuin maassa. Meillä ”vesi” viittaa substanssiin, jonka kemiallinen koostumus on H₂O, kun taas Kaksoismaassa veden kemiallinen koostumus on XYZ. Mitään muuta eroa substanssien välillä ei ole: ne näyttävät, maistuvat ja tuoksuivat samalta ja ihmiset liittävät niihin täsmälleen samanlaisia kuvauksia. Silti sana ”vesi” tarkoittaa Putnamin mukaan eri asioita maassa ja Kaksoismaassa: edellisessä sen merkitys on H₂O, jälkimmäisessä XYZ. Idea on siis se, että substanssin todellinen olemus – sen essentia – määrää sen, mitä siihen viittaava sana tarkoittaa – ja ihmiset voivat periaatteessa olla täysin tietämättömiä heidän käyttämiensä sanojen todellisista merkityksistä. Suhde kielen ja maailman välillä on siis eksternalistinen,

9. Ronald Dworkin, *Law's empire*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press 1986, s. 225–258.

10. Ronald Dworkin, *Objectivity and truth: you'd better believe it*. *Philosophy and Public Affairs* 25(2) 1996, s. 87–139.

11. Ks. Hilary Putnam, *The Meaning of Meaning*, teoksessa *Mind, Language and Reality*. *Philosophical Papers Vol. 2*. Cambridge University Press 1975, s. 215–271, ja Saul Kripke, *Naming and Necessity*, teoksessa D. Davidson – G. Harman (eds), *Semantics of Natural Language*. D. Reidel Publishing Company 1972, s. 253–335.

12. Putnam 1975, s. 223–225

eli kielenpuhujien omista uskomuksista riippumaton asia. Kuten Putnam totesi, ”Meaning’s just ain’t in the head!”¹³

Tietenkään sanat eivät alun perin kytkeydy viittauskohteisiinsa itsekseen, ilman kielenkäyttäjiä. K–P-semantiikassa sanat saavat merkityksensä siten, että ihmiset ensin nimeävät erilaisia asioita ja lajeja: he esimerkiksi löytävät jonkin uuden metallin, ja antavat sille nimen ”hopea”. Mutta tämän alkuperäisen nimeämisen jälkeen sanan ”hopea” merkitys määräytyy sen perusteella, millaista hopea on todelliselta luonteeltaan, eikä sen, mitä mielikuvia ihmiset tähän saanaan liittävät. Hopean todellinen olemus ikään kuin kausaalisesti determinoi siihen kytketyn sanan merkityksen; siksi tätä teoriaa kutsutaan joskus myös kausaaliseksi merkitysteoriaksi.¹⁴

Michael Moore soveltaa tätä teoriaa myös oikeuteen ja moraaliin. Hän väittää, että esimerkiksi sanat ”oikeus” (*law*) ja ”sopimus” (*contract*) saavat merkityksensä niiden viittauskohteista, jotka ovat olemassa riippumatta siitä, mitä kielenkäyttäjät ajattelevat niiden olemassaolosta:

” – sellaiset lajit kuin sopimukset ja oikeus ovat olemassa riippumatta siitä, ajattelemeko niiden olevan olemassa, ja sanat, kuten ‘sopimus’, joita käytetään oikeudellisissa lauseissa, ja sanat, kuten ‘oikeus’, joita käytetään oikeusteoriassa, saavat merkityksensä näiden lajien todellisesta luonteesta, eivätkä kielenkäyttäjien konventioista.”¹⁵

Mooren tarkempi analyysi oikeudellisten ja moraalisten termien viittauskohteista on hyvin kompleksinen: siinä noiden termien merkitys redusoidaan naturalistisiin perusominaisuuksiin (*base properties*), joiden päällä moraaliset ja oikeudelliset ominaisuudet tai oliot ”lepäävät” ja jotka kausaalisesti selittävät tiettyjä havaittavia ominaisuuksia, esimerkiksi tuomareiden käyttäytymistä. Kyseessä on niin sanottu funktionalistinen selitysmalli, jota käytetään esimerkiksi mielenfilosofiassa. Tällöin mielelliset ilmiöt, kuten intentiot, selittyvät sellaisilla fysikaalisilla tiloilla, joiden kausaalinen rooli on aiheuttaa tietynlaista käyttäytymistä. Periaatteessa Mooren ei siis tarvitse olettaa joitakin kummallisia fysikaalisesta todellisuudesta riippumattomia moraalisia tai oikeudellisia olioita, vaan normatiivisten käsitteiden merkitys palautuu naturalistisiin ominaisuuksiin ja ulkoisesti havaittavaan käytökseen. Redusoitu termi on ikään kuin näiden välistä kausaalista vuorovaikutusta selittävä asia.¹⁶

13. Putnam 1975, s. 227.

14. Kripke 1972, s. 298–303.

15. “Kinds such as contracts and law exist in the world irrespective of us thinking that they exist and words like ‘contract’ used in propositions of law, and words like ‘law’ used in legal theory, take their meaning from the nature of these kinds and not from conventional guides to usage.” Michael S. Moore, *Can Objectivity be Grounded in Semantics?* Teoksessa Enrique Villanueva (ed), *Law: Metaphysics, Meaning and Objectivity*. Editions Rodopi 2007, s. 258.

16. Michael S. Moore, *Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology*. *Law and Philosophy* 21/2002, s. 679–686. Funktionalismista ks. Janet Levin, *Functionalism*, teoksessa Edward

Mooren semanttisen eksternalismin seuraus laintulkinnalle on se, että tulkitsijan tulisi tukeutua aina parhaimpiin tieteellisiin teorioihin, kun hän selvittää jonkin termin merkitystä. Jos nimittäin oikeudellisten termien merkitys määräytyy puhujien uskomuksista riippumattoman todellisuuden luonteesta, tulisi silloin kuunnella niitä asiantuntijoita, jotka tuntevat tuon todellisuuden parhaiten. Jos oikeudessa on kiistaa esimerkiksi siitä, oliko potilas todella kuollut jo sairaalaan tuotaessa, täytyisi ”kuolema” määritellä parhaan tieteellisen käsityksen mukaisesti, eikä ihmisten arkista kielenkäyttöä tutkimalla.¹⁷ Samalla tavalla esimerkiksi termin ”sopimus” tulkinnassa ratkaisevaa on ”paras teoria sanan todellisen viittauskohteen luonteesta”¹⁸ – eli se, miten asiat kielestä ja ihmisten uskomuksista riippumattomassa todellisuudessa ovat.

Moore siis omaksuu perinteisen, vahvan objektiivisuuskäsityksen, jossa objektiivisuus on uskollisuutta tosiasioille ja joka pohjautuu metafyyssiseen realismiin. Tällöin myös oikeudellisille ja moraalisille käsitteille täytyy olettaa reaaliset, kielenkäyttäjien subjektiivisista näkemyksistä riippumattomat viittauskohteet, jotka määräävät niiden merkityksen ja joiden tavoittaminen on laintulkitsijan tehtävä. Oikeudellisiin tulkintakiistoihin on myös tällöin olemassa objektiivisesti oikeat vastaukset, vaikka kokonaan toinen kysymys on se, kykeneekö kukaan koskaan tietämään noita oikeita vastauksia.

4. Mooren objektivismiin ongelmia

Jos oikeuden objektiivisuus edellyttää esimerkiksi yllä kuvatun kaltaisia oletuksia oikeudellisten ja moraalisten käsitteiden viittauskohteista, ei ole ihme, että monet kiistävät oikeudellisen tulkinnan objektiivisuuden mahdollisuuden. Eksternalistiseen semantiikkaan sisältyy, kuten näimme, aina se mahdollisuus, että ihmiset erehtyvät sanojen todellista merkityksistä. Mooren teoriassa on siis se absurdlta kuulostava seuraus, että oikeustieteilijöiden joukko olisi kollektiivisesti erehtynyt siitä, millainen esimerkiksi ”sopimuksen” todellinen viittauskohde on luonteeltaan tai että sen todellinen luonne paljastuisi jonkin uuden yllättävän tieteellisen löydöksen myötä. Semanttinen eksternalismi saattaa olla uskottava selitys niin sanottuja luonnollisia lajeja (*natural kinds*) kuvaaville termeille (kuten ”vesi” tai ”hopea”), mutta tuntuu mielettömältä soveltaa sitä sellaisiin käsit-

N. Zalta (ed), The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Winter 2021 Edition. <<https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/functionalist/>>.

17. Michael S. Moore, A Natural Law Theory of Interpretation. *Southern California Law Review* 58/1985, s. 277–398, 294.

18. Moore 1985, s 337.

teisiin, jotka kuvaavat *institutionaalisia* faktoja.¹⁹ Miten esimerkiksi se, että joku on oikeudellisia kiistoja ratkaiseva ”tuomari” tai että jokin paperinpalanen on ”rahaa”, voi olla riippumaton ihmisten uskomuksista ja käytännöistä? Paperinpalanen lakkaa olemasta rahaa, jos ihmiset kollektiivisesti lopettavat pitämästä sitä rahana, ja henkilö lakkaa olemasta tuomari, jos ihmiset lopettavat pitämästä häntä kiistojen ratkaisun auktoriteettina.

Mooren teoria paljastaa yleisemmän ongelman, joka liittyy perinteiseen objektiivisuuskäsitykseen. Miten voimme tavoittaa todellisuuden sellaisena kuin se oikeasti on, ilman, että oma perspektiivimme ja käsitejärjestelmämme on välissä sotkemassa havaintojamme? Meidän tulisi kyetä ikään kuin irtaantumaan omista nahoistamme ja astua kokonaan itsemme ja kieleemme ulkopuolelle. Vain tällaisesta perspektiivistä käsin voisimme varmistua, millainen todellisuus oikeasti on ja vastaako käyttämämme kieli sitä. Mutta tällainen perspektiivi on meille mahdoton. Tai oikeammin: *ajatus* siitä on mieletön. Jo sitä ajatellessamme olemme sidoksissa kieleen, jolla ajatus ilmaistaan. Tällaisen kielen ulkoisen perspektiivin mielettömyyden osoittamista voi pitää yhtenä *Ludwig Wittgensteinin* filosofian pääsanomana.²⁰

Myös nykyisessä tieteenfilosofiassa on tunnustettu se, että ”näkökulmaa ei-mistään” on mahdoton saavuttaa, ja että tieteilijät tekevät havaintojaan ja muotoilevat hypoteesejaan aina jostakin paradigmasta tai teoreettisesta viitekehystä käsin. Havainnot ovat monin eri tavoin ”teoriapitoisia.”²¹ Mutta tarkoittaako tämän hyväksyminen samalla objektiivisuuden mahdottomuutta?

5. Skeptinen näkemys oikeuden objektiivisuudesta

Monet oikeustieteilijät eivät ole epäröineet vetää tätä johtopäätöstä. Erityisesti niin sanotun kriittisen lainopin edustajat näkevät oikeuden erilaisten subjektien tai ryhmien välisten perspektiivien kamppailukenttänä, joista mikään ei ole

19. Ks. Dennis Patterson, *Realist Semantics and Legal Theory*. Vol II *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2/1989, s. 176–177.

20. Jo monitulkintaisessa varhaisteoksessaan Wittgenstein totesi, että ”Kieleni rajat merkitsevät maailmani rajoja”. Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*. Suom. Heikki Nyman. WSOY 1997, § 5.6. Myöhäistuotannossaan Wittgenstein kuvasi ”tyhjäksi haavekuvaksi” sitä ajatusta, että ”lause, kieli, ajattelu, maailma, ovat peräkkäin rivissä, kukin toinen toistaan täysin vastaten.” Ludwig Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*. Suom. Heikki Nyman. WSOY 1999, §§ 94, 96.

21. Idean isänä pidetään yleensä Thomas Kuhnia (Ks. Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*. The University of Chicago Press 1962). Havaintojen teoriapitoisuuden eri ulottuvuuksista, ks. Petri Ylikoski – Mika Kiikeri, *Tiede tutkimuskohteena. Filosofinen johdatus tieteen tutkimukseen*. Gaudeamus 2004, s. 28–36.

sen objektiivisempi kuin toinen. Oikeudessa ”näkökulma ei-mistään” on vielä mahdottomampi ideaali kuin luonnontieteissä, sillä jo oikeudellisen tulkinnan *kohde* – lainsäätäjän säätämät oikeusnormit – on sisäisesti ristiriitainen, erilaisen intressien ja poliittisten ideologioiden kamppailun tulos.²² Kun tähän lisätään vielä tulkitsijan omien arvojen vaikutus tulkintaan sekä hyvin toisenlainen käsitys kielestä kuin esimerkiksi Moorella, näyttää oikeustieteen objektiivisuus mahdottomalta. Suomessa kriittistä lainoppia edustaa tässä lehdessäkin²³ paljon keskustelua herättänyt *Santhu Raitasuon* väitöskirja, joten käytän sitä apuna kriittisen lainopin näkemysten esittelyssä.

Kriittisen lainopin perusajatus on, että oikeus on perustavanlaatuisesti määräytymätöntä tai *indeterminanttia*.²⁴ Indeterminanssi johtuu monista eri tekijöistä. Ensinnäkin yksittäisessä oikeussäännössä käytetyillä käsitteillä ei ole tarkkoja rajoja, jotka määräisivät käsitteen sisä- ja ulkopuolelle kuuluvat asiat yksiselitteisesti, kaikissa mahdollisissa tapauksissa. *H.L.A. Hartin* puhki kulu- nutta esimerkkiä käyttäen, mitkä kaikki asiat ovat kiellettyjä, jos puistoon ei saa tuoda ”ajoneuvoja”?²⁵ Kuuluvatko esimerkiksi sähköpotkulaudat kiellon piiriin?

Lon Fuller ajatteli tulkintaepäselvyyksien ratkeavan, jos otetaan huomioon säännön taustalla oleva *tarkoitus* tai oikeutus.²⁶ Mutta tällöin voi tulla tilanteita, joissa tarkoitus ja säännön sanamuodon mukainen merkitys ajautuvat ristiriitaan. *Frederick Schauer* on puhunut sääntöjen yli- ja alikattavuudesta: säännön kirjaimellinen merkitys voi ulottua sellaisiin tapauksiin, jotka eivät vastaa säännön tarkoitusta, ja toisaalta kirjaimellinen merkitys ei välttämättä ulotu kaikkiin niihin tapauksiin, joita sen tavoitteeseen sisältyy.²⁷ Schauer itse näkee oikeudellisten sääntöjen sanamuodon mukaisen formalistisen tulkintatavan silti järkevänä vaihtoehtona, sillä säännön sanamuodon sivuuttaminen sen tausta-oikeutuksen varjolla antaisi liikaa valtaa tulkitsijoille. CLS-teoreetikko puolestaan oletettavasti sanoisi, että Schauerin valinta edustaa tietynlaisen poliittisen ideologian tai arvomaailman mukaista tulkintaa (tekstualismihan yhdistetään USA:ssa tyypillisesti konservatismiin²⁸). Toisenlaista poliittista ideologiaa kannattava voisi mieluummin päätyä säännön tavoitteen mukaiseen tulkintaan. Raitasuon mukaan

22. Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard Law Review 96(3) 1983, s. 561–675, 571.

23. Ks. Lakimies 7–8/2019.

24. Raitasuo 2022, s. 35.

25. H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review 71(4) 1958, s. 593–629, 607.

26. Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*. Harvard Law Review 71(4) 1958, s. 630–672, 662–665.

27. Frederick Schauer, *Playing by the rules*. Clarendon Press 1991, s. 31–32.

28. Ks. Andrei Marmor, *The immorality of textualism*. Loyola of Los Angeles Law Review 2005, s. 2063–2079.

”Oikeuden indeterminanssi aiheutuu siitä, että ei ole olemassa ’ylemman tason’ sääntöä, joka kertoisi miten lain soveltajan on toimittava niissä tilanteissa, jossa hän voi valita useamman tulkintavaihtoehdon välillä. Loogisessa mielessä kaikkien sääntöjen kohdalla on olemassa ainakin teoreettinen poikkeamismahdollisuus, vaikka tietty tulkintavaihtoehto olisi kuinka vakiintunut tahansa ja sen ymmärrettäisiin olevan säännön sanamuodon mukainen ja vastaavan myöskin säännön tarkoitusta.”²⁹

Vaikka tulkinnan apuvälineitä laajennettaisiin ja otettaisiin mukaan myös esimerkiksi oikeuskäytäntö, tämä ei poistaisi indeterminanssia, sillä vetoaminen tosiseikoiltaan samanlaiseen oikeustapaukseen on itsessään tulkinnanvaraista: analogioita voi periaatteessa nähdä minkä tahansa asioiden välillä (ja toisaalta distinktion tekniikkaa voi soveltaa aina, jos jotakin prejudikaattia ei halua seurata).³⁰ Ja kun otetaan huomioon vielä se, että lakiteksti itsessään on poliittisten kamppailujen tulos, joka sisältää ristiriitoja ja jännitteitä, on helppo päätyä hyvin radikaaliin oikeuden määräytymättömyyteesiin ja sääntöskeptisismiin, jonka mukaan ”oikeudelliset aineistot ovat välttämättä niin tulkinnanvaraisia ja manipuloinnille alttiita, että niiden avulla voidaan perustella yhtä vakuuttavasti minkälaisia oikeudellisia lopputulemia tahansa.”³¹

Oikeuden määräytymättömyydestä seuraa, että kaikki tulkinnat ovat väistämättä *arvosidonnaisia*. Jos kerran oikeudellinen aineisto ei itsessään pakota mihinkään tiettyyn tulkintaan, tulkintavaihtoehdon valinta voi perustua vain tulkitsijan omiin moraalisiin tai poliittisiin preferensseihin tai puhtaasti egoistisiin taloudellisiin intresseihin. Jopa niin sanotut rutiiniratkaisut, jotka *tuntuvat* vain mekaaniselta säännön seuraamiselta, ovat myös arvosidonnaisia. Helppous on ennemminkin älyllistä tai moraalista laiskuutta: kukaan ei kenties ole ehtinyt tai jaksanut miettiä vaihtoehtoisia tulkintatapoja, tai sitten noudatetaan kriittikittömästi jonkin arvovaltaisen, ”symbolista pääomaa” omaavan tahon tekemää aiempaa tulkintaa.³²

Jos oikeuden sisällöstä ei voi esittää minkäänlaisia arvoneutraaleja tulkintoja, seuraa tästä, että myös oikeustiede on väistämättä arvosidonnaista. Raitasuon väitöskirjassa pyritään osoittamaan erityisesti vero-oikeudellisen tutkimuksen taustalla vaikuttavia taloudellisia intressejä. Mutta kriittisen lainopin mukaan kuka tahansa tutkija millä tahansa oikeudenalalla, kehitteli hän sitten esimerkiksi uusia yleisiä oppeja tai soveltaisi vakiintuneita doktriineja tulkinnassaan, ”edistää aina joidenkin arvojen, etujen tai politiikkojen toteutumista, oli hän

29. Raitasuo 2022, s.37.

30. Raitasuo 2022, s. 38

31. Raitasuo 2022, s. 40. Väitöskirjasta ei suoraan käy ilmi, sitoutuuko Raitasuo itse näin jyrkkään indeterminanssiin.

32. Raitasuo 2022, s. 41, 50, 53. Ks. myös Duncan Kennedy, *A Left Phenomenological Alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation*, teoksessa Duncan Kennedy, *Legal Reasoning: Collected Essays*. The Davies Group Publishers 2008, s. 153–173.

tästä tietoinen tai ei.”³³ Kun oikeustieteilijät lukevat toistensa tekstejä ja käyttävät niitä omien tulkintojensa apuna, he ovat tekemisissä tekstien kanssa ”jossa on työstetty raakaa säädösmateriaalia erilaisten arvojen ja intressien mukaiseen suuntaan.”³⁴ Oikeustieteessä on siis kyse ”tietynlaisen arvosidonnaisen näkökulman omaksumisena oikeuteen.”³⁵ Aiemmin esitellyn perinteisen objektiivisuuskäsityksen perusteella oikeustiede ei siis voi olla objektiivista: perinteisen käsityksen mukaanhan objektiivisuus edellyttää arvovapautta.

Kriittistä lainoppiakin voi kuitenkin tarkastella kriittisesti. Esimerkiksi siitä, että joidenkin käsitteiden merkitys on joissakin tilanteissa epäselvä, ei seuraa, että kaikkien käsitteiden merkitys on kaikissa tilanteissa määrätynmätön. Pelkkä looginen mahdollisuus epäselvyyteen minkä tahansa käsitteen kohdalla ei tarkoita tuon mahdollisuuden aktualisoitumista koko ajan. Kriittiset lainoppineetkin joutuvat olettamaan kielen, joiden merkitykset ovat suurimman osan ajasta vakiintuneita ja itsestään selviä, jos he haluavat kielellisesti kommunikoida näkemyksiään muille. Voidaan myös kysyä, voiko kriittinen lainoppi olla *kriittistä*, jos siinä kiistetään objektiivisuuden idea kokonaan. Eikö tällöin jouduta vain toteamaan, että oikeudesta voi esittää lukemattomia erilaisia tulkintoja, jotka pohjautuvat ihmisten ja ryhmien erilaisiin arvotuksiin, mutta ei ole olemassa mitään toisen tason sääntöjä, joilla erilaisten tulkintojen paremmuutta voisi arvioida? Korkeintaan tulkintojen taustalla vaikuttavat arvot ja intressit voidaan paljastaa ja *todeta*, mutta niitä ei voi kritisoida – ellei sitten kriittinen lainoppinut usko siihen, että jotkut arvot tai intressit ovat hyväksyttävämpiä kuin toiset. Tällöin kuitenkin luovutaan radikaalista subjektiivisuudesta ja oletetaan, että jotkut asiat ovat objektiivisesti ottaen oikeampia kuin toiset.

Tarkastelen tässä artikkelissa kriittistä lainoppia kuitenkin mieluummin positiivisessa kuin kriittisessä valossa. Yritän osoittaa, että kriittiset lainoppineet ovat itse asiassa oikeuden objektiivisuuden *asialla* mieluummin kuin sitä vastaan. Kriittistä lainoppia voidaan tarkastella sellaisen objektiivisuuskäsityksen kautta, jossa objektiivisuuden lisääminen kytkeytyy erilaisten tiedollisten riskien tunnistamiseen ja hallintaan. Esittelen tätä ajatusta seuraavaksi.

6. Objektiivisuus episteemisten riskien hallintana

Edellinen keskustelu on paljastanut, että perinteisen tieteellisen objektiivisuuskäsityksen soveltaminen oikeustieteeseen johtaa helposti joko monimutkaisiin

33. Raitasuo 2022, s. 47.

34. Raitasuo 2022, s. 53.

35. Raitasuo 2022, s. 53.

arkijärjen vastaisia semanttisiin ja ontologisiin teorioihin, jotka paitsi ovat filosofisesti ongelmallisia, tuskin myöskään auttavat käytännön tulkintatyötä tekevää tuomaria tai oikeustieteilijää, tai sitten radikaaleihin väitteisiin oikeudellisten tulkintojen subjektiivisuudesta ja arvosidonnaisuudesta, jolloin hintana on oikeustieteen tieteellisyyden kyseenalaistaminen.

Perinteinen objektiivisuuskäsitys on kuitenkin alettu ymmärtää liian vaativaksi myös muiden tieteiden – jopa niin sanottujen kovien luonnontieteiden – kohdalla. Kuten jo aiemmin mainittiin, nykyisessä tieteenfilosofiassa tiedostetaan se, että tutkijoiden omaksumat erilaiset teoreettiset viitekehykset, paradigmat ja peruskäsitteet vaikuttavat siihen, millaisia havaintoja he todellisuudesta tekevät; täysin perspektiivitöntä tieteellistä näkökulmaa todellisuuteen ei ole. Yksittäisen tutkijan perspektiivin rajoittuneisuutta, ja hänen mahdollisesti omaksumiensa ennakkoluulojen vinouttavaa vaikutusta, on toki pyritty hallitsemaan kehittämällä sellaisia tieteellisiä *proseduureja*, joita seuraamalla kuka tahansa tutkija päätyisi samaan lopputulokseen. Mutta kuten etenkin feministiset tieteenfilosofit ovat osoittaneet, joskus kokonainen tutkijaryhmä voi jakaa saman ennakkoluulon tai ajattelun vinouman tiedostamattaan. Kuuluu esimerkiksi kädellisten käyttäytymisen tutkiminen, jossa 1900-luvun puoliväliin asti miesvaltainen tutkijayhteisö keskittyi etupäässä ”alfaurosten” tutkimiseen ja näki vallitsevien sukupuoliroolien mukaisesti naarasapinat passiivisina ja alistuvina. Naistutkijoiden määrän lisääntyessä tutkimuksessa alettiin kiinnittää huomiota myös naaraiden käyttäytymiseen ja niiden havaittiin olevan paljon aktiivisempia toimijoita kuin aiemmin oletettiin.³⁶ Tieteen arvovapautta ei myöskään enää pidetä mahdollisena. Arvot vaikuttavat tieteessä monilla eri tasoilla, aina tutkimusaiheiden valinnasta ja rahoittamisesta hypoteesien hylkäämiseen tai hyväksymiseen liittyviin eettisiin pohdintoihin asti.³⁷

Tieteellisen objektiivisuuden käsitteestä ei kuitenkaan ole luovuttu. Sen sijaan on siirrytty ontologisista ja semanttisista (eli todellisuuden ja kielen väliseen korrespondenssiin liittyvistä) kysymyksistä tarkastelemaan mieluummin tieteilijöiden itsensä ominaisuuksia sekä niitä prosesseja, joilla tietoa tuotetaan. Huomiota on alettu kiinnittää varsinkin niihin heikkouksiin, joita meillä ihmisinä olentoina väistämättä on, sekä siihen, miten tiedollisista puutteistamme johtuvia riskejä voisi hallita.

Riskien tunnistamiseen ja hallintaan keskittyvää objektiivisuuskäsitystä on kehittänyt ja puolustanut ennen kaikkea suomalainen tieteenfilosofi Inkeri Koskinen. Koskisen mukaan objektiivisuuden käsitteen tulisi olla sellainen,

36. Ks. esim. Gillian Barker – Philip Kitcher, *Philosophy of science: a new introduction*. Oxford University Press 2014, s. 108–109.

37. Tieteen arvosidonnaisuudesta ks. Koskinen 2016; Spengler – Reiss 2020; Heather Douglas, *Values in Social Science*, teoksessa Nancy Cartwright – Eleonora Montuschi (eds), *Philosophy of Social Science: A New Introduction*. Oxford University Press 2015, s. 162–182.

josta on myös jotakin käytännön hyötyä.³⁸ Tällöin metafyyminen tarkastelutapa ei välttämättä vie pitkälle (kuten esimerkiksi Mooren semanttinen teoria oikeudellisten käsitteiden objektiivisista merkityksistä osoitti). Objektiivisuus tulee myös nähdä asteittaisena eikä absoluuttisena ominaisuutena: asiat voivat olla enemmän tai vähemmän objektiivisia sen sijaan, että ne joko ovat täysin objektiivisia tai täysin subjektiivisia. Tällöin objektiivisuus on heikompi ominaisuus kuin totuus tai varmuus: objektiivisuuden idea täytyy sovittaa yhteen inhimillisen erehtyvyyden kanssa.³⁹ Keskeistä objektiivisuudelle onkin tällöin se, kuinka hyvin olemme tunnistanee erilaisia tiedollisia heikkouksia ja riskejä ja millaisia riskinhallintastrategioita tieteessä on kehitetty. Eri konteksteissa voi olla erilaisia riskejä, ja niitä pyritään minimoimaan erilaisilla strategioilla. Tästä näkökulmasta esimerkiksi luonnontieteelliseen perustutkimukseen voi liittyä erilaisia riskejä kuin sellaiseen yhteiskuntatieteelliseen tai oikeustieteelliseen tutkimukseen, jonka tuloksilla on välitöntä vaikutusta joidenkin ihmisten elämään. Koskinen tiivistää objektiivisuuden ”riskikäsitteen” seuraavasti:

”Kun kutsumme X:ää objektiiviseksi, ... Sanomme, että tukeudumme (*rely on*) siihen, ja että muidenkin tulisi tukeutua siihen. Mutta sana ’objektiivisuus’ liittyy vain tietynlaiseen tukeutumiseen: sellaiseen, joka perustuu uskomukseemme, että tiedollisista heikkouksistamme johtuvia tärkeitä episteemisiä riskejä on onnistuneesti vältetty.”⁴⁰

Missä mielessä me olemme epätäydellisiä tiedollisia toimijoita? Kognitiivisessa psykologiassa ja argumentaatioteoriassa on tunnistettu monia erilaisia ajattelun vinoumia ja päättelyvirheitä. Meillä on esimerkiksi tapana etsiä vain omia hypoteesejamme tukevaa evidenssiä (ns. vahvistusharha); suhtaudumme samoihin tosiasioihin eri tavalla riippuen siitä, miten nuo faktat meille esitetään tai miten ne ”kehystetään”; muodostamme uskomuksia liian nopeasti ensivaikutelmien perusteella; olemme taipuvaisia toiveajatteluun; yliarvioimme usein omia kykyjämme, tai jonkin auktoriteettiaseman saaneen tahon osaamista; ja vastaavasti aliarvioimme sellaista ihmisryhmää edustavan henkilön osaamista, jota emme ole tottuneet näkemään asiantuntijan roolissa; emme osaa kunnolla hahmottaa todennäköisyyksiä, ja niin edelleen.⁴¹

Heikkouksia voi kuvata tiedollisina *paheina* (*epistemic vices*) eli ei-toivotavina tai epäsuotuisina luonteenpiirteinä tai käyttäytymistäipumuksina. Tie-

38. Koskinen 2020, s. 1190

39. Koskinen 2020, s. 1190, 1201.

40. When we ... call X objective, we endorse it. We say that we rely on X, and that others should do so too. But the word ’objective’ is reserved for a specific type of reliance: it is based on the belief that important epistemic risks arising from our imperfections as epistemic agents have been effectively averted.” Koskinen 2020, s. 1196.

41. Ks. esim. Daniel Kahneman, *Thinking fast and slow*. Penguin Books 2011 ja Howard J. Ross, *Everyday bias: identifying and navigating unconscious judgment in our daily lives*. Updated edition. Rowman & Littlefield 2020.

dollisina paheina voi pitää esimerkiksi ahdasmielisyyttä, dogmaattisuutta, herkkäuskoisuutta, älyllistä epärehellisyyttä, itsepetosta, laiskuutta, pinnallista ajattelua ja taikauskoisuutta.⁴² Kaikkein pirullisinta on, että monet vinoumat ja paheet voivat olla kollektiivisia. Jo aiemmin mainittiin esimerkkinä kokonaisen tutkijaryhmän jakamat seksistiset oletukset siitä, miten uros- ja naarasapinat käyttäytyvät. Samalla tavalla ihmisillä voi olla kollektiivisia tiedostamattomia ennakkoluuloja erilaisia ihmisryhmiä kohtaan. *Miranda Fricker* kutsuu *tiedolliseksi epäoikeudenmukaisuudeksi (epistemic injustice)* marginalisoitujen ja alistetussa asemassa olevien ihmisten tiedollisten kykyjen vähättelyä tai tukahduttamista.⁴³ Yksi tällaisen epäoikeudenmukaisuuden muoto on se, että vaikkapa ikään, sukupuoleen tai etnisyyteen perustuvan ennakkoluulon takia jonkin henkilön väitteitä ei pidetä uskottavina, tai käänteisesti, jonkin henkilön sanomisia yliarvostetaan samoista syistä.

Millaisia riskejä tämänkaltaiset vinoumat ja tiedolliset paheet aiheuttavat erityisesti oikeudellisessa tulkintatoiminnassa? Entä miten näitä riskejä voitaisiin minimoida? Seuraavassa hahmottelen asiaa hyvin alustavasti – jo edellä sanotun perusteella lienee selvää, että riskien tunnistamiseen ja niitä minimoivien strategioiden kehittelyyn ja arviointiin tarvitaan koko tiedeyhteisöä.

7. Oikeudellisen tulkinnan objektiivisuus

Tarkastelen ensin oikeudellisen ratkaisutoiminnan kontekstia. Oletan tässä, että länsimaisten demokratioiden oikeudelliseen itseymmärrykseen kuuluu ajatus, että oikeudenkäyttö *pyrkii* olemaan objektiivista eli että se ei ole pelkkä mielivaltainen pakottamisjärjestelmä.⁴⁴ Oletan tuohon itseymmärrykseen kuuluvan myös sen, että oikeudelliset ratkaisijat ovat lähtökohtaisesti sidottuja tiettyihin kirjoitettuihin oikeuslähteisiin: he eivät voi ainakaan avoimesti perustaa ratkaisujaan ensisijaisesti esimerkiksi tähtien asentoihin tai tarot-kortteihin. Toimivassa demokratiassa kansalaisten on voitava luottaa siihen, että heidän valitsemiensa kansanedustajien säätämät lait ovat aidosti merkityksellisiä ja ne sitovat lainso-

42. Tiedollisista paheista, ks. esim. John Turri – Mark Alfano – John Greco, *Virtue Epistemology*, teoksessa Edward N. Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2021 Edition. [/https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/epistemology-virtue/](https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/epistemology-virtue/).

43. Miranda Fricker, *Epistemic injustice*. Oxford: Oxford University Press 2007.

44. Kuten Gonzalo Villa Rosas ja Jorge Luis Fabra-Zamosa toteavat, “without the quest for objectivity...law would be nothing more than an irrational coercive mechanism.” Gonzalo Villa Rosas – Jorge Luisa Fabra-Zamosa, *Introduction: The meanings of ‘objectivity’*, teoksessa Gonzalo Villa Rosas – Jorge Luisa Fabra-Zamora (eds), *Objectivity in Jurisprudence, Legal Interpretation and Practical Reasoning*. Edward Elgar Publishing 2022, s. 1–29, 11.

veltajia. Yksi tärkeä osa oikeuden ideaan kuuluvaa objektiivisuuspyrkimystä on siis tulkita lakeja mahdollisimman objektiivisesti – eli sillä oletuksella, että niissä ilmaistaan jotakin, mikä ei ole pelkästään laintulkitsijan itse päätettävissä, vaan joka hänen täytyy pyrkiä säilyttämään tulkinnassaan. Tulkinnan *käsitteeseen* kuuluu jonkin alkuperäisen (ajatuksen tai merkityksen) säilyttämisen idea, vaikkakin usein myös sen uudelleenmuotoilu.⁴⁵ Ei siis ole mielekästä puhua tulkinnasta ilman jotakin kohdetta, johon tulkinta kohdistuu; tällainen minimaalinen ontologinen oletus tulkinnan objektiivisuudesta puhuttaessa on tehtävä.

Mutta nyt kiinnostuksen kohteena ei siis ole tulkittavan kohteen, eli tässä tapauksessa oikeudellisten tekstien merkitysten, ontologinen luonne, vaan oikeudelliset tulkitsijat. Sikäli kuin oikeudelliset päätöksentekijät ovat ihmisiä, on aina olemassa riski, että he tekevät esimerkiksi hätiköityjä päätöksiä, ovat dogmaattisia tai huolimattomia tai että heillä on tiedostamattomia ennakkoluuloja joitakin ihmisryhmiä kohtaan. Näiden riskien toteutuessa oikeudelliset tulkinnat voivat olla selvästi virheellisiä, epäoikeudenmukaisia tai vähintäänkin huonosti perusteltuja. Miten riskiä voisi hallita, ja näin lisätä ihmisten luottamusta siihen, että oikeudenkäyttö ei ole pelkkää mielivaltaa, vaan oikeusäännöllä on aidosti väliä?

Oikeudellisen ratkaisutoiminnan monia jo olemassa olevia proseduureja voi itse asiassa pitää juuri ratkaisijan tiedollisten kykyjen vahvistamiseen tähtävinä strategioina. Yksi tällainen proseduuri on vaikkapa velvollisuus kuulla kaikkia asiaan liittyviä osapuolia (ja noiden osapuolien oikeus saada oikeudellista apua, jotta he osaavat paremmin ilmaista asiansa). Toinen on tuomarin velvollisuus perustella päätöksensä, jossa on otettava kantaa osapuolten esittämiin argumentteihin. Näin tuomari on pakotettu ainakin jossain määrin miettimään tulkintojaan useammasta eri näkökohdasta ja ylipäätään pohtimaan asiaa paljon huolellisemmin kuin tavallisessa arkikeskustelussa. Oikeudellisista ratkaisuista on mahdollisuus valittaa; tämä on yksi strategia yrittää ehkäistä liian hätiköityjä tai puolueellisia argumentteja. Juttuja ratkaistaan etenkin ylemmissä oikeusasteissa monijäsenisissä paneeleissa, jolloin saadaan mukaan useampi kuin yksi näkökulma, ja näin voidaan ehkäistä yksittäisen tuomarin tiedollisia heikkouksia. Ratkaisut ovat julkisia ja kaikkien saatavilla ja tällöin niiden laatuun oletettavasti panostetaan enemmän, eli pyritään ajattelemaan kriittisemmin ja huolellisemmin kuin jos päätökset perusteluineen voisi pitää salassa. Vaikka valitustie loppuu aikanaan, ylimpien tuomioistuinten päätöksiä voi silti jälkikäteisesti arvioida kriittisesti. Jo itse ratkaisussa eri mieltä olevilla tuomareilla on mahdollisuus tuoda oma käsityksensä esiin – tätä voi pitää eräänlaisena tuomarikunnan omana vertaiskriittikkinä. Ja oikeusoppineiden tiedeyhteisöllä on ratkaisujen jälkikäteisarvioinnissa tietenkin merkittävä rooli. Luonnollisesti

45. Ks. Julie Dickson, *Interpretation and Coherence in Legal Reasoning*, teoksessa Edward N. Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter 2016 Edition. <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-reas-interpret/>>

tiedollisia heikkouksia pystytään paremmin hallitsemaan myös sillä keinolla, että oikeudelliseen ratkaisutoimintaan on käytettävissä riittävästi aikaa ja resursseja.

Monet tässä mainitut prosessit ovat tuttuja *oikeusvaltion* ideaan sisältyviä piirteitä. Oikeusvaltion idean voikin hahmottaa kokoelmana erilaisia strategioita, jotka paitsi ehkäisevät vallan keskittymistä ja väärinkäyttöä, myös pyrkivät minimoimaan inhimillisiä tiedollisia puutteita oikeudellisessa tulkintatoiminnassa (vaikka strategioita ei olisi tietoisesti alun perin tätä varten kehitetty).⁴⁶ Raitasuon kriittistä lainoppia edustavassa väitöskirjassa sitä, että yksittäisessä ratkaisussa eri osapuolilla on erilaisia argumentteja tai sitä, että joskus päätökset muuttuvat ylemmissä oikeusasteissa tai sitä, että julkaistuissa päätöksissä on joskus tuomareiden eriäviä mielipiteitä, pidetään osoituksena oikeuden indeterminanssista.⁴⁷ Toisella tavalla tarkasteltuna se, että tuomareilla on mahdollisuus saada oma eriävä näkemyksensä kirjatuksi tai että päätöksistä voidaan valittaa tai että juttua ratkaistaessa osapuolet saavat esittää eri suuntiin vetäviä argumentteja, nimenomaan lisäävät oikeuden objektiivisuutta. Jos valittaminen tai eriävien mielipiteiden esittäminen ei olisi *sallittua* – jos tällaisia prosesseja ei olisi sisäänrakennettu oikeusjärjestykseen – oikeudenkäyttö olisi huomattavasti alttiimpaa vain jonkin tietyn intressiryhmän vallankäytölle.

Näiden prosessien katveeseen jää toki paljon tilaa tulkitsijan yksilöllisille valinnoille. Niin tutkija kuin tuomarikin kohtaa esimerkiksi monitulkinsaisia lainkohtia, joissa pitää miettiä vaikkapa jonkin käsitteen merkityksen rajoja. Tässä yksi tiedollisia heikkouksia minimoiva strategia ovat oikeustieteen vakiintuneet tulkintasäännöt. Oikeudellisen tulkinnan objektiivisuuteen skeptisesti suhtautuva voisi tässä kohdassa huomauttaa, että oikeusyhteisössä usein kiistellään siitä, mikä tulkintasääntö pitäisi asettaa etusijalle tai mitkä tulkintasäännöt ylipäätään ovat sallittuja.⁴⁸ Vaikka tulkintasääntöjen luetteloita on erilaisia, tietty yhteinen ydin, joka koostuu tekstuaalisesta, tavoitteellisesta ja systemisestä tulkintametodista, näyttää kuitenkin olevan varsin universaali (vaikka näistä säännöistä ei juuri näitä nimityksiä käytettäisikään).⁴⁹ Ja sikäli kuin kyseessä on kirjoitettuun lakiin perustuva oikeusjärjestelmä, *säädösteksteillä* on oltava painava merkitys; muutoin lakikirjat (tai nykyisin, sähköiset säädöskokoelmat) voisivat yhtä hyvin koostua tyhjästä sivuista. On itsensä kumoavaa väittää, että

46. Ks. Frank Zenker – Christian Dahlman, Debiasing and the rule of law, teoksessa E. T. Feteris – H. Kloosterhuis – H. J. Plug – C. E. Smith, Legal argumentation and the rule of law. Eleven International Publishing 2016, s. 217–229.

47. Raitasuo 2022, s. 54.

48. Kiitän anonymia arvioijaa tästä hyvästä huomautuksesta.

49. Ks. esim. Ari Hirvonen, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 2011, s. 39–40; James Holland – Julian Webb, Learning Legal Rules. Oxford University Press 2019, s. 270; Dennis Patterson, Normativity and Objectivity in Law. William and Mary Law Review 2001, s. 352–354; ja Reinhold Zippelius, Introduction to German Legal Methods. Carolina Academic Press 2008, s. 59–62.

kirjoitettu laki ei rajoittaisi tulkitsijaa millään lailla, vaan sille voisi antaa minkä tahansa merkityksen;⁵⁰ tällöin tuota tulkintaa lukeva voisi myös antaa sille minkä tahansa merkityksen, eikä millään tulkinnalla tällöin olisi mitään väliä. Voidaan siis väittää, että tulkintasääntöjen etusijajärjestyksestäkään ei vallitse radikaalia erimielisyyttä: lain sanamuodosta lähtevän tulkinnan puolesta on kirjoitetun lain järjestelmissä oltava vahva oletama – miksi kirjoitettuja lakeja muuten olisi.

Hankalissa oikeustapauksissa on tietysti usein kyse siitä, että pelkkä sanamuoto on monitulkintainen tai epäselvä. Juuri silloin tulkintakaanoneiden tarve aktualisoituu. Tulkinnan objektiivisuutta lisää silloin, jos vakiintuneita tulkintasääntöjä käytetään yhdessä, eikä tyydytä pelkästään yhteen sääntöön (ei esimerkiksi tyydytä vain tarkistamaan epäselvän termin merkitystä sanakirjasta), vaan vertaillaan eri sääntöjen tuottamia ratkaisuja ja valitaan tulkinta, joka saa tukea mahdollisimman monesta suunnasta. Käytännössä tämä siis tarkoittaa tulkinnan tukena käytettävien lähteiden joukon laajentamista – eli sellaisten tiedollisten *hyveiden* kuin huolellisuuden, kärsivällisyyden, tarkkavaisuuden tai tunnollisuuden harjoittamista.

Tulkinnan objektiivisuuden lisäämiseksi ei välttämättä riitä kuitenkaan pelkästään lähdeaineiston kasvattaminen, vaan olennaista on myös se, *miten* lähteitä luetaan. Millä tavalla, ketä silmällä pitäen esimerkiksi lain esityöt on kirjoitettu? Entä mistä näkökulmasta toisten oikeustieteilijöiden tulkintasuositukset on kirjoitettu? Etenkin tässä kohdassa kriittisen lainopin huomiot ovat tärkeitä. Raitasuo kehottaa miettimään aina sitä *tutkijapositiota*, josta käsin oikeustieteelliset tutkimukset on kirjoitettu. Edustaako tutkija jotakin instituutiota, joka on sitoutunut edistämään jonkin tietyn ryhmän etuja? Millaisiin lähteisiin tutkija viittaa? Edustavatko ne pelkästään jonkin tietyn koulukunnan tai muulla tavalla valikoituneen ryhmän näkemyksiä? Onko epäiltävissä, että joitakin ilmeisiä vasta-argumentteja on jätetty huomiotta?⁵¹ Etenkin niin sanotun systemaattisen tulkintakaanonin käyttö johdattaa oikeuskirjallisuuden pariin, sillä juuri oikeuden systematisointi on yksi oikeustieteen keskeinen tehtävä. Tällöin tulkitsijalla on siis oltava oikeuskirjallisuuden kriittistä lukutaitoa, sillä yleisiä oppeja ja systematisointeja voidaan laatia erilaisista näkökulmista käsin.⁵²

Nämä kaikki strategiat soveltuvat joko suoraan tai analogisina myös pelkästään oikeustieteellistä tutkimusta tekevän (eikä siis juttuja ratkaisevan) tulkitsijan

50. Tällaista radikaalia ajatusta sanojen kirjaimellisten merkitysten olemattomuudesta on yrittänyt puolustaa Stanley Fish, *There Is No Textualist Position*. *San Diego Law Review* 42(2) 2005, s. 629–650.

51. Ks. Raitasuo 2022, s. 86–88. Myös Ida Koivisto on puhunut oikeustieteen ”tiedelähdeopista” eli ohjeistuksesta liittyen siihen, miten oikeustieteilijän tulee lukea ja arvottaa erilaisia tieteellisiä lähteitä. Ks. Ida Koivisto, Pitäisikö oikeustieteessä puhua oikeuslähdeopin lisäksi myös tiedelähdeopista? *Oikeus* 1/2021, s. 102–109.

52. Tätä korostaa Thomas Wilhelmsson, *Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat*, s. 339–358 teoksessa Juha Häyhä toim.), *Minun metodini*. *WSLT* 1997, s. 344–345.

työkaluiksi. Tutkijan tiedollisiin hyveisiin kuuluu omien väitteiden koetteleminen ja vasta-argumenttien miettiminen siinä missä tuomarinkin. Jos tutkija ei omia tulkintasuosituksiaan koskaan julkaise tai esittele muille, on tietysti vaikea arvioida kuinka hyvin perusteltuja ne ovat. Vasta tiedeyhteisön toimintaan osallistuminen mahdollistaa yksittäisen tutkijan tiedostamatta tehtyjen virheiden tai ajatusvinoimien paljastumisen – olettaen, että tiedeyhteisön prosessit ovat kunnossa. Noihin prosesseihin ja käytäntöihin kuuluu esimerkiksi foorumit, jossa kriittistä keskustelua voi käydä, vertaisarviointi, valmius muuttaa käsityksiä, jos kritiikki antaa siihen aiheita, sekä asennoituminen kaikkiin lähtökohtaisesti yhdenvertaisina keskustelukumppaneina siten, että kenenkään mielipiteitä ei väheksytä jo ennakolta esimerkiksi henkilön poliittisen taustan tai sukupuolen takia.⁵³

Tiivistetysti voi todeta, että keskeinen yksittäisen tuomarin tai oikeustieteilijän subjektiivisia tiedollisia heikkouksia ehkäisevä keino on tulkintojen alistaminen jonkin laajemman *yhteisön* arvioitavaksi. Mutta entä jos koko tuomari- tai tutkijayhteisö jakaa samat vinnomat? Esimerkiksi Suomessa yliopistokoulutus, ja sitä myötä myös juristikoulutus, on edelleen vahvasti periytyvää, ja perinteisten oikeudenalojen professuureista enemmistö on miesten hallussa.⁵⁴ Onko tämä mahdollisesti vaikuttanut vakiintuneisiin tulkintatapoihin, tutkimuskohteisiin, yleisiin oppeihin tai tieteenalan keskeisiin teoreettisiin käsitteisiin? Tieteenalalla, jossa operoidaan käsitteillä – jossa keskeinen tutkimustulos voi olla jonkin uuden käsitteen luominen – yksi keskeinen riski on juuri se, että käsite tiedeyhteisön huomaamatta heijastaa joitakin ajattelun vinnomia.⁵⁵ Esimerkiksi *Ngair Naffine* on kritisoinut länsimaisen oikeudellisen ajattelun oikeussubjektin (*legal person*) käsitettä siitä, että subjektiksi oletetaan rationaalinen, vammautumaton mies, jonka fyysisistä ja psyykkistä eheyttä laki suojelee. Tähän kuvaan ei sovi esimerkiksi raskaana olevan naisen keho, jossa kaksi kehoa sulautuu toisiinsa ja oma keho ei ole täysin omassa kontrollissa.⁵⁶ *Pauli Rautiainen* ja *Ida Koivisto* ovat puolestaan kiinnittäneet huomiota siihen, millä tavalla oikeus luo erilaisia litteitä, yhden ominaisuuden ympärille muodostuvia hahmoja, jonka avulla hahmon oikeudet ja velvollisuudet jäsennetään ja hahmoa hallitaan.⁵⁷

53. Helen Longino, *Science as Social Knowledge*. Princeton: Princeton University Press 1995, s. 76–78.

54. Ks. Liisa Nieminen – Päivi Tiilikka – Tarja Tuononen, *Yliopistokoulutus ja tasa-arvo – millä tavoin koulutus tukee tai estää tasa-arvoisuutta ja oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa? Oikeus* 2/2014, s. 215–221.

55. Ks. Koskinen 2020, s. 1196.

56. Ngair Naffine, *Hidden presuppositions and the problem of paradigm person*. *Revus – Journal for constitutional theory and philosophy of law* 2021, <https://journals.openedition.org/revus/6953>.

57. Pauli Rautiainen – Ida Koivisto, *Oikeuden maailmaan kuviteltu ihminen ja hänen itsensä määräämisoikeutensa rajat*. *Oikeus* 4/2018, s. 465–481.

Miten tiedostamattomia *kollektiivisia* vinoumia sitten voitaisiin paljastaa tai ennaltaehkäistä?

Ensimmäinen askel on tietysti ylipäätään tiedostaa, että oma tai oman yhteisön ajattelu voi olla ennakkoluuloista tai puolueellista. Tiedostamattomien ennakkoluuloisten stereotyyppien paljastumiseksi on kehitetty testejä,⁵⁸ samaten tekniikoita, joilla stereotyyppioista voi yrittää päästä eroon (esimerkiksi altistamalla sellaisille tilanteille ja asioille, jotka ovat ristiriidassa stereotyyppian kanssa: jokin negatiivisia miellelyhtymiä aiheuttava asia yhdistetäänkin positiiviseen tilanteeseen.)⁵⁹ Kaikkein tärkein keino on kuitenkin oikeudellisen yhteisön (laajassa mielessä ymmärrettynä) moninaisuuden ja diversiteetin lisääminen. Vain riittävän moniääninen ja monipuolinen yhteisö, jossa kritiikin esittämisen ja vastaanottamisen käytännöt ovat kunnossa, voi paljastaa mahdollisia ajattelun vinoumia tai piileviä premissejä – eikä tästäkään tietysti aina ole takeita. Tällöin objektiivisuutta lisää juuri se, että tieteenalalla on erilaisia keskenään kilpailevia koulukuntia, jotka pakottavat jatkuvasti kaikkia reflektoimaan kriittisesti omia perusoletuksiaan. Tässä mielessä esimerkiksi kriittisellä lainopilla on tärkeä rooli, koska se pakottaa oikeustieteilijöitä miettimään erilaisten oikeudellisten tulkintojen taustalla mahdollisesti vaikuttavia poliittisia tai taloudellisia intressejä.

Oikeustieteessä on erityisenä haasteena se, että oikeudelliset tulkinnat vaikuttavat myös joko suoraan tai välillisesti lakien kohteena oleviin ihmisiin. Tiedeyhteisön diversiteetin myötä voi paljastua ajattelun vinoumia, joita ei välttämättä kuitenkaan voi liian äkkinäisillä liikkeillä korjata, jos ihmiset odottavat oikeudenkäytöltä ennustettavuutta ja vakautta.⁶⁰ Linjanmuutoksia vakiintuneissa tulkintatavoissa täytyy siis punnita myös lainkäytön ennakoitavuutta vasten ja isojen korjausliikkeiden täytyy kenties tapahtua hitaammin kuin muissa tieteissä. Mutta tämän varjolla selviää subjektiivisiin vinoumiin perustuvia epäoikeudenmukaisia tulkintoja, käsitteitä tai doktriineja ei saa kuitenkaan jättää korjaamatta.

58. Esim. Implicit Association Test (IAT), <https://implicit.harvard.edu/implicit/takeatest.html> (haettu 15.9.2022)

59. Ks. John F. Irwin – Daniel L. Real, *Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity*. *McGeorge Law Review* 42(1) 2010, s. 1–18.

60. Diversiteetin myötä voimistuvan tulkintadoktriinien muutospainoiden sekä oikeuden koherenssein idealin välisestä jännitteestä, ks. Joanne Conaghan, *Gender, Law and Jurisprudence*, teoksessa Rosemary Auchmuty (ed), *Great Debates in Gender and Law*. Palgrave Macmillan 2018, https://www.researchgate.net/publication/318403390_Gender_Law_and_Jurisprudence (haettu 15.9.2022)

8. Lopuksi

Olen tässä artikkelissa tarkastellut oikeustieteen objektiivisuutta ensin perinteisen metafyyssisen ja semanttisen objektiivisuuskäsityksen ja sitten uuden episteesmien riskien hallintaan keskittyvän käsityksen kautta. Tämä uusi tapa ymmärtää objektiivisuus soveltuu mielestäni hyvin myös oikeustieteen objektiivisuuden pohtimiseen: se ohjaa kiinnittämään huomiota niihin konkreettisiin keinoihin, joilla inhimillisiä tiedollisia heikkouksia voitaisiin oikeudellisen tulkinnan ja ratkaisutoiminnan yhteydessä minimoida.

Yhtenä tällaisena keinona mainittiin monipuolinen, moniääninen kriittinen keskustelu. Jos kilpailevat koulukunnat sitten pääsevät jostakin asiasta yksimielisyyteen, ollaan varmasti niin lähellä objektiivisuuden ideaalia kuin se inhimillisille tiedollisille subjekteille oikeustieteessä on mahdollista. Tässä artikkelissa ei kuitenkaan käsitelty kunnolla yhtä oikeudellisten tulkintakiistojen erityispiirrettä – sen kietoutumista moraaliseen pohdintaan. Vaikka oikeuden radikaalia indeterminanssiteesiä ei hyväksyisikään, on kuitenkin selvää, että joskus tulkitsija joutuu tekemään arvovalintoja erilaisten hyvin perusteltavissa olevien tulkintavaihtoehtojen välillä. (Tässä on yksi asia, josta niin kriittiset kuin perinteisetkin lainoppineet lienevät yksimielisiä!) Mutta voivatko arvovalinnat olla objektiivisia? Eikö tässä lopulta ajauduta takaisin vain subjektiivisten mieltymysten pariin, joissa mikään valinta ei ole objektiivisesti ottaen oikeampi kuin toinen?

Kysymys arvojen objektiivisuudesta, tai toisella tavalla ilmaistuna, etiikan rationaalisuudesta, on niin laaja ja vaikea kysymys, ettei sen käsittelyyn tässä artikkelissa ole tilaa. Totean lopuksi vain, että kriittisessäkin lainopissa on sitouduttu joihinkin arvoihin, eli arvojen olemassaolo jollakin tavalla tunnustetaan. Samoin, kuten aiemmin totesin, jotta suuntauksen kriittinen ulottuvuus säilyy, täytyy mielestäni olettaa myös joidenkin arvojen olevan (joissakin tilanteissa) oikeampia tai sopivampia kuin toisten. Kriittinen lainoppihan liitetään usein vasemmistolaiseen poliittiseen ideologiaan⁶¹; jos kriittinen lainoppinut ei itse usko tämän ideologian paremmuuteen verrattuna vaikkapa ääri-libertarismiin, miksi hän vaivautuisi osallistumaan oikeusteoreettiseen keskusteluun?

Kysymys kuuluukin, miten oikeina pidettyjen arvojen puolesta voi argumentoida, ja miten moraalifilosofisen argumentaatioon objektiivisuutta voisi parantaa? Etiikassakin on monia ajattelijan subjektiivisia vinoumia poistamaan pyrkiviä tekniikoita, kuten puolueettoman sivustakatsojan tai tietämättömyyden verhon idea – Kantin kategorisen imperatiivinkin voi nähdä tällaisena strategiana. Myös aristotelista hyve-etiikkaa on hyödynnetty oikeudellisen ja morali-

61. Ks. esim. Mark Tushnet, *Critical Legal Studies: A Political History*. Yale Law Journal 100(5) March 1991, s. 1515–1544.

sen argumentaation objektiivisuuden lisäämiseksi.⁶² Objektiivisuutta edistävät strategiat eivät siis lopu, vaikka astuttaisiin puhtaasti arvokeskustelun puolelle. Ja joskus sielläkin keskenään kiistelevät koulukunnat voivat saavuttaa yksimielisyyden. Yhtenä esimerkkinä voi pitää vaikkapa toisen maailmansodan jälkeistä laajamittaista sitoutumista oikeustieteellekin keskeiseen ihmisarvon ideaan.⁶³

Legal interpretation and the risk account of scientific objectivity

MAIJA AALTO-HEINILÄ, Ph.D., University Lecturer, University of Eastern Finland

The article applies the risk account of scientific objectivity, as developed by Inkeri Koskinen, to the context of legal interpretation. Scientific objectivity is traditionally understood as faithfulness to facts, value-freedom, and the absence of bias. If the objectivity of law is understood in the same way, this can easily lead either to complex and problematic reductive analyses of legal concepts, such as Michael S. Moore's semantic externalism, or to sceptical views about the objectivity of law, such as those propounded by Critical Legal Studies. Koskinen's analysis is a new way of understanding scientific objectivity, focusing on the epistemological weaknesses of researchers and on strategies for mitigating the risks arising from such weaknesses rather than on ontological and semantic questions. The author argues that this way of understanding objectivity is especially well suited to the legal context. Different strategies for reducing the epistemic risks involved in the context of legal interpretation are introduced and discussed. These involve e.g. the procedural requirement to give a reasoned decision and the possibility of appeal, as well as making the legal community more diverse and multi-voiced. When viewed from this perspective, critical legal scholars, with their focus on the possible hidden political or economic agendas of mainstream legal scholarship, helps to increase the objectivity of legal interpretation instead of undermining it.

62. Ks. Amalia Amaya, *Virtue and Objectivity in Legal Reasoning*, teoksessa *Villa Rosas – Fabra-Zamosa 2022*, s. 270-291.

63. Ihmisarvoon liittyvästä konsensusuksesta, ks. Hanna-Maria Niemi, *Ihmisarvo ja ihmisoikeudet*, teoksessa *Maija Aalto-Heinilä – Visa Kurki (toim.), Mitä oikeudet ovat? Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia*. Gaudeamus 2019, s. 129-145.

Asiantuntijainstituutio perustuslakivaliokunnassa – valtiosääntöoikeudellisen asiantuntijavallan taustaa, muotoja ja kipukohtia

HAKUSANAT: perustuslainmukaisuuden valvonta, perustuslakivaliokunta, valtiosääntöasiantuntijat, asiantuntijavalta, haastattelututkimus

1. Johdanto

Suomalaisessa järjestelmässä eduskunnan perustuslakivaliokunnalla on päävastuu lakien perustuslainmukaisuuden valvonnasta. Järjestelmä on kansainvälisesti katsottuna hyvin ainutlaatuinen, sillä lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on pääsääntöisesti osoitettu tuomioistuimille. Perustuslakivaliokunta koostuu muiden eduskunnan valiokuntien tapaan kansanedustajista ja valiokunnan kokoonpano noudattaa eduskunnan yleistä paikkajakoa. Perustuslakivalvonnan parlamentaarisuutta on oikeuskirjallisuudessa kuvattu kuitenkin varsin näennäiseksi, sillä tosiasiallinen valta perustuslakivaliokunnassa on muilla kuin valiokunnan jäsenillä.¹ Lakien perustuslainmukaisuuden valvonnassa olennaista on oikeudellinen harkinta ja hallitus-/oppositiolinjan pitäminen päätöksenteon ulkopuolella. Valtiosääntöoikeudellisessa harkinnassa kansanedustajista koostuva valiokunta nojautuuakin säännönmukaisesti ulkopuolisten valtiosääntöasiantuntijoiden ja valiokunnan virkamiesten apuun arvioidessaan lakiesityksen suhdetta perustuslakiin ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.²

* *Maija Dahlberg*, OTT, Suomen Akatemian tutkijatohtori ja valtiosääntöoikeuden yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto. Kiitän käsikirjoitusta eteenpäin vieneistä kommentteista referee-lausuntojen antajia ja HTT *Ulla Väätästä*. Toinen artikkelini ”Valtiosääntöoikeudellinen asiantuntijuus perustuslakivaliokunnassa” (ilmestyy *Oikeus* 4/2022) on kirjoitettu lähes samaan aikaan tämän artikkelin kanssa. Tämän vuoksi artikkeleissa on yhtäläisyyksiä empiirisen aineiston ja oikeudellisen sääntelyn kuvaamisessa.

1. Ks. Jaakko Husa, Lakien perustuslainmukaisuuden valvonta ja valtiosääntöuudistus. *Defensor Legis* 2/1998, s. 183–215, 185; Antero Jyränki, Valta ja vapaus. Kaksikymmentäkolme luentoa valtiosääntöoikeuden yleisistä kysymyksistä. Lakimiesliiton Kustannus 1994, s. 213.
2. Huomionarvoista on, että ennakkollinen perustuslainmukaisuuden arviointi kohdistuu lakiehdotukseen, jolloin arviointi on luonteeltaan abstraktia. Abstraktin valvonnan puutteena on se, että siinä on mahdollon hahmottaa kaikkia potentiaalisia lainsoveltamislanteissa esiin nousevia ongelmia perustuslain tai ihmisoikeussopimusten kannalta. Tämän vuoksi jälkikäteisen

Valtiosääntöoikeuden asiantuntijoita kuullaan säännönmukaisesti jokaisessa perustuslakivaliokunnan mietintö- ja lausuntoasiassa. Toisin kuin muissa eduskunnan valiokunnissa, asiantuntijakannat määrittelevät perustuslakivaliokunnan päätöksentekorajat, joiden sisällä valiokunta voi liikkua. Asiantuntijakantojen merkityksellisyys konkretisoituu siinä, että asiantuntijoiden ollessa kannoissaan yksimielisiä valiokunnan on nähty tosiasiasa olevan sidottu tähän kantaan.³ Valtiosääntöasiantuntijoiden asema suomalaisessa perustuslainmukaisuuden valvonnassa on siten hyvin merkittävä, mutta asiantuntijoiden tosiasiallista vaikutusta valiokunnan päätöksentekoon on tutkittu varsin vähän. Oikeuskirjallisuudessa on tuotu useampaan otteeseen esiin, että perustuslakivaliokunnan asiantuntijavalintoihin, asiantuntijoiden valtaan ja asiantuntijoiden kontrollointiin liittyviä kysymyksiä täytyisi tutkia tarkemmin.⁴

Perustuslakivaliokuntaan kohdistuvaa tutkimusta on tehty poikkeuksellisen runsaasti viime aikoina. On esimerkiksi tutkittu perustuslakivaliokunnan päätöksentekoon ja toimivaltaan liittyviä kysymyksiä⁵, samoin kuin valiokunnan suhdetta mediajulkisuuteen ja politiikan journalismiin.⁶ Lisäksi on analysoitu perustuslakivaliokunnan hyödyntämän valtiosääntöoikeudellisen asiantuntijuuden perustaa.⁷ Tämä artikkeli rakentuu yhtäältä perustuslakivaliokuntaa koskevan tutkimuksen kokonaisuuteen ja on tietyllä tapaa jatkoa aiemmissa

tuomioistuinkontrollin (perustuslaki 731/1999, PL 106 §) on katsottu täydentävän ennakkollista abstraktia valvontaa. Ks. esim. Ilkka Saraviita, *Perustuslaki*. Talentum 2011, s. 907–921.

3. Ks. esim. Antero Jyränki, *Perustuslakivaliokunta lakien perustuslainmukaisuuden valvojana*. Oikeus 1984, s. 293–297; Mikael Hidén – Ilkka Saraviita, *Valtiosääntöoikeuden pääpiirteet*. 6. uud. painos. Lakimiesliiton Kustannus 1994, s. 263.
4. Ks. esim. Esko Rieplu, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana – Valtiosääntötutkimus eduskunnan perustuslakivaliokunnasta perustuslakikontrollia ja perustuslakien tulkintaa harjoittavana toimielimenä vv:n 1907-1972 valtiopäivillä*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja 1973; Pekka Lämsineva, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta ja demokraattinen normikontrolli*, s. 273–288 teoksessa Leena Kartio (toim.), *Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta*. Turun yliopisto 1991, s. 281; Matti Wiberg, *Perustuslakivaliokunta asiantuntija-areenana*. *Lakimies* 6/2003, s. 967–991, 988–990; Ilkka Saraviita, *Lisänäkökohtia perustuslakivaliokunnasta lausunnonantajana ja asiantuntijoiden kuulijana*. *Oikeus* 2/2012, s. 299–304, 304.
5. Maija Dahlberg, *Openness of Constitutional Review: A Comparative Analysis of How Transparency is Ensured in Ex Ante Constitutional Review*. 3 *European Yearbook of Constitutional Law* 2021, s. 155–196 (Dahlberg 2021a); Maija Dahlberg, *Perustuslakivaliokunnan valiokunta-neuvosten rooli perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmässä – valiokunnan työrukkanen vai merkittävä vallankäyttäjät?* *Lakimies* 5/2021, s. 745–784 (Dahlberg 2021b); Tomi Tuovinen, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta Euroopan komission lainsäädäntöehdotuksen oikeusperustan arvioitsijana*. *Oikeus* 3/2021, s. 277–296.
6. Timo Harjuniemi – Maija Dahlberg – Anu Kantola, *Sanattomien sopimusten puolustajat: eduskunnan perustuslakivaliokunnan suhde mediajulkisuuteen*. *Media & Viestintä* 2/2022, s. 1–23; Maija Dahlberg – Timo Harjuniemi, *Politiikan ”kuninkaantekijä” – politiikan journalismin suhde eduskunnan perustuslakivaliokuntaan*. *Lakimies* 2/2022, s. 265–289.
7. Maija Dahlberg, *Valtiosääntöoikeudellinen asiantuntijuus perustuslakivaliokunnassa*. *Oikeus* 4/2022.

tutkimuksissa esitetyille havainnoille. Toisaalta artikkeli on myös itsenäinen työ, sillä se paneutuu uuteen kysymykseen – valtiosääntöasiantuntijoiden vallankäyttöön perustuslakivaliokunnassa.

Analysoin tässä artikkelissa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntöä valtiosääntöasiantuntijoiden vallankäytön näkökulmasta. Ensimmäiseksi selvitän, mikä mahdollistaa asiantuntijoiden vallan perustuslakivaliokunnassa ja minkälaisesta vallasta on kyse. Toiseksi vastaan kysymykseen, kuinka asiantuntijavalta jakautuu perustuslakivaliokunnassa ja millä tavoin asiantuntijat käyttävät valtaa. Kolmanneksi selvitän, kuinka asiantuntijoiden valtaa kontrolloidaan ja mitä yleisempiä seurauksia asiantuntijavallalla perustuslakivaliokunnan kohdalla on. Tarkastelen perustuslakivaliokunnan kuulemien asiantuntijoiden valtaa perustuslainmukaisuuden valvonnassa empiirisen aineiston valossa. Empiirinen aineisto koostuu sekä valiokunnan jäsenten, puheenjohtajien ja valiokuntaneuvosten että valiokunnan kuultavana toimivien oikeudellisten asiantuntijoiden teemahaastatteluista (N=49).

2. Aineisto

Tämän artikkelin aineistona on 49 teemahaastattelua, jotka keräsin marraskuun 2019 ja lokakuun 2020 välisenä aikana. Tutkimushankkeeni keskiössä on perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituutio ja yleisemmin perustuslain tulkintaan ja perustuslainmukaisuuden valvontaan liittyvät legitimiys- ja läpinäkyvyyssymykset.⁸ Tässä artikkelissa keskityn tutkimushankkeeni ydinkysymykseen, joka on perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituutio ja asiantuntijoiden valta perustuslainmukaisuuden valvonnassa.

Haastateltavat jakautuvat kolmeen pääryhmään: asiantuntijoihin (28), perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvoksiin (7) ja perustuslakivaliokunnan jäseniin eli kansanedustajiin (14). Valtaosa haastateltavista, joille haastattelupyynnön lähetin, suostui haastatteluun. Kaiken kaikkiaan haastateltavista 14 oli naisia ja 35 miehiä.

Haastattelin 28 henkilöä, jotka ovat toimineet aktiivisesti perustuslakivaliokunnan hyödyntäminä oikeudellisina asiantuntijoina. Keräsin tiedot perustuslakivaliokunnan kuultavina toimineista asiantuntijoista 2015, 2016, 2017 ja 2018 valtiopäivillä. Tehdessäni asiantuntijavalintoja taustatietona toimivat myös oikeuskirjallisuudessa esitetyt tilastot valiokunnan eniten kuulemista asiantun-

8. Suomen Akatemian rahoittama (pääötönumero 332669) kolmivuotinen (1.9.2020–31.8.2023) tutkijatohtorin tutkimushanke ”Kohti kokonaisvaltaisempaa käsitystä perustuslain tulkinnasta – perustuslakikontrollin läpinäkyvyys ja legitimiys Suomessa”.

tijoista.⁹ Haastattelin tilastoissa mainitut perustuslakivaliokunnan eniten kuulemat asiantuntijat vuodesta 2003 lähtien. Otin myös tilastojen perusteella mukaan substanssioikeuden, esimerkiksi rikosoikeuden tai eurooppaoikeuden asiantuntijoita, jotka olivat käyneet useamman kerran yhden vaalikauden aikana perustuslakivaliokunnan kuultavana. Mukana ovat myös eri sukupolvia edustavia asiantuntijoita, ja haastateltavissa on sekä 1980-luvulta että 2010-luvulta lähtien toimineita asiantuntijoita.¹⁰ Asiantuntijoiden anonymiteetin varmistamiseksi en jaottele asiantuntijoita sen mukaan, ovatko he substanssioikeuden asiantuntijoita tai minä ajanjaksona heidän kuulemisensa perustuslakivaliokunnassa on alkanut.¹¹ Tässä artikkelissa tarkoitin nuoremman sukupolven asiantuntijoilla niitä perustuslakiasiantuntijoita, jotka ovat aloittaneet perustuslakivaliokunta-kuulemiset 2000-luvusta alkaen. Vanhemman sukupolven asiantuntijoilla viittaa puolestaan asiantuntijoihin, jotka ovat käyneet valiokunnan kuultavana vähintään 1990-luvulta alkaen.

Asiantuntijaryhmän lisäksi haastattelin perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvoksia. Valiokuntaneuvokset ovat valiokunnan juristitaustaisia virkamiehiä, jotka pysyvät virassaan yli vaalikausien. Lisäksi moni on joko aloittanut oikeustieteiden jatko-opinnot tai väitellyt oikeustieteen tohtoriksi. Suurin osa valiokuntaneuvoksista on aiemmin työskennellyt oikeusministeriön lainvalmistelutehtävissä tai valiokuntaneuvoksena muissa valiokunnissa. Neuvosten keskeisin tehtävä on kirjoittaa valiokunnan lausunnot ja mietinnöt sekä tehdä esitykset kuultavista asiantuntijoista. Haastattelin suurinta osaa sekä nykyisistä että entisistä, 2000-luvun alusta lähtien työssä olleista valiokuntaneuvoksista. Valtaosa entisistä ja nykyisistä valiokuntaneuvoksista suostui haastatteluun.

Lopuksi haastattelin kansanedustajia, jotka ovat joko toimineet tai toimivat parhaillaan perustuslakivaliokunnan jäsenenä ja puheenjohtajina.¹² Haastatellut perustuslakivaliokunnan jäsenet ovat joko viime (2015–2019) tai nykyisen (2019–2023) vaalikauden aikaisia vara- tai varsinaisia perustuslakivaliokunnan jäseniä. Lähetin haastattelupyynnön eduskuntaryhmien valiokuntavastaaville, ja sain haastateltaviksi perustuslakivaliokunnan varsinaisia jäseniä tai varajäse-

9. Kimmo Sasi, *Asiantuntijat perustuslakivaliokunnan lausuntotyössä*, s. 153–166 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Olli Mäenpää – Tuomas Ojanen (toim.), *Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009, s. 158–159; Esko Riepula – Jukka Kultalahti – Teuvo Pohjolainen, *Kenellä valta valtiossa – Kuninkaiden ja säätyjen vallasta kansan valtaan*. Vastapaino 2019, s. 328–329; Wiberg 2003, s. 979–982.

10. Perustuslakivaliokunnan substanssioikeuden asiantuntijoissa oli eniten valinnanvaraa, sillä moni oikeustieteen tutkija käy valiokunnassa kuultavana satunnaisesti ja vain tietyn oikeudenalan erityiskysymyksiä käsiteltäessä (esim. vero-oikeus, rikosoikeus, ympäristöoikeus, lapsioikeus, koulutus-oikeus ja työoikeus).

11. Viittaa haastateltuihin asiantuntijoihin yhtenä ryhmänä (”Asiantuntija”), vrt. Dahlberg 2021b, s. 750–752.

12. Viittaa haastateltuihin perustuslakivaliokunnan jäseniin ja puheenjohtajiin yhtenä ryhmänä (”jäsen”).

niä yhtä puoluetta lukuun ottamatta kaikista puolueista. Huomionarvoista oli, että valiokunnan jäsenissä oli eniten haastateltavia, jotka jättivät reagoimatta haastattelupyyntöihin, ja täten epäsuoria kieltäytymisiä tuli jonkun verran. Valiokunnan puheenjohtajista haastattelin sekä entisiä että nykyisiä vara- ja varsinaisia puheenjohtajia. Vain yksi tähän ryhmään kuuluva haastateltava kieltäytyi haastattelusta. Puheenjohtajien ja rivijäsenten kesken ei ollut eroja siinä, kuinka he näkevät asiantuntijuuden tai asiantuntijoiden aseman ja tehtävät perustuslakivaliokunnassa. Tämän vuoksi en tee erottelua sen välillä, onko haastateltu henkilö valiokunnan puheenjohtajistoon kuuluva vai rivijäsen.¹³

Tein haastattelut itse ja haastattelin henkilöt kahden kesken. Haastattelut kestivät 1–3 tuntia. Koronapandemian kiihtymisvaiheessa jouduin luopumaan kasvokkain tehdyistä haastatteluista, ja osan haastatteluista tein etänä joko verkon tai puhelimen välityksellä. Lopulta kasvokkain tehtyjä haastatteluja oli yhteensä 43, ja 6 haastattelua tein verkon tai puhelimen välityksellä. Etänä tehdyt haastattelut vastasivat pääosin kasvokkain tehtyjä haastatteluja. Eroa ei ollut esimerkiksi siinä, kuinka avoimesti haastateltavat puhuivat. Haastattelut olivat puolistrukturoituja teemahaastatteluja. Tämä tarkoittaa, että haastatteluissa oli ennalta valmisteltuja ja tutkimuksen teemaan liittyviä aiheita. Haastateltavat puhuivat vapaasti annetuista teemoista. Lisäksi olin varautunut esittämään haastateltaville tarkentavia kysymyksiä keskustelussa esille nousseista aiheista. Pysin tällä tavoin mahdollisimman vapaamuotoisiin ja aiheen kokonaisvaltaisen käsitelyn mahdollistaviin haastattelutilanteisiin.¹⁴

Tavoittelin haastatteluaineistolla perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituutioon liittyvien keskeisten käytäntöjen ja toimintatapojen selvittämistä. Ainoastaan haastatteleamalla perustuslakivaliokunnan keskeisiä toimijoita voin saada kokonaiskuvan esimerkiksi siitä, mikä vaikutus asiantuntijoiden lausunnoilla on valiokunnan päätöksentekoon ja millaisia vaikutuskeinoja asiantuntijoilla ylipäänsä on.¹⁵

Kaikki haastattelut nauhoitettiin ja litteroitiin. Analysoin haastatteluaineiston sisällöllisesti sekä perustuslakivaliokunnan toimintaa että asiantuntijavaltaa koskevan tutkimuskirjallisuuden avulla. Lisäksi analysointiin vaikuttivat aineistosta esiin nousevat huomiot. Analysointi oli siten paitsi teoria- myös aineistolähtöis-

13. Vrt. Dahlberg 2021b, s. 751–752.

14. Jari Eskola – Esko Suoranta, Johdatus laadulliseen tutkimukseen. Vastapaino 1998, s. 86–88; Sirkka Hirsjärvi – Helena Hurme, Haastattelututkimus: Teemahaastattelun teoria ja käytäntö. Gaudeamus 2010, s. 47.

15. Ks. lisää esim. Anita Saaranen-Kauppinen – Anna Puusniekka, Menetelmäopetuksen tietovaranto KvaliMOTV: kvalitatiivisten menetelmien verkko-oppikirja. Yhteiskuntatieteellisen tietoarkiston julkaisuja 2009, s. 52–54.

tä.¹⁶ Lisäksi aineiston analyysissä kiinnitin huomiota myös erilaisuuksien esiin nostamiseen sekä eri ryhmien välillä että ryhmien sisällä.

Luottamuksellisuuden ja yksityisyydensuojan vuoksi viittaan haastatteluihin vain haastateltavan taustaryhmän mukaan (Neuvos, Jäsen, Asiantuntija) sekä sattumanvaraisin numeroin.¹⁷ Lisäksi suorista sitaateista olen poistanut kohtia, joiden perusteella yksittäisten haastateltavien tunnistaminen olisi mahdollista. Lisäksi olen poistanut sitaateista murteita ja puhekielisyyttä, ja suorat sitaatit on merkitty kursiivein ja lainausmerkein.

Kaikissa ryhmissä osa vastaajista oli varsin lyhytsanaisia, ja he kuvailivat asiantuntijoiden vaikutusta valiokunnan päätöksentekoon varsin muodollisesti ja oppikirjamaisesti. Osa asiantuntijoista häiritsi puhua asiantuntijoiden valankäytöstä, koska heidän mielestään sellaista ei perustuslakivaliokunnassa ole. Toisaalta osa haastateltavista pohti hyvin avoimesti esimerkiksi oikeuden ja politiikan välistä suhdetta perustuslakivaliokunnassa, kuinka asiat niin sanotusti kirjeen ulkopuolella valiokunnassa ratkaistaan ja millaisia vaikuttamiskeinoja asiantuntijoilla perustuslakivaliokunnassa on.

3. Asiantuntijat yhteiskunnallisessa päätöksenteossa ja erityisesti perustuslakivaliokunnassa

3.1. Asiantuntijavalta yhteiskunnallisessa päätöksenteossa

Tutkijoiden ja asiantuntijoiden osallistuminen yhteiskunnalliseen päätöksentekoprosessiin on arkipäivää nykdemokratiassa. Tutkimuskirjallisuudessa on esitetty havaintoja eräänlaisesta epistokratian eli ”tietävien vallan” noususta: tietellä ja tutkijoilla nähdään olevan yhä enemmän vaikutusvaltaa ja painoarvoa poliittisessa päätöksenteossa.¹⁸ Samaan aikaan asiantuntijatietoa myös kyseen-

16. Eskola – Suoranta 1998, s. 185–188; Anu Puusa, Laadullisen aineiston analysointi, s. 114–125 teoksessa Anu Puusa – Pauli Juuti (toim.), Menetelmäviidakon raivaajat. Perusteita laadullisen tutkimuslähestymistavan valintaan. JTO 2011, s. 119–123. Ks. myös Herbert M. Kritzer (ed), *Advanced Introduction to Empirical Legal Research*. Edward Elgar 2021; Lisa Webley, *Qualitative Approaches to Empirical Legal Research*, s. 926–950 teoksessa Peter Cane – Herbert M. Kritzer (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford University Press 2010.

17. *Neuvos1–7* (haastateltu valiokuntaneuvos 1 – haastateltu valiokuntaneuvos 7), *Jäsen1–14* (haastateltu valiokuntajäsen 1 – haastateltu valiokuntajäsen 14), *Asiantuntija1–28* (haastateltu asiantuntija 1 – haastateltu asiantuntija 28).

18. Ks. esim. Johan Christensen – Stine Hestvedt, *Expertisation or greater representation? Evidence from Norwegian advisory commissions*. *European Politics and Society* 2019, s. 82–100; Johan Christensen, *Economic knowledge and the scientization of policy advice*. *Policy Sciences*

alaistetaan sekä päättäjien keskuudessa että julkisessa keskustelussa.¹⁹ Asiantuntijoiden asemaa koskevassa tutkimuksessa on nostettu esiin, että tutkijoiden tosiasialliseen rooliin poliittis-hallinnollisessa valmistelussa liittyy useita avoimia kysymyksiä kuten, mikä on tutkijoiden tosiasiallinen asema ja vaikutus poliittisia päätöksiä valmisteltaessa. Tarve empiiriselle tutkimukselle on esitetty esimerkiksi kysymällä, miten tutkijat mieltävät roolinsa ja tutkitun tiedon hyödyntämisen päätösten valmistelussa.²⁰

Asiantuntijoiden osallistumista poliittisen päätöksenteon valmisteluun on perusteltu ennen kaikkea sillä, että yhteiskunnallisen rationaalisen päätöksenteon täytyy perustua tutkittuun, objektiiviseen ja riippumattomaan tietoon. Tällä tavoin poliittiset päätöksentekijät saavat myös legitimitettiin tehdyille päätöksille ja päätöksentekoprosesseille sekä varmistavat päätösten vaivattomamman toimeenpanon.²¹ Toisaalta on tuotu myös esiin, että tiedolla johtaminen ei ole täysin ongelmatonta. Tietopohjainen politiikka on antanut esimerkiksi enemmän vastuuta asiantuntijoille, jolloin toisinaan hyvinkin epävarman asiantuntijatiedon perusteella määritellään politiikan reunaehdoja.²² Asiantuntijatiedon kasvavaa merkitystä poliittisessa päätöksenteossa on kutsuttu myös varjohallinnaksi, jossa ei niinkään korosteta asiantuntijoiden valtapyrkimyksiä, vaan sitä kuinka tieteellistä tutkimusta voidaan käyttää poliittisten päätösten suojaverhona.²³

2018, s. 291–311; Frank Vibert, *The rise of the unelected. Democracy and the new separation of powers*. CUP 2007.

19. Ks. esim. John Clarke – Janet Newman, 'People in this country have had enough of experts': Brexit and the paradoxes of populism. *Critical Policy Studies* 2017, s. 101–116; Frank Fischer, *Democracy and expertise: reorienting policy inquiry*. Oxford University Press 2009; Sheila Jasanoff, *Quality control and peer review in advisory science*, s. 19–35 teoksessa Justus Lentsch – Peter Weingart (eds), *The politics of scientific advice*. CUP 2011.
20. Anne Maria Holli – Saara Turkka, *Tieteen muuttuva rooli korporatistisessa neuvonannossa*. *Politiikka* 1/2021, s. 54–81, 55–56 ja 71. Asiantuntijuudessa voidaan painottaa joko tieteellistä asiantuntijuutta tai viran tai käytännön kautta tulevaa asiantuntijuutta, ks. esim. Eero Murto, *Virkamiesvaltaa? Ministerien ja virkamiesten väliset valtasuhteet Suomessa viime vuosikymmenien aikana*. Tampere University Press 2014.
21. Ks. esim. Aaron Wildasky, *Speaking truth to power: the art and craft of policy analysis*. Little Brown 1979; Holli – Turkka 2021, s. 58–59; Johan Christensen, *Expert knowledge and policy-making: a multi-disciplinary research agenda*. *Policy & Politics* 3/2021, s. 455–471, 461 (Christensen 2021a); Pier Domenico Tortola – Silvana Tarlea, *The power of expertise: gauging technocracy in EMU reform negotiations*. *Journal of European Public Policy* 12/2021, s. 1950–1972, 1952.
22. Mikko J. Poutanen – Tapio Juntunen – Mikko Lahtinen, *Tutkija ja tiede suomalaisessa yhteiskunnassa vuonna 2020*. *Politiikka* 1/2020, s. 3–8, 4; Antti Ronkainen, *Rinteen hallituksen tietopohjaisuuden epätietoinen romahdus*. *Suomen Kuvalehti*, 25.11.2019, <https://suomenkuvalehti.fi/vallan-mahotonta/rinteen-hallituksen-tietopohjaisuuden-epatietoinen-romahdus/> (luettu 27.6.2022).
23. Hanna Ylöstalo, *Asiantuntijavalta politiikassa*. *Politiikasta*, 20.3.2020, <https://politiikasta.fi/asiantuntijavalta-politiikassa/> (luettu 27.6.2022) (Ylöstalo 2020a).

Tutkimukseen ja tietoon perustuvan päätöksenteon pitäisi lisätä politiikan ja poliittisen päätöksenteon läpinäkyvyyttä, mutta se saattaakin lisätä erikoistuneiden asiantuntijoiden valtaa ja sulkea kansalaisyhteiskuntaa poliittisen keskustelun ulkopuolelle. Tämän vuoksi on tuotu esiin, että myös asiantuntijoiden vallasta tulisi käydä avointa, julkista ja moniäänistä keskustelua.²⁴ On kuitenkin selvää, että neuvonannon ja päätöksenteon raja on varsin häilyvä, jolloin myös asiantuntijavallan paikantaminen voi olla lähes mahdoton tehtävä. Onkin ehdotettu, että asiantuntijavallan sijaan pitäisi puhua asiantuntijoiden *vaikutusvallasta*. Tällä tavoin asiantuntijoihin kohdistuva tutkimus on paremmin hahmotettavissa.²⁵

Ongelmana asiantuntijavallassa yhteiskunnallisessa päätöksenteossa on ensinnäkin, että valta, joka kuuluisi demokraattisesti valituille henkilöille, valuukin pienen asiantuntijajoukon käsiin. Toiseksi asiantuntijat eivät ole vastuussa ratkaisustaan kenellekään ja lisäksi asiantuntijavetoisessa päätöksenteossa ratkaisut tehdään usein julkisuudelta piilossa. Tämän vuoksi asiantuntijoiden valtaa täytyy voida rajoittaa esimerkiksi huolehtimalla asiantuntijavallan kontrolloinnista.²⁶

Oikeustiede poikkeaa esimerkiksi luonnontieteistä siinä, että oikeustiede ei tuota ehdottomia ja uudestaan täysin toisinnettavia tutkimustuloksia. Oikeustiede on tulkinta- ja argumentaatiotiede ja erisuuntaiset oikeudelliset johtopäätökset ovat hyvin tavallisia esimerkiksi tuomioistuimissa. Tämä oikeustieteen perusluonne on otettava huomioon myös oikeudellista asiantuntijavaltaa tutkittaessa: oikeudelliset asiantuntijat voivat päätyä varsin perustellusti erityyppisiin painotuksiin ja johtopäätöksiin ratkaistessaan oikeudellisia kysymyksiä. Lisäksi on täysin selvää, että oikeudellisella asiantuntijalla on oma arvomaailma ja käsitys yhteiskunnasta, mikä ei voi olla vaikuttamatta siihen, millaisia tulkintoja hän pitää perustelluimpana.²⁷ Oikeudellista neuvonantoa voidaan lähestyä myös

24. Hanna Ylöstalo, Depoliticisation and Repoliticisation of Feminist Knowledge in a Nordic Knowledge Regime: The Case of Gender Budgeting in Finland. *Nordic Journal of Feminist and Gender Research* 2/2020, s. 126–139 (Ylöstalo 2020b); Anna Leander – Tanja Aalberts, Introduction: The Co-Constitution of Legal Expertise and International Security. *Leiden Journal of International Law* 2013, s. 783–792, 792.

25. Christensen 2021a, s. 463–465; Tortola – Tarlea 2021, s. 1951.

26. Tortola – Tarlea 2021, s. 1952–1953; Johan Christensen, Experts in Global Governance: Powerful Technocrats or Useful Idiots? *The Global Blog* 2021, <https://theglobal.blog/2021/12/17/experts-in-global-governance-powerful-technocrats-or-useful-idiots/> (luettu 30.6.2022) (Christensen 2021b).

27. Ks. lisää Anna Elomäki – Anni Marttinen, Talouskuri ja byrokraattinen asiantuntijavalta: Eurooppalaisen ohjauksen toimeenpano ja merkitys Suomessa. *Poliittinen talous* 1/2021, s. 41–71, 49; Raimo Siltala, Kymmenen teesiä oikeustieteen metodiopista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta, osa I ja II. *Oikeus* 1999, s. 265–285 ja s. 385–409.

Kaarlo Tuorin ajatuksella oikeustieteen kaksoiskansalaisuudesta, jossa oikeustieteen tutkija liikkuu sekä tieteellisten että oikeudellisten käytäntöjen puolella.²⁸

Perustuslakiin liittyvät tulkintakysymykset liittyvät usein hyvin läheisesti poliittisiin arvovalintoihin, esimerkiksi siihen kuinka vahvana yksilön vapaus tai valtion rooli ymmärretään. Tämä johtuu perustuslain luonteesta: perustuslaki sisältää poliittista vallankäyttöä ja poliittista toimintaa ohjaavan, sääntelvän ja rajoittavan normiston. Perustuslaki säätelee myös yksityisen ja julkisen välisestä suhteesta. Perustuslaki sääntelee erityisesti perusoikeussäännöstönsä kautta, paitsi koko julkisen vallan koneiston toimintaa, myös kaikkien Suomen oikeudenkäyttöpiirissä olevien henkilöiden yhteiskunnallisia suhteita. Muista oikeudenaloista poiketen valtiosääntöoikeus tutkimusalana sijoittuu oikeudellisen näkökulman lisäksi myös laajempaan yhteiskuntapoliittiseen tutkimukseen, koska valtiosääntöoikeus nivoo yhteen poliittisen päätöksentekojärjestelmän ja oikeusjärjestyksen ja joutuu siten tekemisiin vahvojen arvolatausten kanssa. Perustuslakitulkinnoissa on pidettävä mielessä, että tulkintoja voi ohjata ideologinen tai yhteiskuntapoliittinen kanta ja eri suuntiin vetävät kannat voivat molemmat olla oikeudellisesti perusteltuja.²⁹

Perustuslakiasiantuntijoiden käyttämää valtaa on tutkittu hyvin vähän. Perustuslakiasiantuntijuutta on lähestytty ainoastaan *Esko Riebulan* väitöskirjassa vuonna 1973. Riepula puhuu suoraan perustuslakivaliokunnan päätöksentekoon liittyvästä asiantuntijavallasta. Perustuslakivaliokunnan kohdalla asiantuntijoiden valta on oikeudellisten asiantuntijoiden valtaa, jolloin ongelmaksi muodostuu rajan vetäminen oikeudellisten ja ei-oikeudellisten kysymysten välille. Riepula päätyikin tutkimuksessaan siihen, että valtiosääntöasiantuntijat ratkaisevat muitakin yhteiskunnallisia ongelmia kuin (valtiosääntö)oikeudellisia ongelmia, ja pitää tätä demokratian kannalta varsin haastavana.³⁰

Kansainvälisissä tutkimuksissa on kuvattu, kuinka perustuslakiasiantuntijat käyttävät tahtomattaankin yhteiskunnallista valtaa esittäessään kantansa, kuinka jokin perustuslaillinen ongelma tulisi ratkaista.³¹ Suomalaisessa ennakkolisessä perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmässä perustuslakiasiantuntijoilla on korostettu asema antaa arvio käsittelyssä olevan lakiesityksen suhteesta perustuslakiin ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Tässä asiantuntijat käyttävät

28. Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi. WSOY 2000, s. 160–162 ja s. 304; Kaarlo Tuori, Two Challenges to Normative Legal Scholarship. *Scandinavian Studies in Law* 2008, s. 178–202. Verotutkijoiden kaksoisroolista verosuunnittelua tarjoavien yritysten työntekijöinä ja tieteellisinä vero-oikeuden tutkijoina, ks. Santtu Raitasuo, Oikeustiedettä vai asianajoa? Kriittisiä näkökulmia vero-oikeuden tutkimukseen. Helsingin yliopisto 2022.

29. Antero Jyränki, Valta ja vapaus. Valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä. 3. painos. Talentum 2003, s. 13–19; Jaakko Husa – Antero Jyränki, Valtiosääntöoikeus. Systemaattinen yleisesitys Suomen valtiosäännöstä. 2. uud. painos, Kauppakamari 2021, s. 69–71 ja s. 78–79.

30. Riepula 1973, s. 304–306 ja s. 315.

31. Ks. esim. Jan Komárek, Freedom and Power of European Constitutional Scholarship. *European Constitutional Law Review* 2021, s. 422–441.

tahtomattaankin merkittävää yhteiskunnallista valtaa ja vaikuttavat vähintäänkin välillisesti tulevan lainsäädännön sisältöön. Valtiosääntöoikeuden asiantuntijat antavat siten perustuslakitulkinnoillaan raamit poliittiselle päätöksenteolle ja sille, millaisia poliittisia ratkaisuja voidaan yhteiskunnassa ylipäänsä tehdä. Kriittisen tarkastelun kohteeksi nousee perustuslakiasiantuntijoiden vaikutusvalta perustuslakivaliokunnan päätöksentekoon: miten paljon asiantuntijat vaikuttavat valiokunnan lopullisiin perustuslainmukaisuuspäätöksiin ja mitä mahdollisia seurauksia asiantuntijavallalla on?

Demokraattisissa järjestelmissä asiantuntijoiden tehtävänä on pääasiallisesti tuottaa tietoa päätöksentekijöille.³² Asiantuntijoiden rooli poliittisten päätösten valmistelussa ei kuitenkaan tyhjene tähän, vaan tutkijat käyttävät valmistelutyöryhmissä selkeästi myös neuvottelu- ja päätäntävaltaa. Tällä tarkoitetaan vaikutusvaltaa siihen, mihin lopputulokseen valmistelussa päädytään.³³ Tutkijoilla onkin nähty olevan eräänlainen kaksoisrooli yhtäältä asiantuntijoina, jotka tarjoavat tutkittua tietoa päätöksenteon tueksi. Toisaalta tutkijoiden on tiedon tarjoamisen lisäksi myös nähty toimivan tosiasiallisesti päätöksenteon osallisina.³⁴ Tämän artikkelin tarkoituksena on omalta osaltaan tehdä näkyväksi sitä osa-aluetta oikeudellisten asiantuntijoiden työskentelystä, missä vaikutetaan perustuslakivaliokunnan lopullisiin linjauksiin.

3.2. Asiantuntijakuuleminen perustuslakivaliokunnassa: oikeudellinen sääntely ja menettely

Eduskunnan työjärjestyksen (40/2000, TJ) 37 §:n mukaan ”valiokunta voi kuulla asiantuntijoita.” Huomionarvoista on, että asiantuntijoiden kuulemista eduskunnan valiokunnassa ei ole säädetty kovinkaan velvoittavaan muotoon. Kuitenkin esimerkiksi perustuslakivaliokunnan toiminnan kannalta on täysin oleellista, että asiantuntijoita kuullaan. Nimittäin perustuslakivaliokunnassa valiokunnan tehtävä on arvioida lakiesityksen suhdetta perustuslakiin ja kansainvälisiin ihmisoikeusvelvoitteisiin, ja valiokunnan kansanedustajajäsenille perustuslainmukaisuuden arviointi ilman oikeudellisten asiantuntijoiden apua olisi vaikea, ellei jopa mahdoton tehtävä. Asiantuntijakuuleminen onkin edellytys sille, että perustuslakivaliokunta voi ylipäänsä suorittaa sille perustuslain 74 §:n mukaisen lakien perustuslainmukaisuuden valvontatehtävän. Täten eduskunnan työjärjes-

32. Ks. esim. Ylöstalo 2020a.

33. Ks. Holli – Turkka 2021, s. 59.

34. Holli – Turkka 2021, s. 59. Myös oikeustieteessä on tuotu esiin näkemys aktiivisesti vaikuttavasta oikeudellisesta asiantuntijasta, ks. lisää esim. Matthew Windsor, *Consigliere or Conscience? The Role of the Government Legal Adviser*, s. 355–388 teoksessa Jean d’Aspremont – Tarcisio Gazzini – André Nollkaemper – Wouter Werner (eds), *International Law as a Profession*. CUP 2017, s. 387.

tyksen luoma kuva asiantuntijoiden kuulemisesta ei täysin vastaa perustuslakivaliokunnan käytäntöä, sillä perustuslakivaliokunta kuulee säännönmukaisesti useampaa valtiosääntöasiantuntijaa, kun se antaa lausuntonsa lakiehdotusten ja muiden sille kuuluvien asioiden perustuslainmukaisuudesta ja suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.³⁵

Eduskunnan valiokuntaoppaan mukaan valiokunnissa tapahtuvan asiantuntijoiden kuulemisen tarkoituksena on tuottaa tosiasiatietoa päätöksenteolle, turvata päätöksenteon hyväksyttävyyttä, pätevyys ja legitimiisyys sekä luoda perusteita poliittisille kompromisseille. Lisäksi valiokuntaoppaassa kiinnitetään huomio siihen, että valiokunnissa kuullaan ”sovelias määrä asiantuntijoita”. Lisäksi oppaassa korostetaan, että asiantuntijamenettelyssä on tärkeää huolehtia tiedonhankinnan monipuolisuudesta ja tasapuolisuudesta.³⁶ Asiantuntijavalinnoista säännellään siten varsin yleisellä tasolla ja kaikkia valiokuntia ajatellen. Kuitenkin perustuslakivaliokunnassa on kehittynyt omanlaisensa tapaoikeudellinen käytäntö asiantuntijoiden kuulemisesta.

Perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituution syntyyn ovat varsin praktiset syyt. Autonomian aikana aina vuoteen 1919 monet valtiosääntöasiantuntijat, kuten *Leo Mechelin* ja *K.J. Ståhlberg*, olivat kansanedustajia ja senaattoreita ja perustuslakivaliokunnan jäseniä. Vähitellen valiokunta jäi vaille näitä juristijäseniä, joten 1920-luvulta alkaen se alkoi kuulla ulkopuolisia asiantuntijoita lakien perustuslainmukaisuuskysymyksissä. 1970-luvulle tultaessa perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituutio kehittyi vakiintuneeksi, ja sen katsotaan muodostaneen elimellisen osan perustuslakivaliokunnan toimintaa. Perustuslakivaliokunnan valtiosääntöasiantuntijoina on tavanomaisesti kuultu valtiosääntöoikeuden professoreita ja muita tutkijoita. Lähtökohtana perustuslakivaliokunnassa on ollut, että valiokunta myös noudattaa asiantuntijoiden näkemyksiä perustuslainmukaisuuden arvioinnissa.³⁷ Asiantuntijoiden asemaa perustuslakivaliokunnassa on luonnehdittu siten, että valiokunta on lähes täysin sidoksissa asiantuntijoiden kannanottoihin.³⁸

Perustuslakivaliokunnan asiantuntijakuuleminen poikkeaa käytännöistä muissa eduskunnan substanssivaliokunnissa, joissa asiantuntijoita kuullaan eri intressiryhmistä, eikä kuulemisella ole samanlaista suoraa vaikutusta valiokunnan päätöksentekoon. Perustuslakivaliokunnan toiminnan ja tehtävien

35. Perustuslakivaliokunnan vakiintuneesta käytännöstä kuulla asiantuntijoita, ks. esim. Jyränki 2003, s. 400–406; Ilkka Saraviita, Perustuslakivaliokunnan rooli perusoikeusjärjestelmän kehittämässä, s. 31–71 teoksessa Liisa Nieminen (toim.), Perusoikeudet Suomessa. Kauppakaari 1999, s. 43–45.

36. Valiokuntaopas 2019: valiokuntien yleiset ohjeet (annettu 11.12.2019). Eduskunnan kanslian julkaisu 4/2019, s. 90–91.

37. Ks. esim. Rieppala 1973, s. 307–311; Jyränki 2003, s. 397–398; Rieppala – Kultalahti – Pohjolainen 2019, s. 326–330.

38. Rieppala 1973, s. 319.

poiketessa muista valiokunnista oikeuskirjallisuudessa on useampaan otteeseen ehdotettu, että perustuslakivaliokunnan erityispiirteet esimerkiksi asiantuntijamenettelyn osalta erottuisivat valiokuntaoppaasta.³⁹

4. Tulokset

4.1. Asiantuntijavallan perusta perustuslakivaliokunnassa

Asiantuntijavalta perustuslakivaliokunnassa mahdollistuu sitä kautta, että asiantuntijoiden toimivallan ja aseman oikeudellinen sääntely on varsin avointa ja täsmentymätöntä. Kuten aiemmin totesin, asiantuntijoiden valiokuntakuulemisesta säännellään varsin yleisellä tasolla eduskunnan työjärjestyksessä ja valiokuntaoppaassa. Väljä ja avoin sääntely mahdollistaa valtiosääntöasiantuntijoiden aseman ja vallan muodostumisen vakiintuneiden käytäntöjen ja eri toimijoiden kautta.⁴⁰

Asiantuntijavallan kasvaminen on mahdollista siten, että asiantuntijoita pyydetään ensin määrittelemään asiassa olevat ongelmat ja sitten ehdottamaan ratkaisuja näihin ongelmiin. Poliitikoilla voi lisäksi olla suuri kynnys kyseenalaistaa asiantuntijoiden avulla saavutettuja kompromisseja.⁴¹ Nämä aikaisemmissa tutkimuksissa tehdyt havainnot saavat tukea haastatteluistani. Neuvokset painottavat, että asiantuntijoita ei ohjeisteta, mihin kysymyksiin valiokunta odottaa asiantuntijan kannanottoa, vaan asiantuntijat päättävät itse, mitä nostavat esiin lakiehdotuksista. Jäsenten haastatteluissa puolestaan käy ilmi, että asiantuntijoilta ei pelkästään odoteta lakiehdotukseen liittyvien valtiosääntöisten ongelmien paikantamista, vaan kuinka ongelmat olisivat ratkaistavissa.

Päällimmäinen syy asiantuntijavetoiselle perustuslainmukaisuuden valvonalle on institutionaalinen. Perustuslakivaliokunta koostuu kansanedustajista, eikä heillä lähtökohtaisesti ole valmiuksia suorittaa lakiehdotusten valtiosääntöoikeudellista arviointia. Ulkopuolisia asiantuntijoita tarvitaan siis luomaan tietopohjaa ja oikeudellisia kannanottoja valiokunnalle. Haastatteluissani asiantuntijainstituution olennaisuus koko suomalaisen perustuslakivalvonnan kannalta tunnistetaan selkeästi: ”*kun se asiantuntijainstituutio siellä perustuslakivaliokun-*

39. Jyräni 2003, s. 396; Husa – Jyräni 2021, s. 420–421.

40. Vastaavalla tavalla myös virkamiesvallan on osoitettu kasvavan, jos päätöksentekomenettelyyn liittyvät säännökset ovat varsin avoimia. Ks. Murto 2014, s. 293.

41. Tortola – Tarlea 2021, s. 1953; Jurgen de Poorter – Gerhard van der Schyff – Maarten Stremmer – Maartje De Visser, Introduction: Mapping the Emerging Field of Constitutional Advice. *European Yearbook of Constitutional Law* 2021, s. 1–11, 7.

nassa on niin olennainen osa sen instituution toimintaa, niin silläkin perusteella on syytä vastata [asiantuntijakutsuihin] myöntävästi.” (Asiantuntija18)

Perustuslakivaliokunnan asiantuntijoiden kuulemiskäytäntö voidaan ymmärtää oikeudellisena neuvonantona.⁴² Valtiosääntöoikeudellisessa neuvonannossa huomio on tavattu kiinnittää siihen, ketkä toimivat neuvonantajina ja ketkä tarvitsevat neuvoja.⁴³ Perustuslakivaliokunnan kohdalla neuvonantajina toimivat valiokunnan ulkopuoliset asiantuntijat, jotka pääsääntöisesti ovat valtiosääntöoikeuden tai julkisoikeuden professoreita. Neuvottavina ovat puolestaan eri puolueiden kansanedustajat, jotka valiokunnan jäseninä tekevät päätökset valiokunnassa. Valiokuntakäytäntönä on ollut, että puheenjohtajana toimii juristitaustainen kansanedustaja. Kuitenkaan valiokunnan jäseneltä ei edellytetä – tai voidakaan edellyttää – valtiosääntöoikeudellista osaamista. Tämä tiedollinen epäsuhta tunnustetaan haastatteluissani: *”meillä on erittäin kovan luokan asiantuntijoita ja kenenkään lausuntoa ei monenkaan poliitikon rahkeet riitä kyseenalaistamaan.”* (Jäsen3) Tämä lähtöasetelma luo kiistatta hedelmällisen pohjan valtiosääntöasiantuntijoiden vallankäytölle perustuslakivaliokunnassa.

Ideaalina on, että perustuslakivaliokunta koostuu kansanedustajista, joilla on valmiudet ja halukkuus perehtyä valtiosääntöoikeudellisiin kysymyksiin. Aiempi tutkimus on kuitenkin osoittanut, että perustuslakivaliokunnan jäsenyys ei välttämättä ole kansanedustajien keskuudessa enää kovin tavoiteltavaa. Perustuslakivaliokuntaan ei nykyisellään hakeudu useamman kauden edustajat, vaan yhä useammin ensimmäisen kauden edustajat.⁴⁴ Tämä aineisto tukee edellä esitettyä. Haastatteluissani tuodaan esiin, että perustuslakivaliokuntaan ei nykyisellään moni edustaja halua, sillä valiokunta on hyvin työläs ja käsiteltävät asiat monimutkaisia ja erityisosaamista vaativia: *”täällä on sellaisia ihmisiä, ketkä ei, mä en ymmärrä, että mitä ne tekee täällä, kun ne ei edes yritä.”* (Jäsen5) Ongelmana nähdään se, että jäsenet vaihtuvat varsin tiuhaan kesken kauden, jolloin jäsenet eivät pääse kunnolla sisälle valiokunnan toimintatapoihin. On aivan selvää, että valta valuu suuressa määrin valiokunnan asiantuntijoille ja virkamiehille, jos vain pieni osa valiokunnan jäsenistä on kiinnostunut käsiteltävistä asioista, asiat ovat varsin monimutkaisia ja erityisosaamista vaativia.⁴⁵

Asiantuntijuudessa on tyypillistä, että tieteellinen asiantuntija esittää itsensä ideologisten ja poliittisten näkemysten vastakohtana ja piilottaa omat arvola-

42. Perustuslakivaliokunnan valtiosääntöasiantuntijoiden asemasta ja tehtävistä, ks. lisää Dahlberg 2022.

43. de Poorter – van der Schyff – Stremmer – De Visser 2021, s. 4.

44. Ks. Jouni Vainio, ”Varsinainen työhän tehdään valiokunnissa”, s. 139–277 teoksessa Voitto Helander – Kyösti Pekonen – Jouni Vainio – Tapani Kunttu (toim.), Valiokunnat lähikuvassa. Suomen eduskunta 100 vuotta. Edita 2007, s. 241; Kaarlo Tuori, Perustuslakivalvonta ja oikeuden kehittäminen – ylin lainkäyttö valtiovallan kolmijaon rajoilla. Lakimies 1/2018, s. 103–111, 106–107.

45. Virkamiesvallan osalta, ks. Murto 2014, s. 10 ja s. 300–301; Dahlberg 2021b, s. 763–768.

tautuneet lähtökohtansa ja intressinsä. Huolimatta siitä, että yhteiskunnalliseen päätöksentekoon liittyvät kysymykset ovat usein äärimmäisen poliittisia ja kiistanalaisia, kyse on korostetusti neutraalista ja teknisestä asiantuntemuksesta ja tiedontuotannosta, ei politiikasta.⁴⁶ Tämä havainto saa tukea myös tästä aineistosta. Valtiosääntöoikeuden asiantuntijat korostavat, että pystyvät pääosin irrottautumaan poliittisista näkemyksistään: *”olen pyrkinyt asettautumaan puolueettoman asiantuntijan rooliin, joka arvioi asioita puhtaasti oikeudellisin argumentein.”* (Asiantuntija25) Asiantuntijoiden objektiivisuus, puolueettomuus ja riippumattomuus ovat selkeitä legitimoivia tekijöitä asiantuntijavetoiselle järjestelmälle.⁴⁷

4.2. Asiantuntijavallan luonne perustuslakivaliokunnassa

Valtiosääntöasiantuntijoilla on kiistatta varsin merkittävää yhteiskunnallista valtaa.⁴⁸ Keskeistä on se, millaisena asiantuntijat mieltävät roolinsa yhteiskunnallisessa päätöksenteossa.⁴⁹ Haastatteluissani vain osa jäsenistä ja asiantuntijoista puhuu avoimesti siitä, että asiantuntijoilla on tosiasiaa paljon valtaa perustuslakivaliokunnassa. Suurin osa haastatelluista asiantuntijoista kiistää, että asiantuntijat käyttävät valtaa perustuslakivaliokunnassa. Myöskään neuvokset eivät luonnehdi asiantuntijoiden roolia suoraan vallankäytöksi, mutta tuovat esille sen kiistattoman seikan, että asiantuntijat vaikuttavat merkittävästi siihen, mihin ratkaisuun valiokunta lopulta päätyy. Jäsenten haastatteluissa puolestaan nousee näkyvimmin esiin asiantuntijoiden vaikutusvallan kuvaaminen nimenomaan vallankäyttönä.

Haastatelluille asiantuntijavallan määrittely on haastavaa. Moni pohtiikin avoimesti, että asiantuntijoilla on kiistatta vaikutusvaltaa ja välitöntä merkitystä valiokunnan päätöksentekoon, mutta onko se vallankäyttöä. Asiantuntijoiden vallankäyttö ymmärretäänkin yleisesti varsin suppeasti viittaamalla siihen, että muodollinen päätösvalta on aina valiokunnalla, eivätkä asiantuntijat ole mukana valiokunnan kokouksessa, kun neuvoksen laatimaa lausuntoluonnosta käsitellään ja päätetään lausunnon lopullisesta sisällöstä. Jos asiantuntijavalta ymmärretään laajemmin eli kattaen myös asiantuntijoiden vaikutusvallan pää-

46. Elomäki – Marttinen 2021, s. 49; Marija Bartl, Contesting austerity: On the limits of EU knowledge governance. *Journal of Law and Society* 1/2017, s. 150–168. Toisaalta väite oikeudellisten asiantuntijoiden epäpoliittisuudesta on kiistetty, ks. Leander – Aalberts 2013, s. 792; Christensen 2021a, s. 463.

47. Ks. Dahlberg 2022; Justus Lentsch – Peter Weingart, Introduction: the quest for quality as challenge to scientific policy advice: an overdue debate? s. 3–18 teoksessa Justus Lentsch – Peter Weingart (eds), *The politics of scientific advice: Institutional design for quality assurance*. CUP 2011.

48. Riepula 1973; Komarék 2021.

49. Holli – Turkka 2021, s. 55–56 ja s. 71.

töksentekoon, niin kaikki haastateltavat ovat asiasta yhtä mieltä, ja näkevät vaikutusvallan merkittävänä.⁵⁰

Asiantuntijoiden vallankäytön sijaan haastattelutilanteissa haastateltavien oli helpompi käyttää sanaa ”vaikutusvalta”. Aiheen sensitiivisyys näkyi muun muassa siinä, että muutama asiantuntija suorastaan närkästyi, kun kysyin asiantuntijoiden vaikutusmahdollisuuksista tai asiantuntijoiden vallankäytöstä perustuslakivaliokunnassa. Tämä havainto saa tukea asiantuntijavaltaa koskevasta kirjallisuudesta, jonka mukaan vallasta ei haluta puhua. Vain toisten vallankäytöstä ollaan valmiit esittämään mielipiteitä, ei omasta. Moni johtavassa asemassa oleva henkilö ei halua käyttää sanaa valta, vaan puhutaan mieluummin vaikuttamisesta. Vallankäyttö samaistetaan usein käskemiseen tai jopa alistamiseen, jolloin vallasta nähdään vain kielteinen puoli. Sen sijaan vallan myönteistä ja rakentavaa puolta, joka poistaa esteitä, antaa mahdollisuuksia ja kannustaa, ei juuri liitetä sanaan valta.⁵¹

Asiantuntijoiden valta näkyy konkreettisesti siinä, että jonkun valiokunnan kuuleman asiantuntijan esittämä kannanotto lakiehdotuksen perustuslainmukaisuudesta omaksutaan myös valiokunnan lausuntoon. Eräs pitkäaikainen valiokuntajäsen kuvaa asiantuntijoiden vaikutusta perustuslakivaliokunnan päätöksentekoon: *”on hankalaa ottaa sellaista perustuslain tulkintaa, jolle ei saa keneltäkään asiantuntijalta minkäänlaista tukea.”* (Jäsen1) Asiantuntijoiden valta perustuslakivaliokunnassa on oman asiantuntijuuden kautta vaikuttaa siihen, tulkitaanko lakiehdotus perustuslainmukaiseksi vai ei ja millaisia valtiosäntöoikeudellisia asioita valiokunnan lausunnossa nostetaan esiin.

Asiantuntijan vaikutusvalta tai ylipäänsä perustuslakivaliokunnan lausunnon merkitys ei tyhjene yksittäisen lakiehdotuksen etenemiseen eduskunnassa. Eräs useamman kauden valiokunnassa istunut jäsen kuvaa motivaatiotaan toimia valiokunnan jäsenenä: *”sitten kun aloin hahmottaa sen, että perustuslakivaliokunnassa ne linjaukset mitä tehdään, niin niillä on lähtökohtaisesti yli vaalikautistakin kantavuutta. Jos perustuslakivaliokunta omaksuu jonkun tietynlaisen tulkintalinjan, niin sitä ei oikein seuraavatkaan hallitukset pääse pakoon.”* (Jäsen7) Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytäntö toimii pohjana tulevilla lainsäädäntöhankkeissa ja tulevat lakiehdotukset tulee valmistella yhdenmukaiseksi tämän lausunto- ja tulkintakäytännön kanssa.⁵² Tämän vuoksi asiantuntijan kannanotolla voi olla merkitystä myös pitkälle tulevaisuuteen tulevia lainsäädäntöhankkeita valmisteltaessa.

50. Asiantuntijavallan sijaan pitäisikin puhua asiantuntijoiden vaikutusvallasta, ks. Christensen 2021a, s. 463–465; Tortola – Tarlea 2021, s. 1951.

51. Marjatta Jabe – Sari Kuusela, Hyvä paha valta. Talentum 2013, s. 7–8 ja s. 17.

52. Ks. hallituksen esityksen laatimisohteet (HELO) <http://helo.finlex.fi> (luettu 3.8.2022).

Asiantuntijavaltaa tutkittaessa on osoitettu, että oman vallan määrää verrataan muihin ja oma valta nähdään usein vähäpätöisempänä toisiin verrattuna.⁵³ Tämä havainto saa selvän tuen myös tästä aineistosta. Haastatteluissani nousee esiin, että asiantuntijat eivät mielellään ota vallankäyttäjän viittaa harteilleen, vaan osoittavat valiokunnan todelliseksi vallankäyttäjiksi valiokuntaneuvokset: ”jos sä haluat jotain todellisia vallankäyttäjiä haastatella, niin menes haastattelemaan sihteereitä.” (Asiantuntija17) Toisaalta neuvoksetkaan eivät miellä itseään vallankäyttäjiksi esimerkiksi asiantuntijoista päätettäessä: ”valiokunta itse päättää. Me ei harrasteta sitä, että me virkamiehet päättäisimme siitä.” (Neuvos4) Jäsenet puolestaan tiedostavat, että heillä on valiokunnan jäsenenä muodollinen valta tehdä valiokunnan päätökset. Kuitenkin haastatteluissa nousee esiin, että tosiasiaa vain pieni piiri valiokunnan jäsenistä käyttää valtaa valiokunnassa ”liidaamalla muita” (Jäsen11). Lisäksi jäsenet tuovat esiin, että valiokunnan päätökset ovat mitä suuremmassa määrin sidottu asiantuntijoiden kantoihin. Vallankäyttäjän viitta ohjataan siten sujuvasti aina seuraavalle toimijalle.

Valtiosääntöistä neuvonantoa tutkittaessa on tuotu esille voimakas jännite neuvonannon luonteeseen ja vaikutuksiin liittyen. Yhtäältä neuvonannossa on perimmiltään kyse tiedon antamisesta päätöksentekijälle, ja päätöksentekijä ei ole sidottu noudattamaan tätä neuvoa päätöstä tehdessään. Toisaalta neuvonantoon liittyy vahvat odotukset ja perusteet siitä, että päätöksentekijä noudattaisi tieteellisten asiantuntijoiden neuvoa.⁵⁴ Tämä jännite on tunnistettavissa myös tässä aineistossa. Osa asiantuntijoista painottaa, että asiantuntija ei voi vaikuttaa siihen, mitä valiokunta asiantuntijan lausunnolla lopulta tekee. Tämän vuoksi osa asiantuntijoista kumoo väitteet asiantuntijoiden vallasta perusteettomina. Toisaalta erityisesti jäsenten haastatteluista nousee esiin vahvat perusteet sille, että asiantuntijoiden näkemyksiä tulee perustuslakivaliokunnan myös noudattaa. Eräs jäsen kuvaa, kuinka perustuslakivaliokunnan tulisi tehdä ratkaisunsa ”asiantuntijalausunnot edellä” (Jäsen5). Sama jäsen kuvaa, kuinka hän ymmärtää asiantuntijalausunnot ”toisiaan täydentävinä” tarkoittaen, että perustuslakivaliokunnan tulisi ottaa kaikki asiantuntijoiden esittämät valtiosääntöoikeudelliset huomautukset mukaan lopulliseen lausuntoon. Toisaalta osa valiokunnan jäsenistä tyrmää ajatuksen, että asiantuntijakuuleminen tarkoittaisi kaikkien asiantuntijoiden esittämien huomioiden mukaan ottamista valiokunnan lausuntoon.

Aineistosta nousee esiin perustuslakivaliokunnan asema ikään kuin viimeisenä kynnyksenä lakiehdotusten etenemiselle eduskunnassa. Enemmistöhallituksen aikana perustuslakivaliokunta on käytännössä ainoa paikka eduskunnassa, jossa lakiehdotus voidaan pysäyttää katsomalla se perustuslainvastaiseksi. Valtiosääntökirjallisuudessa on tunnistettu ennakkolliseen perustuslainmukaisuuteen kuuluva huolellisuus ja pidättyväisyys lausua demokraattisesti valitun enem-

53. Jabe – Kuusela 2013, s. 36.

54. de Poorter – van der Schyff – Stremmer – De Visser 2021, s. 3.

mistön ajaman lakihankkeen perustuslainvastaisuudesta.⁵⁵ Lisäksi asiantuntijavalta edellyttää, että asiantuntija osaa tunnistaa organisaation intressit ja omaan toimintaan liittyvät odotukset.⁵⁶ Haastatteluissani peruslakitulkintoihin liittyvä huolellisuus ja pidättyväisyys näkyy läpileikkaavasti kaikkien ryhmien kohdalla. Eräs asiantuntija ottaa esimerkiksi tilanteen, jossa asiantuntijat ja perustuslakivaliokunta alkaisivat jatkuvasti tekemään täystyrmäyksiä hallituksen esityksille: ”pitää miettiä sitä, että jos nyt sitten tämä tyrmätään, niin onko se sitten ongelma jo perustuslakivaliokunnan arvovallalle.” (Asiantuntija20) Toisaalta osa asiantuntijoista ja jäsenistä ei niinkään korosta asiantuntijan pidättyväisyyttä lakiehdotusten perustuslainmukaisuuden arvioinnissa, vaan pikemminkin päinvastoin alleviivaavat asiantuntijan aktiivista roolia sanoa esimerkiksi se: ”mikä vaihtoehto ei ainakaan käy” (Jäsen8) ja ”miten siinä asiassa tulee perustuslain mukaan toimia, eikä niin, että missä haarukassa meidän pitäisi alkaa näitä vaihtoehtoja miettiä.” (Asiantuntija18)

4.3. Valtiosääntöasiantuntijoiden valtahierarkiat ja vallan keskittyminen

Asiantuntijavallan näkökulmasta on kiinnostavaa, miten valta jakautuu asiantuntijoiden kesken. Kuka asiantuntijoista saa äänensä kuuluviin ja pystyy vaikuttamaan yhteiskunnalliseen päätöksentekoon?⁵⁷ Asiantuntijavaltaa tutkittaessa on havaittu, että asiantuntijuus keskittyy usein varsin pienelle piirille ja vallan saavat ne, joilla on aikaisempia näyttöjä ja kyky muodostaa verkostoja.⁵⁸ Haastatteluissani nousee esiin vallan keskittyminen tietyille asiantuntijoille. Asiantuntijoiden ydinjoukkoon kuuluvia asiantuntijoita kuvataan ”luottoasiantuntijoiksi”, ”koviksi asiantuntijoiksi”, ”vakituksiksi asiantuntijoiksi” ja ”ykkösketjuksi”. Eräs pitkäaikainen valiokuntajäsen kuvaa asiantuntijajoukon kapeutta: ”pevillä on kourallinen kovia asiantuntijoita ja lähtökohtaisesti merkittävimmissä jutuissa se sama porukka tulee sinne aina.” (Jäsen9)

Perustuslakivaliokunnan kuulemien asiantuntijoiden joukkoa on vuosikausien saatossa määrätietoisesti kasvatettu. Kuitenkin aineistosta käy ilmi, että valtaa käyttävien asiantuntijoiden joukko on edelleen hyvin kapea. Juristien valta-asetelmista on kirjoittanut esimerkiksi *Pierre Bourdieu*, jonka mukaan

55. Mentko Nap, *Advisory Opinions of the Dutch Council of State as Contributions to a Constitutional Dialogue*. *European Yearbook of Constitutional Law* 2021, s. 225–244, 238.

56. Jabe – Kuusela 2013, s. 32.

57. Leander – Aalberts 2013, s. 792.

58. Jabe – Kuusela 2013, s. 32 ja s. 270; Ilkka Ruostetsaari, *Eduskunnan valta ja asema eliittien ja kansalaisten silmin*, s. 91–108 teoksessa Tapio Raunio – Matti Wiberg (toim.), *Eduskunta: kansanvaltaa puolueiden ja hallituksen ehdoilla*. Gaudeamus 2014. Myös Anna Kontulan keräämästä haastatteluaineistosta näkyy suhteiden merkitys vallankäytölle eduskunnassa, ks. Anna Kontula, *Eduskunta: ystäviä ja vihamiehiä*. Into 2018, s. 55.

valtahierarkiat palautuvat kysymykseen juristin symbolisesta pääomasta. Symbolisella pääomalla hän viittaa arvostukseen tai arvovaltaan, jota eri rooleissa toimivat juristit ovat onnistuneet muiden toimijoiden silmissä hankkimaan.⁵⁹ Aineistosta nousee esiin symboliseen pääomaan liittyvä ajatus, jonka mukaan vaikutusvalta vaihtelee merkittävästi asiantuntijoiden kesken ja useimmiten vain ydinjoukkoon kuuluvalla asiantuntijalla on merkittävää vaikutusvaltaa perustuslakivaliokunnassa. Eräs pitkäaikainen valiokunnan jäsen tiivistää: *”vaikka saatetaan kymmentäkin asiantuntijaa kuulla, niin se ydinjoukko on dominoiva siinä linjanvedossa.”* (Jäsen13) Myös asiantuntijat itse tiedostavat, että osalla asiantuntijoista on keskeisempi asema kuin toisilla: *”selvästikään ykkösketjussa en ole, että jos lisäasiantuntijoita pyydetään kuultavaksi, niin silloin vasta.”* (Asiantuntija11) Vaikka asiantuntijapoolia on laajennettu, on valtaa käyttävien asiantuntijoiden joukko silti perustuslakivaliokunnassa kiistatta hyvin kapea ja miehinen.

Asiantuntijavaltaa tutkittaessa on osoitettu, että valta ja hierarkiat liittyvät toisiinsa.⁶⁰ Aineistosta nouseekin esiin perustuslakivaliokunnan asiantuntijuuteen liittyviä useampia hierarkioita. Ensimmäinen hierarkia on paikannettavissa valtiosääntöasiantuntijoiden kesken: osa valtiosääntöasiantuntijoista ovat korkeammalla hierarkiassa ja heitä luonnehditaan edellä esitetyn tavoin esimerkiksi ”luottoasiantuntijoiksi” tai ”ykkösketjuksi”. Osa valtiosääntöasiantuntijoista ei kuulu tähän luottoryhmään, vaan ovat hierarkiassa alempana. Hierarkia näkyy esimerkiksi siinä, kysytäänkö asiantuntijalta ennen eduskuntakauden alkua esiteltäviä, jolloin asiantuntija ei ole valiokunnan käytettävissä. Toinen hierarkia näkyy valtiosääntöoikeuden asiantuntijoiden ja substanssioikeuden asiantuntijoiden välillä. Erityisesti valtiosääntöasiantuntijat ja neuvokset korostavat valtiosääntöoikeuden asiantuntijuuden ensisijaisuutta substanssioikeuden asiantuntijuuteen nähden: *”ne, jotka eivät ole valtiosääntöoikeuden oppineita, niin niillä on tapana sekoilla valtiosääntöjuridiikan kanssa ihan suvereenisti. Heidän mielestään on yleensä perustuslainvastaista, jos se on heidän mielipiteensä kanssa jotenkin ongelmallinen, ne on äkkiä väittämässä asioita perustuslainvastaisiksi.”* (Neuvos7) Kolmas hierarkia asiantuntijuudessa on oikeudellisten asiantuntijoiden ja eri tieteenalojen välillä. Perustuslakivaliokunta voi ajoittain kuulla myös muiden tieteenalojen asiantuntijoita, kuten lääketieteen tai terveystieteen asiantuntijoita. Kuitenkin kaikki haastateltavat korostavat, että muiden alojen asiantuntijoilta ei odoteta arviota lakiehdotuksen perustuslainmukaisuudesta, vaan muiden tieteenalojen asiantuntijoita kuullaan ainoastaan luomaan kattava kuva sääntelyyn liittyvistä erityiskysymyksistä. Muiden tieteenalojen asiantuntijoiden rooli on siten lähinnä taustoittava kuin valiokunnan kannanmuodostukseen vaikuttava.

59. Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. *Hastings Law Journal* 1986, s. 814–855. Kriteereistä, joita perustuslakivaliokunnan luottoasiantuntijalta vaaditaan, ks. Dahlberg 2022.

60. Ks. esim. Jabe – Kuusela 2013, s. 249; Leander – Aalberts 2013, s. 792.

Asiantuntijoiden vaikutusvalta päätettäviin asioihin ei ole absoluuttinen. Vaikutusvaltaa arvioitaessa asioiden poliittisuudella ja monimutkaisuudella on myös merkitystä. Jos asia on hyvin monimutkainen ja syvää perehtyneisyyttä vaativa, asiantuntijoiden valta kasvaa.⁶¹ Asiantuntijoiden valta puolestaan vähenee silloin, jos asia on poliittisesti latautunut tai asia nostetaan julkiseen keskusteluun. Poliitikot eivät anna asiantuntijoiden ratkaista asiaa, kun asia on erityisen tärkeä äänestäjille.⁶² Haastatteluisani asiantuntijoiden vaikutusvaltaa kuvataan samoin. Eräs valiokuntajäsen kertoo, että teknisluonteisissa ja vähäpätöisissä asioissa hän lähinnä sinnittelee hereillä valiokunnan kokouksissa. Kun sitten ratkaistavaksi tulee joko hänelle tai hänen puolueelleen tärkeä kysymys, niin silloin jäsen on vaikuttamassa jo siinä vaiheessa, kun tehdään päätöksiä kuultavista asiantuntijoista.

4.4. Valtiosääntöasiantuntijoiden vaikutuskeinot ja vallankäytön muodot

Asiantuntijoiden vaikutusmahdollisuudet kuvataan moninaisiksi. Asiantuntijalla on ensisijaisesti kirjallisen asiantuntijalausannon ja suullisen kuulemisen kautta mahdollisuus vaikuttaa perustuslakivaliokunnan päätöksentekoon. Erittymisen suullisessa kuulemisessa asiantuntijalla on mahdollisuus vaikuttaa siihen, että valiokunta tulee seuraamaan hänen kantaansa lopullisessa lausunnossaan: *”asiantuntijoiden suullinen kuuleminen on paikka, missä aloitetaan mielipiteiden tai tulkinnan muodostaminen.”* (Jäsen3)

Suullisen kuulemisen ensisijaisuus asiantuntijan kirjalliseen lausuntoon nähdään tulee hyvin selkeästi esille, sillä valiokunnan jäsenet eivät useinkaan ehdi lukemaan kirjallisia asiantuntijalausuntoja. Lisäksi suullinen kuuleminen voi olla paikka, jossa valiokunnan jäsenten tarkoituksena ei ole ainoastaan lisätiedon saaminen, vaan pyrkimys saada jäsenen kannattama kanta asiantuntijan kautta esille. Eräs jäsen tiivistää tämän funktion: *”valiokunnan jäsenet eivät kysy asiantuntijoilta vain siksi, että halutaan tietoa, vaan myös siksi, että halutaan saada asiantuntija sanomaan se asia ja ottamaan kantaa siihen kysymykseen, joka itseä huolettaa.”* (Jäsen3)

Osa asiantuntijoista on yksinkertaisesti taitavampia esiintyjä ja osaavat puhua tavalla, joka vetoaa kansanedustajiin. Taitavina asiantuntijoina nähdään ne, jotka osaavat puhua ymmärrettävästi.⁶³ Monimutkaiset asiat *”voi vaatia tiettyjen nyanssien häivyttämistä.”* (Asiantuntija10) Parhaimmillaan asiantuntija vakuut-

61. Virkamiesvaltaa tutkittaessa on huomattu, että virkamiesten valta kasvaa, jos ratkaistavat asiat ovat monimutkaisia ja asioita täytyy ratkaista nopealla tahdilla, ks. Murto 2014, s. 300–301.

62. Tortola – Tarlea 2021, s. 1956–1957 ja s. 1964.

63. Valtiosääntöoikeudellisessa asiantuntijuudessa keskeistä on asiantuntijatiedon ymmärrettävyys ja selkeys. Lisäksi painoarvoa annetaan sille, kuinka asiantuntija esiintyy. Ks. lisää Dahlberg 2022.

taa valiokunnan jäsenet kannalleen taitavalla ja ymmärrettävällä esiintymisellä. Haastatteluihin tuodaan esille, että asiantuntijan vaikuttamispyrkimykset näkyvät suullisen esiintymisen sisällöllisinä ja retorisinä valintoina. Eräs valtiosääntöasiantuntija kuvaa asiaa seuraavasti: *”jos jossain tulee sitä vaikuttamispyrkimystä, niin se voi tulla siinä, että minkälaiset asiat siihen [suulliseen esitykseen] ottaa ja mitä siinä painottaa.”* (Asiantuntija8)

Aineistosta nouseva havainto suullisen kuulemisen keskeisyydestä on linjassa asiantuntijavaltaa koskevan kirjallisuuden kanssa, jossa vuorovaikutus nostetaan merkittäväksi tekijäksi asiantuntijavaltaa käytettäessä. Valtaa ei yksinkertaisesti voi käyttää ilman vuorovaikutusta. Suurimmillaan asiantuntijan valta on silloin, kun puhe ja teot ovat yhteneväisiä ja vallankäyttäjää on läsnä.⁶⁴ Toisaalta aineistossa on huomionarvoista se, että suulliset kuulemiset kuvataan usein varsin kiireisiksi, aikaa on vähän ja asiantuntijoilla ei välttämättä ole ajankäytöllisistä syistä mahdollisuuksia keskinäiseen vuoropuheluun tai syvällisempään keskusteluun. Lisäksi jäseniä voi poistua paikalta kesken kuulemisen, jäsenet voivat keskittyä pikemminkin puhelinten selailuun ja kukaan ei välttämättä kysy asiantuntijoilta mitään. Suullisessa kuulemisessa vaikuttaminen näyttäisi siten olevan aika sattumanvaraista.

Virallisen kuulemismenettelyn ulkopuolella merkittäväksi vaikutuskanavaksi nostetaan esiin median ja julkisuuden kautta vaikuttaminen, ja asiantuntijat kuvataan merkittäviksi vaikuttajiksi mediassa. Osa asiantuntijoista näkee julkisuuden kautta vaikuttamisen jopa valiokuntakuulemistakin keskeisemmäksi keinoksi: *”[asiantuntijan] vaikutus ei välttämättä niihin poliittikkoihin siellä perustuslakivaliokunnassa ole niin suuri siinä itse valiokuntakuulemistilaisuudessa, mutta sitten se peli, mitä pelataan mediassa sen jälkeen tai sitä ennen, niin sillä voi olla aika paljon vaikutusta, koska sitä seurataan.”* (Asiantuntija1) Asiantuntijat voivat vaikuttaa myös lakiehdotusten valmisteluvaiheessa, kun ministeriöt kuulevat valtiosääntöoikeuden asiantuntijoita. Lisäksi asiantuntijat voivat vaikuttaa perinteisen tutkimuksen kautta ja kirjoittamalla yleistajuisia blogeja.

Kaikki jäsenet kuvaavat asiantuntijoiden vaikutusmahdollisuuksia perustuslakivaliokunnassa käsiteltäviin asioihin merkittäviksi. Asiantuntijoiden suhtautuminen omiin vaikutusmahdollisuuksiin valiokunnassa jakaantuu karkeasti kolmella eri tavalla. Maltillisimmat asiantuntijat eivät korosta asiantuntijoiden vaikutusmahdollisuuksia, vaan pikemminkin nostavat esiin asiantuntijatyön välttämättömyyden, vilpittömyyden ja työn luonteen laadunvarmistajana perustuslainmukaisuuden valvonnassa: *”en näe sitä sellaisena tarkoituksellisenä vallan hamuamisena, vaan että ne asiat menisi perustuslain mukaan.”* (Asiantuntija19) Osa asiantuntijoista sijoittuu asiantuntijoiden vaikutusmahdollisuuksia kuvatessaan välimaastoon ja myöntää, että asiantuntijalla on olemassa merkittävät vaikutusmahdollisuudet, mutta vaikuttaminen ei ole asiantuntijan

64. Jabe – Kuusela 2013, s. 39.

ensisijainen tehtävä: ”jos nyt onnistuu vaikuttamaan, niin se on plussaa. Mutta ei se ensisijainen tehtävä ole.” (Asiantuntija23) Osa asiantuntijoista puolestaan näkee vahvimmin, että asiantuntijoilla kuuluu olla valtaa, valiokunnan tulee noudattaa asiantuntijoiden kantoja ja asiantuntijan keskeinen tehtävä on käyttää vaikutusvaltaansa valiokunnassa: ”se ilman muuta kuuluu siihen [asiantuntijan tehtävään], että pääsee vaikuttamaan lainsäädännön sisältöön.” (Asiantuntija9)

Osa neuvoksista ja jäsenistä näkee asiantuntijoiden vaikutusmahdollisuudet jopa liiankin merkittävänä: ”voiko olla sitten niin, että näin pienellä joukolla jonkun merkittävän asian eteneminen estyy?” (Neuvos6) Toisaalta osa asiantuntijoista tuo esiin vastakkaisen näkökulman, jonka mukaan on hyvä, että asiantuntijoilla on mahdollisuus suunnata valiokunnan päätöksentekoa tiettyyn suuntaan: ”kyllä musta on hyvä, että jos se asia on tärkeä ja jos siinä [asiantuntijoilla] on yksimielisyys, niin se on aika vaikea jättää valiokunnan huomiotta.” (Asiantuntija13) Lisäksi osa jäsenistä katsoo, että asiantuntijoiden vallankäyttö on lisääntynyt ja valta on jopa ”humalluttanut henkilöitä” (Jäsen10). Tiedustelulakeihin liittyvä prosessi vuonna 2019 ja siihen liittyvä asiantuntijoiden toiminta sosiaalisessa mediassa nostetaan esimerkiksi liiallisesta asiantuntijavallasta ja asiantuntijoiden epäasiallisista vaikutuskeinoista. Asiantuntijoiden vaikutusvaltaa kuvataan yksinkertaistetusti niin, että: ”yhden käden sormilla laskettava asiantuntijajoukko päättää, millaisia lakeja tähän maahan voidaan säätää.” (Jäsen7) Toisaalta tuodaan myös esiin, että asiantuntijoiden harteille on sälytetty kohtuuton vastuu siitä, että kaikki perustuslain näkökulmat tulee lakeja säädettäessä huomioiduksi. Jos jokin valtiosääntöoikeudellisesti ongelmallinen asia jää asiantuntijoilta ja neuvoksilta huomaamatta, niin ongelma mitä luultavimmin myös jää tulevaan lainsäädäntöön.

Erityisesti jäsenet ja asiantuntijat tuovat esille, että on paljon asiantuntijasta kiinni, käyttääkö hän kaikkia vaikutusmahdollisuuksiaan esimerkiksi julkisuuden kautta. Myös asiantuntijat itse tunnustavat, että heillä on merkittävää yhteiskunnallista vaikutusvaltaa siinä, minkä suuntaisia lakeja voidaan perustuslain ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten rajoissa säätää. Esimerkkinä nostetaan esiin vuonna 2019 kaatunut *Sipilän* hallituksen sosiaali- ja terveystieteiden ministerin haastateltavien mukaan kaatui ennen kaikkea asiantuntijoiden verrattain tiukoikiin perustuslakitulkintoihin. Jos asiantuntija haluaa edistää esimerkiksi ympäristöön liittyviä kysymyksiä tai ihmisoikeuksia, niin perustuslakivaliokunnan asiantuntijana hänellä on tähän hyvät mahdollisuudet. Myös osa neuvoksista katsoo, että perustuslakivaliokunnan kuulemilla asiantuntijoilla on merkittävää vaikutusvaltaa median kautta: ”erityisesti ne, jotka ovat näkyvästi mediassa esillä, niin ne on kyllä merkittäviä vaikuttajia.” (Neuvos6)

Kaikki asiantuntijat eivät ole samalla tavoin kiinnostuneita käyttämään vaikutusmahdollisuuksiaan valiokunnassa tai sen ulkopuolella. Julkisuuden kautta vaikuttaminen jakaa asiantuntijat tiukasti kahteen eri leiriin: osa katsoo velvollisuudekseen olla asiantuntijana esillä myös julkisuudessa, kun taas osa katsoo

perustuslakivaliokunnan asiantuntijuuden pitävän sisällään varsin varovaisen linjan mediaan päin.⁶⁵ Osa asiantuntijoista on hieman kyllästyneitä keskustelemaan asiantuntijoiden vallasta perustuslakivaliokunnassa, sillä julkinen keskustelu on viime vuosina ollut varsin yliampuvaa ja henkilökohtaisuuksiin menevää.

Osa jäsenistä näkee, että antaessaan ehdottomia kantoja lakiehdotuksen perustuslainmukaisuudesta asiantuntija astuu pois asiantuntijaroolista ja pyrkii tosiasiallisesti vaikuttamaan valiokunnan päätöksentekoon. Osa jäsenistä puolestaan näkee täysin päinvastoin, että asiantuntijan legitimiin rooliin kuuluu nimenomaan kertoa selvästi valiokunnalle ne vaihtoehdot, jotka ovat selkeästi perustuslainvastaisia. Tässä kohtaa näkyy jälleen edellä kuvattu jännite oikeudellisen neuvonannon luonteen ja vaikutusten välillä.⁶⁶

Asiantuntijavaltaa tutkittaessa on nostettu esiin, että vallankäytön keinot voivat olla avoimia tai piilotettuja.⁶⁷ Asiantuntijateorioissa on myös osoitettu, että mitä suuremmassa ja läheisemmässä yhteydessä asiantuntija on päätöksentekijään, sitä enemmän valtaa asiantuntijalla on.⁶⁸ Haastatteluissani valiokunnan kulisseissa tapahtuvaa vaikuttamista kuvataan epäasialliseksi vaikuttamiseksi, kun taas virallisten reittien kautta (kirjallinen lausunto ja suullinen kuuleminen) vaikuttaminen nähdään asialliseksi tavaksi vaikuttaa. Osa asiantuntijoista on yhteydessä valiokuntaneuvoksiin tai neuvokset ovat yhteydessä asiantuntijoihin jo siinä vaiheessa, kun asia on tulossa perustuslakivaliokuntaan ja asiantuntijakuulemisia pohditaan. Kun valiokunnan keskeiset asiantuntijat ja neuvokset tuntevat toisensa usein jo aiemmista uravaiheistaan, niin on toisaalta luonnollista, että valiokunnan käsittelyyn tulevista asioista voidaan keskustella ydinjoukon kesken. Valiokunnan jäsenet voivat kysyä asiantuntijoilta ennakkokantoja käsiteltävästä asiasta. Kuitenkin suurin osa haastateltavista näkee ennakkokantojen tiedustelun asiantuntijainstituution perusteita rapauttavana ja epäasiallisena vaikutuskeinona.

Epäasiallisena vaikutuskeinona erityisesti jäsenten keskuudessa nähdään se, että valtiosääntöasiantuntijat kommentoivat lakiehdotusta medialle ennen kuin ovat olleet valiokunnassa kuultavana: *”aika ajoin on jouduttu kysymään, pyrkiikö jokin asiantuntija vaikuttamaan valiokunnan lopulliseen kannanottoon sen kautta, että paitsi antaa valiokunnalle lausunnon, niin ilmoittaa kannastaan etukäteen jo julkisuuteenkin päin.”* (Jäsen7) Ylipäänsä median ja julkisuuden kautta vaikuttaminen perustuslakivaliokunnan päätöksentekoon koetaan sekä jäsenten että osan asiantuntijoista ja neuvosten keskuudessa epäasialliseksi: *”sulla on ne asiantuntijan vaikutusmahdollisuudet ja musta se ei olisi tyylikästä, että yrittäisit*

65. Oikeudellisten instituutioiden defensiivisestä mediasuhteesta ks. Bryna Bogoch – Anat Peleg, *Law in the Age of Media Logic*, s. 443–462 teoksessa Knut Lundby (ed), *Mediatization of Communication*. De Gryter 2014.

66. de Poorter – van der Schyff – Stremmer – De Visser 2021, s. 3.

67. Jabe – Kuusela 2013, s. 54.

68. Tortola – Tarlea 2021, s. 1956; Jabe – Kuusela 2013, s. 32.

median kautta vaikuttaa.” (Asiantuntija6) Toisaalta osa asiantuntijoista ja jäsenistä nostaa esille täysin vastakkaisen näkökulman, jonka mukaan asiantuntijan velvollisuuteen kuuluu osallistua julkiseen keskusteluun myös perustuslakivaliokunnan asioista.⁶⁹

Jäsenet nostavat esiin asiantuntijoiden välisen yhteistyön epäasiallisena keinona vaikuttaa perustuslakivaliokunnan päätöksentekoon: *”jos ne [asiantuntijat] koordinoisi sillai, että ne pyrkisi vain yhteen asiantuntijanäkemykseen, jota valiokunta ei pysty haastamaan, niin se olisi epäasiallista.*” (Jäsen14) Tärkeänä pidetään avoimuutta ja läpinäkyvyyttä eli mahdollisesta keskinäisestä yhteistyöstä tai aiemmista lausunnoista esimerkiksi ministeriölle kerrottaisiin valiokuntakuulemisessa.

Sekä jäsenet että osa asiantuntijoista kuvaavat asiantuntijoiden epäasiallisena vaikutuskeinona tilannetta, jos asiantuntija ajaa perustuslakitulintojen kautta jotain poliittista agenda. Asiantuntijan epäasialliset vaikutuskeinot kytketään myös tieteen etiikkaan: *”epäasiallinen ja tieteellisen etiikan vastainen toiminta olisi silloin se, että esittää väitteitä perustuslain tulkinnasta, joihin ei itsekään bona fide uskoisi.*” (Asiantuntija8) Lisäksi epäasiallisena vaikutuskeinona kuvataan tilannetta, jossa asiantuntija toimii samassa asiassa sekä ministeriön että perustuslakivaliokunnan kuultavana. Epäasiallisena pidetään sitä, että ministeriöt usein maksavat varsin huomattavia summia asiantuntijoille ja tämän jälkeen samat asiantuntijat *”tulee valiokuntaan puolustamaan tosi voimakkailta ja ehkä jopa erikoissävytteisillä argumenteilla jotain lakihanketta.*” (Jäsen9)

Huomionarvoista on, että eräs pitkäaikainen valtiosääntöoikeuden asiantuntija pitää epäasiallisena vaikutuskeinona sitä, että substanssioikeuden asiantuntijat esittävät valiokunnassa valtiosääntöoikeudellisia kannanottoja: *”kun siellä on muiden oikeudenalojen asiantuntijoita, niin siellä saattaa olla pyrkimystä siirtää se oman oikeudenalan kysymys valtiosääntöoikeuden tulkintaongelmaksi.*” (Asiantuntija22) Lisäksi eräs asiantuntija pitää epäasiallisena vaikutuskeinona sitä, että asiantuntija kuulemistilaisuuksien ulkopuolella: *”lobbaa itseään tai omaa näkemystä joko sihteeristölle tai olen ymmärtänyt, että joku tekee sitä ihan valiokunnan jäsenten suuntaan.*” (Asiantuntija2) Suurin osa asiantuntijoista ei tunnista, että asiantuntijoilla voisi olla epäasiallisia vaikutuskeinoja valiokunnassa.

Asiat voivat päästä niin sanotusti ihon alle, kun asiantuntijat tietävät, että valiokunta tulee noudattamaan jonkun kuulemansa asiantuntijan näkemystä. Asiantuntijat voivat suullisessa kuulemisessa irrottautua varsin kauaksikin kirjallisesta lausunnostaan ja esittää vahvoin retorisin keinoin argumentteja oman kannanoton tueksi: *”tässä sote-asiassa tunteet kuumeni ajoittain kaikilla, myös joillakin asiantuntijoilla niin, että siihen tuli vähän sellaista extra-efforttia, jota joskus jäätiin jälkeenpäin miettimään, että mitähän sille asiantuntijalle kuuluu.*”

69. Valtiosääntöasiantuntijoiden julkisuussäännöistä ja -käytännöistä perustuslakivaliokunnassa, ks. Harjuniemi – Dahlberg – Kantola 2022, s. 13–15.

(Jäsen4) Lisäksi asiantuntija, jonka näkemystä perustuslakivaliokunta ei lausunnossaan seuraa, saattaa kommentoida perustuslakivaliokunnan lausunnon valmistuttua, että ”*huono lausunto, kun valiokunta olikin päätyntyn toisen asiantuntijan kannalle.*” (Jäsen11). Myös asiantuntijat tunnustavat, että jokainen toivoo, että näkisi sieltä valiokunnan lausunnosta omia kantojaan ja perustelujaan: ”*jos nyt hyvin avoimesti sanoo, niin ne on sellaisia onnistumisen hetkiä, kun on onnistunut vakuuttamaan valiokunnan sille omalle kannalleen.*” (Asiantuntija9) Lisäksi jokainen myös uskoo omaan tulkintaansa ja pyrkii perustelemaan sen niin hyvin kuin voi: ”*asiantuntijan tehtävänä on vakuuttaa, että se tulkintaperuste, mitä esittää, on oikea tulkinta.*” (Asiantuntija18)

Aineistosta nousee esiin, että suurin osa asiantuntijoista pitäytyy muodollisessa asiantuntijan roolissa ja suullisen kuulemisen jälkeen seuraava valiokunnan yhteydenotto on virallinen sähköpostiviesti, kun lausuntoasia on valmistunut. Osa asiantuntijoista vaikuttaa enemmän kulisseissa siihen, mihin suuntaan valiokunta asiaa valmistele. Lausuntoa valmisteltaessa neuvokset ja jäsenet voivat olla epävirallisesti yhteydessä luottoasiantuntijoihin. Lisäksi osa asiantuntijoista saattaa antaa suoraan palautetta valiokunnan puheenjohtajistolle ja neuvoksille, jos asia ratkaistaan heidän mielestään väärällä tavalla tai väärin painotuksin.

4.5. Valtiosäntöasiantuntijoiden vallan kontrollointi

Kun asiantuntijoilla on edellä kerrotun mukaisesti varsin merkittävät vaikutusmahdollisuudet perustuslakivaliokunnassa, on oleellista kysyä, kuinka asiantuntijoiden valtaa kontrolloidaan. Oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty, että asiantuntijoiden omatessa perustuslain tulkinnassa näin keskeisen aseman, asiantuntijoiden valitsemiseen ja näiden vallankäytön kontrolloitavuuteen on väistämättä kiinnitettävä huomiota.⁷⁰

Asiantuntijoiden kirjalliset lausunnot julkaistaan eduskunnan internetsivulla perustuslakivaliokunnan lausunnon valmistuttua. Lisäksi perustuslakivaliokunnan sivuilla julkaistaan sekä valiokunnan kokousten esityslistat että kokousten pöytäkirjat. Esityslistoista, pöytäkirjoista ja valiokunnan lausunnosta käyvät ilmi, keitä asiantuntijoita on kuultu. Edellä mainituista asiakirjoista ei kuitenkaan ilmene, mitä suullisessa kuulemisessa asiantuntijoilta on kysytty tai ovatko asiantuntijat mahdollisesti täydentäneet tai muuttaneet kirjallista lausuntoaan suullisessa kuulemisessa. Muutettuja kantoja ei kirjata mihinkään ja ne jäävät siten julkisuudelta piiloon.

Oikeuskirjallisuudessa on nostettu esiin, että perustuslakivaliokunnan päätöksenteko tapahtuu paitsi suljettujen ovien takana valiokunnan kokouksissa, myös kokousten ulkopuolella epävirallisin yhteyksin. Tällöin valiokunnan ul-

70. Rieppula 1973, s. 311–325 ja s. 354–356; Länsineva 1991, s. 281.

kopuolisten mahdollisuus kontrolloida asiantuntijoiden esittämien perustuslain tulkintaa koskevia kannanottoja on itse asiassa hyvin vähäinen.⁷¹ Myös tämän aineiston valossa oikeuskirjallisuudessa esitetyt havainnot pitävät paikkansa. Valiokunnan päätöksentekovaihe ei tyhjene kokoushuoneeseen, vaan neuvokset ja osa jäsenistä ja asiantuntijoista jatkavat neuvotteluja lausuntoluonnoksen sisällöstä kokousten ulkopuolella.

Asiantuntijoiden valtaa voitaisiin kontrolloida julkisuuden avulla. Sen tekee kuitenkin lähes mahdottomaksi se, että asiantuntijoiden kannoista ainoastaan kirjalliset lausunnot tulevat julkisuuteen, ja niistä irtaantuvat argumentit ilmaistaan suullisessa kuulemisessa suljettujen ovien takana. Lisäksi asiantuntijat ovat varsin pidättyväisiä kertomaan kannoistaan mediajulkisuudessa.⁷² Tämän vuoksi asiantuntijavallan pääasiallinen kontrollointi täytyy tapahtua valiokunnan jäsenistön ja neuvosten kautta. Kuten eräs pitkäaikainen neuvos tuo esiin: *”että ne edustajat tunnistaa sen asiantuntijoiden käyttämän vallan ja pystyy itse arvioimaan kriittisesti niitä lausuntoja.”* (Neuvos1) Sen lisäksi että perustuslakivaliokunnan jäsenillä on mahdollisuus vaikuttaa asiantuntijavalintoihin, niin jäsenet muodostavat itsenäiset kantansa asiantuntijoiden esittämistä kannanotoista. Eduskuntaryhmät eivät ohjeista kansanedustajiaan perustuslakivaliokunnan päätöksenteossa.⁷³ Tarve jäsenten itsenäiselle ja riippumattomalle päätöksenteolle nostetaan useampaan kertaan esiin kaikkien ryhmien haastatteluisia.

Haastateltavat peräänkuuluttavat yhteisesti sitä, että valiokunnan jäsenten pitäisi olla kiinnostuneita käsiteltävistä asioista ja käyttää aikaansa asioihin perehtymiseen, jotta jäsenet eivät olisi niin sanotusti asiantuntijoiden vietävissä: *”se on ihan [jäsenten] osaamisesta ja kyvykkyydestä kiinni, että kuinka paljon ne asiantuntijat itseasiassa vaikuttaa.”* (Jäsen9) Aineistosta käy ilmi, että vain osa valiokunnan jäsenistä on aidosti kiinnostunut ja perillä perustuslainmukaisuuden valvontaan liittyvistä kysymyksistä ja näin ollen ainoastaan osa valiokunnan jäsenistä pystyy arvioimaan asiantuntijoiden argumentaation kestävyyttä ja laatua.⁷⁴ Näin ollen vastuu rajoittaa ja valvoo asiantuntijoiden valtaa keskittyä pienelle piirille.

Asiantuntijavaltaa tutkittaessa on tuotu esiin, että asiantuntijavetoisissa prosesseissa ei juuri ole tilaa poliittisia kysymyksiä koskeville konflikteille, eikä poliitikoilla ole tavallisesti halua haastaa asiantuntijoiden kantoja.⁷⁵ Tämä havainto nousee esiin myös tästä aineistosta. Lisäksi asiantuntijavetoisen prosessin kautta

71. Pauli Rautiainen, Maakuntatsehallinto perustuslakivaliokunnan ja sen kuulemien asiantuntijoiden määrittelemänä. Focus Localis 4/2018, s. 31–48, 47; Länsineva 1991, s. 281 ja s. 284–285.

72. Valtiosääntöasiantuntijoiden suhteesta julkisuuteen, ks. Harjuniemi – Dahlberg – Kantola 2022, s. 13–18.

73. Ks. esim. Länsineva 1991, s. 281.

74. Ks. lisää Dahlberg 2021b, s. 751.

75. Vanheuverzwijn – Crespy 2018; Elomäki – Marttinen 2021, s. 48–49.

syntyneitä tulkintoja on vaikea haastaa ulkoapäin, sillä keskustelut on käyty julkisuudelta piilossa.⁷⁶

Asiantuntijoiden valtaa rajoitetaan valiokunnan jäsenten aktiivisuuden lisäksi ennen kaikkea sillä, että valiokunta nojautuu viime kädessä valiokuntaneuvosten asiantuntijuuteen ja heidän arvioonsa siitä, kenen asiantuntijan näkemyksen mukaan olisi perustelluinta edetä.⁷⁷ Valiokuntaneuvosten osaaminen nostetaan tärkeäksi tekijäksi tasapainottamaan asiantuntijoiden valtaa: ”*että valiokunnan virkamieskunta on myös riittävän osaava, eli vastapainoja sille asiantuntijavalalle.*” (Neuvos1)

Erityisesti jäsenet tuovat esille, että asiantuntijoilla on julkisuuden kautta merkittävät mahdollisuudet vaikuttaa myös perustuslakivaliokunnassa käsiteltäviin asioihin. Tämän vuoksi mahdolliset keinot rajoittaa asiantuntijoiden valtaa perustuslakivaliokunnassa on jättää joko julkisuudessa aktiivisesti esillä olevia asiantuntijoita kutsumatta perustuslakivaliokunnan kuultavaksi tai kuulla aktiivisesti julkisuudessa olevia asiantuntijoita ainoastaan muodon vuoksi. Kuten eräs jäsen kuvaa: ”*joidenkin asiantuntijoiden painoarvo voi tippua, että heitä saatetaan kutsua, mutta sitten se arvostus niihin lausuntoihin saattaa heikentyä.*” (Jäsen5) Aineistosta nousevat havainnot asiantuntijoiden julkisten esiintymisten negatiivisista vaikutuksista perustuslakivaliokunnan asiantuntijuuteen on varsin arveluttavaa asiantuntijoiden sanan- ja mielipiteenvapauden sekä yliopistojen yhteiskunnallisen vaikuttavuuden näkökulmista. Haastateltavat tuovat esiin tasapainon löytämisen niin, että yhtäältä asiantuntijoiden sananvapaus turvataan, ja toisaalta asiantuntijat olisivat pidättyväisiä kommentoimaan perustuslakivaliokunnan keskeneräisiä asioita julkisuudessa.⁷⁸

Haastatteluissani nousee esiin, että suullisessa kuulemisessa asiantuntijoita voidaan ”*laittaa tiukoille*” (Jäsen10) ja jäsenet voivat pyytää tarkennuksia ja lisäperusteluja asiantuntijan lausunnossaan esittämiin näkökulmiin. Asiantuntijavaltaa kontrolloidaan myös kuulemalla asiantuntijoita mahdollisimman laajasti. Kun asiantuntijatieto on tarpeeksi laaja-alaista ja moniäänistä, valta ei kasaannu vain pienelle ja homogeeniselle asiantuntijaryhmälle. Asiantuntijoita myös kannustetaan kommentoimaan toistensa näkökantoja suullisissa kuulemisissa, jolloin asiantuntijoiden itsekontrolli rajoittaa heidän käyttämänsä valtaa. Eräs pitkäaikainen asiantuntija kuvaa asiantuntijoiden itsekontrollia seuraavasti: ”*pitää puhua tavalla, josta kehtaan kollegoidenkin keskuudessa jälkeenpäin olla sitä samaa mieltä.*” (Asiantuntija26) Asiantuntijoiden valtaa tasapainottaa myös se, että suullisessa kuulemisessa on paikalla myös lakiehdotuksen valmistelleen ministeriön virkamies ja usein myös oikeusministeriön edustaja.

76. Perustuslakivaliokunnan päätöksenteon ja prosessien läpinäkyvyydestä, ks. lisää Dahlberg 2021a.

77. Valiokuntaneuvosten merkittävästä asemasta perustuslakivaliokunnassa, ks. Dahlberg 2021b.

78. Ks. lisää Harjuniemi – Dahlberg – Kantola 2022, s. 15.

Asiantuntijavaltaa rajoittaa myös perustuslakivaliokunnan vakiintunut tulkintatraditio ja valtiosääntöoikeuden oikeudenalalla voimassa olevat tulkintadoktriinit. Jos valiokunnalla on vakiintunut tulkintakäytäntö tietystä perustuslain tulkintakysymyksestä, niin asiantuntijan on vaikea perustella vastakkaista tulkintakannanottoa: ”[eräs asiantuntija] omien yhteiskunnallisten näkemystensä perusteella ei ehkä olisi ollut ajamassa tietynlaista tulkintaa, mutta hän tiesi, että kun tietty tulkinta on pitkään ollut olemassa ja se on profession sisällä hyväksytty tulkinta, niin hän ei voi lähteä väittämään jotakin ihan muuta.” (Asiantuntija26)

Aineistosta nousee esiin myös vaikeudet, miksi asiantuntijoiden valtaa voi olla vaikeaa rajoittaa perustuslakivaliokunnassa. Jäsenten haastatteluista käy ilmi, että asiantuntijat ovat varsin ”herkkänahkaisia” (Jäsen2). Osa haastatteluista nostaa esille tilanteita, joissa asiantuntijat ovat närkästyneet valiokuntajäsenen joko julkisuudessa tai valiokuntakuulemisessa esittämistä kommentteista ja ilmoittaneet, etteivät ole toistaiseksi valiokunnan käytettävissä. Vaarana on, että pyritäessä kontrolloimaan asiantuntijoiden valtaa asettamalla erilaisia vaatimuksia heidän toiminnalleen tai kyseenalaistamalla heidän kantojansa, asiantuntijat eivät enää halua olla käytettävissä perustuslakivaliokunnassa. Eräs pitkäaikainen valiokuntajäsen kuvaa, kuinka asiantuntijat näkevät kontrollointikeinot helposti ”heidän expertiisin kyseenalaistamisena” (Jäsen14).

Asiantuntijoiden kontrollointi voi heikentää asiantuntijatiedon riippumattomuutta ja puolueettomuutta.⁷⁹ Asiantuntijavallan kontrollointi lausuntoja kyseenalaistamalla vaatisi sen, että kansanedustajat pystyvät arvioimaan valiokunnassa käsiteltävien asioiden vaativia ja monimutkaisia kysymyksiä nimenomaan valtiosääntöoikeudellisesti. Tähän ei nykymallissa ole mahdollisuutta, joten keskeisenä tapana rajoittaa yksittäisten asiantuntijoiden valtaa on laajentaa asiantuntijajoukkoa. Lisäksi keinona nähdään yhteisistä pelisäännöistä keskustelemisen. Mediajulkisuuden osalta on käyty asiantuntijoiden kanssa pelisääntökeskustelua.⁸⁰ Tätä keskustelua haastateltavat toivovat laajennettavaksi myös asiantuntijan sidonnaisuuksiin: asiantuntijan tulisi avoimesti kertoa, jos hän on antanut asiasta lausuntoja esimerkiksi ministeriölle tai etujärjestöille ja jos hän on tehnyt yhteistyötä muiden asiantuntijoiden kanssa.

4.6. Asiantuntijavallan seuraukset perustuslakivaliokunnassa

Asiantuntijavetoinen päätöksentekojärjestelmä johtaa helposti siihen, että asiantuntijuuden alaan liittyvä erityiskieli ja -tapa jäsentää keskeiset kysymykset tulevat hallitseviksi. Kysymykset politiikan oikeudellistumisesta tai oikeuden

79. Keskeinen kriteeri valtiosääntöoikeusasiantuntijuudessa on asiantuntijatiedon riippumattomuus ja objektiivisuus. Ks. lisää Dahlberg 2022.

80. Ks. lisää Harjuniemi – Dahlberg – Kantola 2022, s. 15.

politisoitumisesta ovat aidosti esillä perustuslakivaliokunnan kohdalla. Haastatteluissani jäsenet tuovat esiin, kuinka jäsen oppii hiljalleen pukemaan poliittiset kannanottonsa oikeudellisiksi argumenteiksi ja sitomaan ne asiantuntijoiden kantoihin. Erään neuvoksen haastattelussa käy ilmi, että uudet perustuslakivaliokunnan jäsenet saavat jonkun ajan valiokunnassa istuttuaan ”*juonesta kiinni*” (Neuvos7) eli ymmärtävät, minkälainen vaikutus asiantuntijoilla on valiokunnan päätöksentekoon. Kun jäsenet ymmärtävät, että valiokunnan päätöksenteko perustuu vahvasti asiantuntijakantoihin, jäseniä alkaa kiinnostamaan myös asiantuntijavalinnat, varsinkin poliittisesti tai yhteiskunnallisesti merkittävässä asioissa.

Kuten edellä on todettu, asiantuntijavetoisessa päätöksenteossa on tavalista, että keskustelut ja päätökset tehdään julkisuudelta piilossa. Tällä tavoin vältetään julkinen keskustelu ja asioiden niin kutsuttu väärä politisoituminen.⁸¹ Perustuslakivaliokunnan kohdalla menettelyyn liittyvä ei-julkinen luonne ei ole ensisijaisesti selitettävissä päätöksentekoprosessin asiantuntijavetoisuudella. Valiokuntien kokousten ei-julkisesta luonteesta säännellään jo perustuslain tasolla (PL 50.2 §). Asiantuntijainstituutio sopii kuitenkin luontevasti osaksi prosessia, joka jo lähtökohdiltaan ei ole julkista.

Asiantuntijavaltaa tutkittaessa on tuotu esiin, että oikeudellisten asiantuntijoiden toimiessa yhteiskunnallisen päätöksenteon osana he tahtomattaankin vaikuttavat siihen, miten todellisuus hahmotetaan, mitä asioita korostetaan ja miltä todellisuus lopulta näyttää.⁸² Haastatteluissani tilannetta kuvataan samoin. Valtiosääntöasiantuntijat nostavat käsiteltävästä lakiehdotuksesta esiin nimenomaan perustuslain ja kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kannalta keskeisiä asioita ja katsovat säänneltävää kokonaisuutta ennen kaikkea valtiosääntöisten linssien lävitse. Tässä tulkinnassa korostuvat yksilöiden oikeudet, oikeusturva ja oikeusvaltioon liittyvät vaatimukset. Kuten eräs pitkäaikainen valiokunnan jäsen kuvaa: ”*varsinkin näissä turvallisuuteen liittyvissä, kun kovin eksaktisti rajataan tutkintakeinoja tai puuttumiskeinoja, niin sitten pitäisi kuitenkin miettiä, että miten se sama turvallisuusvaikutus yhteiskunnalle tai näille mahdollisille uhreille saavutetaan.*” (Jäsen13)

Ilmeisenä uhkakuvana asiantuntijavetoisessa järjestelmässä on, että demokraattisesti valitut poliittiset päättäjät sivuutetaan teknokraattisilla prosesseilla ja asiantuntijatiedon korostamisella.⁸³ Neuvokset korostavat yksiselitteisesti, että valiokunta ei ole asiantuntijoiden vietävissä ja että: ”*yksikään asiantuntija ei ole siinä asemassa, että voisi yksin määrittellä valiokunnan kannan asiaan.*” (Neuvos2) Jäsenten kohdalla on kaksi vastakkaista tapaa nähdä perustuslakivaliokunnan päätöksenteon asiantuntijavetoisuus. Yhtäältä osa jäsenistä painottaa asiantun-

81. Elomäki – Marttinen 2021, s. 48; Crespy – Schmidt 2017, s. 108.

82. Leander – Aalberts 2013, s. 792.

83. Ks. esim. Christensen – Hesstvedt 2019; Christensen 2018; Vibert 2007.

tijoiden keskeisyyttä päätöksenteossa jopa niin pitkälle, että asiantuntijoiden ei tulisi jättää valiokunnalle kovinkaan paljoa liikkumavaraa: ”*silloinhan se vesittäisi niiden asiantuntijoiden lausuntojen merkitystä ja vahvuutta, jos meille jätettäisiin paljon liikkumavaraa.*” (Jäsen5) Toisaalta taas osa jäsenistä korostaa, että päätöksenteko on viime kädessä aina valiokunnalla.

Tietopohjainen politiikka on antanut enemmän vastuuta asiantuntijoille, jolloin toisinaan hyvinkin epävarman asiantuntijatiedon perusteella määritellään politiikan reunaehjoja.⁸⁴ Haastatteluissani tämä havainto nousee esiin välillisesti. Osa asiantuntijoista nostaa kriittisesti esiin kysymyksen, voiko sama asiantuntija olla asiantuntijana kaikissa mahdollisissa kysymyksissä ja millaisen asiantuntijatiedon varassa päätöksiä tällöin tehdään.⁸⁵ Lisäksi tuodaan esille, että perustuslakivaliokunnan tulisi kuulla myös muiden tieteenalojen asiantuntijoita, jos kysymys koskee esimerkiksi terveysturvallisuutta tai talouteen liittyviä erityiskysymyksiä. Kuten eräs asiantuntija kuvaa: ”*jos me ajatellaan esimerkiksi perustuslain 82 §:ää, jossa puhutaan siis budjettisuveeniteetistä ja eduskunnan taloudellisesta vallankäytöstä, niin onhan se kornia, että taloustieteilijöitä ei tällaisessa asiassa kuulla. Koska silloin me puhutaan käytännössä takausjärjestelyistä, korkotasoista ja luottoluokituksista. Me puhutaan asioista, jotka oikeastaan ei ole juristien osaamisalueella.*” (Asiantuntija1)

Jäsenet ja neuvokset kuitenkin näkevät vaarana perustuslakivaliokunnan politisoitumisen, jos perustuslakivaliokunta kuulisi muita kuin valtiosääntöoikeuden asiantuntijoita: ”*on täysin naiivia näyttää uutisia, että tieteellä ei ole maailmankatsomusta. Sosiaali- ja terveystieteet ja taloustieteet erityisesti, erittäin voimakkaita eriäviä käsityksiä, että miten maailma pitäisi maata. Mutta valtiosääntöasiantuntijoiden osalta tällaista eroavaisuutta ei hirveästi ole.*” (Jäsen9)

4.7. Asiantuntijavallan toinen puoli

Samaan aikaan kun asiantuntijoiden roolin yhteiskunnallisessa päätöksenteossa on osoitettu yhtäältä kasvaneen, niin toisaalta asiantuntijoiden roolia on kuvattu myös täysin päinvastaisella tavalla. Tässä narratiivissa asiantuntijoita kutsutaan ”hyödyllisiksi idiooteiksi” (*useful idiots*) tarkoittaen sitä, kuinka asiantuntijoita hyödynnetään politiikan tekemisen välineenä. Tämän mukaan asiantuntijoilla ei ole itsenäistä valtaa vaikuttaa yhteiskunnallisiin päätöksiin, vaan asiantun-

84. Poutanen – Juntunen – Lahtinen 2020, s. 4; Ronkainen 2019.

85. Valtiosääntöoikeudellisen asiantuntijuuden määrittelystä ja asiantuntijuuden kriteereistä, ks. Dahlberg 2022.

tijatietoa käytetään paitsi valikoidusti ja symbolisesti myös keinona saavuttaa erisuuntaisia poliittisia tavoitteita.⁸⁶

Poliitikot haluavat usein antaa vaikutelman, että poliittinen päätöksenteko on rationaalista ja puolueettomaan tietoon perustuvaa. Tätä vaikutelmaa vahvistetaan perustamalla asiantuntijoista koostuvia työryhmiä ja komiteoita. Kuitenkin tosiasiaassa poliitikot valitsevat usein päätöksen taustaksi sen asiantuntijatiedon, joka palvelee heidän poliittisia päämääriään. Tässä tapauksessa asiantuntijoilla on hyvin vähän itsenäistä asemaa ja vaikutusta yhteiskunnalliseen päätöksentekoon.⁸⁷

Haastatteluistani käy ilmi, kuinka valtiosääntöoikeudellisia argumentteja ja asiantuntijoiden esittämiä kantoja käytetään valikoidusti sen mukaan, mitkä argumentit tukevat jäsenen omaa poliittista kantaa: *”haetaan vähän sellaista argumenttia, joka edesauttaisi mun poliittista tai mun puolueen poliittisia tavoitteita. Kyllä siinä se ilmiö on totta, että kyllä niitä haetaan korvasyihin.”* (Jäsen4) Pelin henki on lyhykäisyydessään se, että jos jäsen haluaa saada päätöstä esimerkiksi konservatiivisempaan suuntaan, niin hän tietää, keiltä asiantuntijoilta täytyy saada lausunto: *”mä yritän perehtyä siihen asiaan ja myös miettiä, kuka asiantuntija toisi näkemyksiä sille, mitä mä haluan. Tältä pohjalta olen toistuvasti esittänyt eri asiantuntijoita kuultavaksi.”* (Jäsen8) Jäsenet nostavat erityisesti esiin EU-asiat perustuslakivaliokunnassa, jolloin *”tietää jo ennen asian käsittelyä, että tietty asiantuntija toivotaan paikalle, koska hänellä on vahvempi kanta tiettyyn suuntaan.”* (Jäsen5)

5. Lopuksi

Merkittävä tutkimustulos analysoitaessa valtiosääntöasiantuntijoiden valtaa perustuslakivaliokunnassa on, että osalla asiantuntijoista voi olla hyvinkin paljon valtaa perustuslakivaliokunnassa. Valta ei kuitenkaan jakaudu tasaisesti asiantuntijoiden kesken ja valta voi olla myös hyvin sattumanvaraista. Usein valtaa on eniten niillä asiantuntijoilla, joilla on läheiset välit neuvoksiin ja joilla on pitkä historia valiokunta-asiantuntijana. Näillä luottoasiantuntijoilla on mahdollisuus vaikuttaa myös virallisten kuulemistilaisuuksien ulkopuolella siihen, mikä tulokinta otetaan lausunnon pohjaksi.

86. Christensen 2021b. Samaa ilmiötä kutsutaan myös varjohallinnaksi, jossa ei niinkään korosteta asiantuntijoiden valtapyrkimyksiä, vaan sitä kuinka tieteellistä tutkimusta voidaan käyttää poliittisten päätösten suojaverhona, ks. Ylöstalo 2020a.

87. Ks. esim. Annabelle Littoz-Monnet, *Governing through Expertise: The Politics of Bioethics*. CUP 2020.

Toisaalta asiantuntijavalta perustuslakivaliokunnassa on hyvin vaikeasti ennustettavissa, sillä valiokunnan kokoonpano ja valiokunnan sisäinen dynamiikka sekä asioiden poliittisuus ja yhteiskunnallinen merkittävyys voi heilauttaa valiokunnan päätöksentekologiikan toimimaan niin päin, että haetaan asiantuntijan kannanottoa, jolla päästään haluttuun lopputulokseen. Pääasiallisesti valiokunnan päätöksenteko on asiantuntijavetoista, mutta poliittisesti herkissä kysymyksissä päätöksenteon logiikka voi mennä toisinpäin. Eräs pitkäaikainen asiantuntija kuva: ”kyllähän se järjestys, toivon ainakin, että se on perusteesta kannanottoon eikä kannanotosta perusteeseen.” (Asiantuntija28) Vahvasti poliittisesti latautuneissa asioissa keskeiseen asemaan nousevat ne asiantuntijat, jotka antavat välineet valiokunnan enemmistölle saavuttaa haluttu lopputulos. Keskeisiä tekijöitä asiantuntijatiedon omaksumisessa osaksi päätöksentekoa ovat yhtäältä tiedon joustavuus ja avoimuus ja toisaalta tiedon selkeys ja yksinkertaisuus. Yhtenä perusteena asiantuntijatiedon omaksumisessa osaksi yhteiskunnallista päätöksentekoa on korostettu tiedon tunteellisuutta sekä tiedon istuvuutta siinä yhteiskuntapoliittisessa kontekstissa, jossa se esitetään.⁸⁸

Asiantuntijakuulemisen merkitystä perustuslakivaliokunnassa pitää lähestyä laaja-alaisemmin kuin pelkästään keskittymällä pistemäisesti siihen, noudattiko perustuslakivaliokunta asiantuntijoiden kantoja tai kenen asiantuntijan näkemystä valiokunta seurasi. Valtiosääntöoikeudellinen doktriini on pitänyt tärkeimpänä perustuslakivaliokunnan legitimititeettikriteerinä sitä, että perustuslakitulkinnot perustuvat asiantuntijoiden kannanottoihin.⁸⁹ Kriteeriä ei kuitenkaan voitane tulkita niin, että perustuslakivaliokunta olisi sidottu asiantuntijoiden kantoihin, vaan pikemminkin niin, että asiantuntijoiden lausunnot ovat valiokunnan kannanmuodostuksessa mukana nimenomaan neuvoa-antavassa mielessä.

Tutkimuksellisesti kiinnostavia jatkokysymyksiä ovat esimerkiksi, mikä vaikuttaa oikeudellisen neuvonannon legitimiisyyteen ja millaisissa olosuhteissa asiantuntijoiden kantoja noudatetaan. Tai jos asiantuntijoiden kantoja ei ole noudatettu, oliko neuvonannolla kuitenkin jokin merkitys päätöksentekoon. Mikä tämä merkitys oli? Jos neuvonanto esimerkiksi kirittää päättäjiä keskinäiseen dialogiin, silloin neuvonanto vahvistaa keskustelevaa demokratiaa (*deliberative democracy*). Jos asiantuntijoiden kuuleminen kannustaa päättäjiä harkitsemaan syvällisemmin, silloin asiantuntijakuulemisella on ollut varsin

88. Ks. kokoavasti Christensen 2021a, s. 461.

89. Ks. perustuslakivaliokunnan legitimitietin kriteereistä Juha Lavapuro, Perustuslakivaliokunnan arvovalta ja valtiosääntökulttuurin murros, s. 223–237 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Olli Mäenpää – Tuomas Ojanen (toim.), Juhlajulkaisu Mikael Hidén 1939 – 7/12 – 2009. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009, s. 229; Mikael Hidén, Perustuslakivaliokunnan rooli Suomen valtiollisessa järjestelmässä, s. 1–10 teoksessa Markus Aarto – Markku Vartiainen (toim.), Oikeus kansainvälisessä maailmassa – Ilkka Saraviidan juhlaKirja. Edita 2008, s. 5.

perusteltu funktio päätöksenteossa.⁹⁰ Tällöin huomion keskipisteessä ei ole se, onko asiantuntijoiden kantoja noudatettu, vaan huomio kiinnittyy asiantuntijakuulemisen funktioon lisätä demokraattisesti valittujen päättäjien tietoisuutta ja keskinäistä dialogia sekä oikeudellisen ratkaisun perustelujen tasoa.

Perustuslakivaliokunnan asiantuntijavallan laajuuden ja muotojen tutkimisen lisäksi on tärkeää nostaa katse myös asiantuntijakuulemisen yleisempiin seurauksiin ja vaikutuksiin. Mielenkiintoinen kysymys esimerkiksi on, voisiko asiantuntijakuulemisten keskeinen tehtävä olla pikemminkin valiokunnan kannustaminen monipuolisempaan ja syvällisempään valtiosääntöiseen argumentaatioon, kuin huomion kiinnittäminen pelkästään siihen, kuinka valiokunta noudattaa asiantuntijoiden kantoja. Tulevissa tutkimuksissa voisi olla hyödyllistä siirtää tutkimuksellinen huomio laajemmaksi ja tarkastella asiantuntijavallan lisäksi sitä, voisivatko asiantuntijakuulemiset kirittää valiokuntaa keskustelemaan laajemmin ja argumentoimaan syvällisemmin valtiosääntöoikeudellisista kysymyksistä. Lisäksi asiantuntijakuulemisten ymmärtäminen ensisijaisesti valiokunnan sparraajana voisi poistaa työtaakkaa yksittäisten asiantuntijoiden harteilta ja lieventää asiantuntijoiden keskinäistä kilpailua siitä, kenen näkemys valiokunnassa lopulta voittaa. Tällä tavoin valiokunnan ei tarvitsisi valita, kenen asiantuntijan kantaa noudatetaan, vaan asiantuntijoiden kannat nähtäisiin toisiaan täydentävinä ja keskustelua virittävinä. Asiantuntijoiden ei tarvitsisi tasapainoilla neuvonannon ja päätöksentekoon vaikuttamisen välimaastossa. Vasta-argumenttina täytyy toki muistaa valiokunnan politisoituminen. Asiantuntijalausuntojen noudattamisen on ajateltu varmistavan sen, että valiokunta pysyy oikeudellisessa harkinnassa. Näkisin kuitenkin, että tässä tehtävässä keskeisessä asemassa ovat valiokunnan valiokuntaneuvokset, joita voidaan kuvata perustuslakivaliokunnan oikeudellisen arvioinnin puolustajiksi.⁹¹

90. de Poorter – van der Schyff – Stremmer – De Visser 2021, s. 7.

91. Valiokuntaneuvokset perustuslakivaliokunnan oikeudellisen arvioinnin puolustajina, ks. Dahlberg 2021b, s. 782–783.

Expert evidence in the Constitutional Law Committee of the Parliament of Finland – Background, forms, and problems of the authority of constitutional law experts

MAIJA DAHLBERG, LL.D., Senior Lecturer, Academy of Finland Postdoctoral Fellow, University of Eastern Finland

In the Finnish legal system, the Constitutional Law Committee of the Parliament ('CLC') has the main responsibility for previewing the constitutionality of legislation. This system is unique in international comparison, as the supervision of the constitutionality of laws is normally assigned to the courts. Like any parliamentary committee, the CLC is composed of Members of Parliament and its composition follows the general political distribution of seats in Parliament. In its deliberations, the CLC regularly takes evidence from external constitutional law experts to assess the bill's relationship with the Constitution and international human rights treaties. Constitutional law experts are regularly consulted on every statement and opinion of the CLC. Unlike other parliamentary committees, the experts determine the limits within which the CLC can make decisions. The relevance of the experts' opinions is made concrete by the fact that when experts are unanimous, the CLC is *de facto* bound by that position. The role of constitutional law experts in Finnish constitutional preview is thus very important, but their actual influence on the CLC's decision-making has been little studied. It has been repeatedly pointed out in the legal literature that questions relating to the selection of experts by the CLC, the authority of these experts, and their control should be further examined.

The author analyses the authority of constitutional law experts in the CLC. Firstly, she explains what makes the authority possible and what kind of authority is involved. Secondly, she answers the question of how the authority of experts is distributed in the CLC and how the experts exercise that authority. Thirdly, she examines how the authority of experts is controlled and the general consequences of expert authority for the CLC. The article is based on thematic interviews (N=49) with civil servants, members of the CLC, and constitutional law experts consulted by the CLC.

Varallisuusosoikeuden huomen

HAKUSANAT: varallisuusosoikeus, yleiset opit, vastuu, oikeusperiaatteet, policy

Juridiikka hengittää vain, kun se ottaa huomioon ulkopuolensa.
(Emmanuel Levinas'n filosofiasta lausumaa mukailien)

1. Aluksi: eikö mitään uutta auringon alla?

Vuosikymmenten valmistelun jälkeen *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) eli Saksan siviililakikirja oltiin saamassa valmiiksi 1800-luvun lopulla. BGB:hen kaavailtiin systemaattista perusratkaisua sopimuksen syntyajankohdan määrittelylle. Tarkoituksena oli erottaa toisistaan läsnä olevien välillä eli kasvokkain tehtävät sopimukset, jolloin sitova sopimus syntyi heti kun tarjoukseen oli annettu hyväksyvä vastaus, ja poissa olevien välillä esimerkiksi kirjeitse tehtävät sopimukset, jolloin sopimus syntyi vasta kun tarjouksen tekijä oli ottanut selon postitse saamastaan hyväksyvästä vastauksesta. Sitten tapahtui jotakin ennenkuulumatonta. Puhelin keksittiin. Tuon ajan nuoret radikaalit sivistit, joita ei luonnollisestikaan ollut päästetty mukaan valmistelutyöhön, kirjoittivat kriittiseen sävyyn siitä, miten koko pitkä ja perusteellinen valmistelu oli mennyt metsään tuon uuden teknologisen keksinnön myötä. Puhelimessahan oltiin välittömässä puhekontaktissa, vaikka ei oltukaan kasvokkain. ”Imperiumin vastaisku” tuli heti ja armotta. Systemaattiseen perusratkaisuun ei koskettu. Sen sijaan BGB:n sopimuksen syntyä sääntelevään pykälään lisättiin uusi momentti siitä, pidetäänkö puhelimitse tehtyä sopimusta läsnä olevien välillä tehtynä vai ei.

Helsingissä järjestettiin vuonna 2019 Pohjoismaiset varallisuusosoikeuspäivät. Ne pitävät yllä ja jatkavat yhteistä pohjoismaista varallisuusosoikeuden perinnettä. Päivillä keskusteltiin muun muassa lohkoketjujen merkityksestä sopimusosoikeudelle ja globaaleihin arvoketjuihin (*Global Value Chain* eli GVC) liittyvistä vahingonkorvausvastuista. Näistä uusista ilmiöistä innostuneet nuoremmat tutkijat saivat monilta heitä kommentoineilta varttuneilta kollegoiltaan isällisen ystävälliseen sävyyn esitetyn, mutta sisällöltään tyrmäävän vastaiskun: perinteinen käytännönläheinen pohjoismainen varallisuusosoikeus pystyy ongelmitta syste-

* Juha Karhu, OTT, professori emeritus.

maattisesti jäsentämään ja suuntaamaan harkintaa myös uusien (lue: kaikkien uusien) ilmiöiden suhteen. Kysymys on vain kyvystä ymmärtää tuo kestäväksi osoittautunut perinteinen järjestelmä ja taidosta sen asianmukaiseen soveltamiseen.

Näitä kahta muuten toisistaan varsin irrallista tapahtumaa yhdistää niissä ilmenevä julkilausumaton tausta-ajatus. Varallisuusoikeuden huomen olisi sen eilissä. Eikö juridiikassa todellakaan ole mitään uutta auringon alla?

Olen sekä samaa mieltä että eri mieltä. Olen samaa mieltä siitä, että oikeudellisten järjestelmien ja juridisten ajattelutapojen (eli doktriinien) muutosta tehtäessä on oltava ymmärtävä ja syvä eli perusteisiin asti ulottuva katse taaksepäin.¹ Olen eri mieltä siitä, mikä on tuon katseen lähtöpiste. Toisin kuin nuo 1800-luvun lopun saksalaiset ”*die herrschende Meinung*”in edustajat tai jotkut oman boomer-sukupolveni pohjoismaiset kollegat pidän tulevaisuutta nykyhetkeä relevantimpana lähtöpisteenä. Ei riitä, että pystymme nykyisellä ajattelutavalla jotenkuten selviämään uusien ilmiöiden aiheuttamista varallisuusoikeudellisista ongelmista rikkomatta vallitsevaa järjestelmää. *Meidän tulee katsoa nykyhetkeä myös ja ennen kaikkea tulevaisuuden perspektiivistä, meidän tulee katsoa tätä päivää huomisen näkökulmasta.* Vain siten pystymme tunnistamaan tarpeen uusille systeemi-ideoille ja sijoittamaan ne ajattelutapojen muutosta edellyttäviksi ”kiviksi kengissä” nykysysteemiin kuitenkin rikkomatta täysin nykyistä järjestelmää. Vain näin juridiikka voi saada jarrumiehen osan sijasta roolin yhtenä muutoksen tekijöistä.

Mutta miksi juridiikan pitäisi olla osa muutosta? Miksi pelkkä jarrumiehen rooli ei riitä? Siitä, että juridiikka on mukana muutoksessa, on pidettävä huolta² kaiken juridiikan viimekätisen oikeutuksen eli oikeudenmukaisuuden vuoksi. Juridiikan perimmäinen vaatimus oikeudenmukaisuuden toteuttamisesta tässä ja nyt edellyttää katseen kohdistamista nykyhetkeen ei vain menneestä vaan myös tulevasta. Vain näin turvataan samanaikaisesti jatkuvuus ja liike, perinne ja muutos. Vain näin voidaan yhdellä ja samalla juridisella ratkaisulla tehdä oikeutta eilislle, tälle päivälle ja huomislle.

1. Ks. kirjoitukseni Juha Pöyhönen, Oikeustieteen ajanmukaisuus. Lakimies 1997, s. 357–375 sekä teemanumerossa Lakimies 3/1997 ilmestyneet muut kirjoitukset. Ks. esimerkkinä tutkimuksista, joissa on tässä tarkoittamani ymmärtävä ja syvä katse taaksepäin esimerkiksi Päivi Paasto, Omistuksen juuret: omistusoikeuden perustelua koskeva oppihistoriallinen tutkimus. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004 ja Mika Viljanen, Vahingonkorvauksen määrä: tutkimus vahingoista ja rahoista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008.

2. Käytän tässä huoli-termiä samassa merkityksessä kuin Juho Rankinen väitöskirjansa nimen jälkiosassa Juho Rankinen, Rikosoikeudellinen huolimattomuus ja *huolesta rikosoikeuteen*. Helsingin yliopisto 2020 (korostus tässä) viittaamaan kiinnostukseen juridiikan ja sen tutkijoiden roolista oman tietensä tekijöinä.

2. Kohti velvollisuuksia asettavaa varallisuus oikeutta

Hannu Tolonen on teoksessaan ”Korko, raha ja sopimus” monipuolisesti ja yksityiskohtaisesti eritellyt sitä, miten korkokiellon varaan rakennettu vahvasti kano-nisen oikeuden leimaava keskiaikainen juridiikka taipui ja mukautui uuden ajan alussa tunnistamaan ja tunnustamaan kehittyvän kapitalismin tarpeiden mukai-sia lisäarvon hankkimistapoja. Korkokielto on paraatiesimerkki oman aikansa juridiikan dogmista eli oikeaan uskoon (lue: arvoihin) perustuvasta opinkappa-leesta. Tuon opin mukaan raha oli hedelmätön. Muutos alkoi siitä, että korkokiel-lon ei aluksi katsottu soveltuvan kauppiasrahaan. Tavarat halvalla hankkineen ja kalliilla myyvän kauppiaan katsottiin itse asiassa saavan korvauksen työstään ja osaamisestaan. Myöhemmin erityisesti Amsterdamin pörssin synty puolestaan vaikutti siihen, ettei myöskään sijoitusrahaa enää pidetty ”hedelmättömänä” vaan sallittuna tapana ansaita lisää tuotantotoiminnalle tarpeellista pääomaa.³

Tolonen tekee teoksessaan korkokieltoa ja rahaa käsitelleiden oikeustieteili-jöiden ja teologien tekstien tarkkaa lähilukua. Tältä pohjalta asiaa tarkastellen muutos ei ollut yhtäkkinen radikaali katkos. Muutos tapahtui vähitellen ja vai-heittain siten, että uusi kokonaisuus muodostui lukuisasta joukosta yksittäisiä poikkeuksia ja jo tehtyjen poikkeusten analogisista laajennuksista. Vasta toisiinsa liitettynä nämä yksittäiset poikkeukset tekivät yhdessä mahdolliseksi ison muu-toksen.

Tolosen piirtämä kuva juridiikan muutoksesta vastaa omaa käsitystäni siitä, miten varallisuus oikeus tulee muuttumaan 2000-luvun ensimmäisellä vuosi-sadalla. Nyt on aika kehittää tulevaisuuden tarpeiden ja välttämättömyyksiin kanssa yhä paremmin yhteensopivia ”pieniä” uusia juridisia doktriineja. Kun ne aikanaan yhdistyvät toisiinsa, saamme todistaa suurta muutosta.⁴⁵

Mutta onko nykyisenkaltaiselle oikeuksille asettavalle ja resursseja jakavalle varallisuus oikeudelle lainkaan sijaa huomisen maailmassa? *Mika Viljanen* on perustellusti asettanut kyseenalaiseksi sen, onko varallisuus oikeudelle sellaisena kuin sen nykyisin tunnemme tarvetta tulevaisuudessa. Oman aikamme varalli-

3. Hannu Tolonen, *Korko, raha ja sopimus: korkokielto ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntymisen ongelmana*. Lakimiesliiton Kustannus 1992.

4. Päivi Paasto kuvaa teoksessaan *Omistuksen juuret* (Paasto 2004) sitä, miten käsitys omistus-oikeuden yksinomaisuudesta ja rajoittamattomuudesta syntyi juridisissa opeissa tapahtuneiden vähittäisten yksittäisten muutosten kokonaisvaikutuksena. Myös Thomas Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsätt*. Kauppakaari 2001 tukeudutaan ”pienien hyvien vastuukertomuksien” kehittelyyn.

5. Juridiikan jatkuvasta heiluriliikkeestä apologian ja utopian välillä ks. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Cambridge University Press 2006. Ks. myös Martti Koskenniemi, *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power 1300–1870*. Cambridge University Press 2021 ja monimuotoisista tavoista liittää kansainvälisen oikeuden tarkastelut kulloisiinkin kansainvälisiin suhteisiin.

suusoikeudesta on hänen mukaansa tullut pikemminkin olennainen osa planeetaarisia ongelmia kuin osa tulevaisuuden turvaamisessa tarvittavia ratkaisuja. Käsillä olevista ja tulevista globaaleista kriiseistä selviäminen nimittäin edellyttää varallisuusoikeudelta oikeuksien antamisen sijasta velvollisuuksien asettamista.

”Antroposeenitulevaisuuksissa (antroposeenin aikakaudella ihmisten asema ja toiminta saa ”kolossaaliset” mittasuhteet, jotka rinnastuvat geologisiin kausiin, lisäys JK) nykyisenkaltaisella varallisuusoikeudella ei näytä olevan mielekästä asemaa. *Varallisuusoikeus on jotenkin kammettava itserajoitusten, huolehtimisen ja uusintamisen oikeudeksi.* Planeetan tulevaisuus on otettava myös varallisuusoikeuden agendalle.”⁶

Itserajoitukset, huolehtiminen ja uusintaminen voitaisiin oikeudellisesti saada aikaan jo nyt asettamalla uusia velvollisuuksia. Mutta tästä aiheutuu uusi ongelma.

”Pystymme oikeastaan ajattelemaan velvollisuuksista ja vastuusta ainoastaan siten, että pidämme velvollisuutta ja vastuuta valintaoikeuden rajoitettuna ja tarkkarajaisena poissaolona. Velvollisuus on olemassa vain siellä, missä objektiivisen oikeuden tai yksityisautonomian puitteissa luotu normi pakottaa meidät luopumaan vapaudestamme. [– –] *Huolenpito ja uusintaminen on tuotava oikeuden käsitejärjestelmän ytimeen tahdonvapauden sijaan.*”⁷

Viljanen ei kuitenkaan pidä tällaista siirtymistä velvollisuuksia asettavaan oikeusjärjestelmään helppona.

”Tarvittavan muutoksen käsitteellistäminen on äärimmäisen vaikeaa. Näyttäisikin siltä, että sama ongelma vaivaa kaikkea modernia länsimaista oikeudellista ajattelua. Olemme valistuksen ajan antroposentrisen ontologian uhreja. Ihminen on vapaa ja saa valita. Luonto on epävapaata eikä saa valita eikä sillä ei ole oikeuksia. – – (m)eidän on ylipäättään vaikea ajatella ilman, että järjestäisimme koko oikeudellista maailmaa näiden vapauden ja (subjektiivisten) oikeuksien ideoiden varaan. Velvollisuudet jäävät alisteisiksi: ne määrittyvät vapauden läpi. Vapaus valita, mitä tekee, olla välittämättä muista olennoista, on koko oikeusmuotomme perustava aksioma.”⁸

Viljasen analyysit vaikuttavat relevanteilta. Viljanen näyttäisi olevan pitkälti oikeassa käsityksessään nykyisen varallisuusoikeuden hyödyttömyydestä ja jopa suoranaisestä vahingollisuudesta. Sen ohella, että nykyisestä varallisuusoikeudesta näyttäisivät puuttuvan tehokkaat sisäiset kannustimet ilmastonmuutoksen vastaisiin omaehtoisiin toimiin, varallisuusoikeuden ”*track record*” on varsin keho muidenkin viimeaikaisten kriisien, esimerkiksi koronapandemian tai Ve-

6. Mika Viljanen, Antroposeenin varallisuusoikeus. Oikeus 2021, s. 521 (korostus JK).

7. Viljanen 2021, s. 522 (korostus JK).

8. Viljanen 2021, s. 521–522.

näjän Ukrainaan tekemän laittoman hyökkäyksen merkityksen huomioon ottamisessa. Erityisen silmiinpistävää on *juridisen mielikuvituksen lähes täydellinen puuttuminen perinteiseen varallisuus oikeuteen perustuvista toimenpide-ehdotuksista*.⁹ Perinteinen varallisuus oikeus näyttää pettävän ei vain ekologisen kriisin vaan muidenkin globaalien kriisien suhteen. Mutta onko varallisuus oikeuden tulevaisuus osana 2000-luvun globaalien kriisien välttämättömien vastatoimien maailmaa todella näin huono? Eikö todellakaan ole mahdollista uudistaa varallisuus oikeutta?

3. Modernin oikeuden kolme ulottuvuutta: valtion oikeus, markkinoiden oikeus ja yhteiskunnan oikeus

Muutoksen mahdollisuuden ja toteuttamistapojen pohtiminen juridiikassa on syytä aloittaa nykytilan analyysillä. Varallisuus oikeus on osa nykyistä modernia oikeutta. Meidän aikamme modernin oikeuden on alettu yhä selvemmin nähdä muodostuneen pluralistiseksi. Kansallisvaltioiden oikeusjärjestysten ohella on useita muita rinnakkaisia ja päällekkäisiä normatiivisia järjestelmiä, joilla kaikilla on perusteltu vaade tulla otetuksi huomioon juridisia ratkaisuja tehtäessä. Tämänäyttypisessä havainnossa modernin oikeuden pluralismi nähdään kuitenkin vain ulkoisesti monien järjestelmien rinnakkaisuutena. Pluralismilla on toinenkin, sisäinen puolensa. Sisäinen oikeuspluralismi tarkoittaa esimerkiksi oikeuslähteiden moninapaisuutta (polysentriaa) ja yleisesti sitä, että *modernissa oikeudessa on useita ulottuvuuksia*.¹⁰

Meidän aikamme modernissa oikeudessa voidaan erottaa kolme sisäistä ulottuvuutta: kansallisvaltion oikeus, markkinoiden oikeus ja yhteiskunnan oikeus.¹¹ Moderni oikeutemme muodostuu näiden kolmen ulottuvuuden välisestä jatkuvasta vuorovaikutuksesta. Oikeusjärjestelmänä modernin oikeuden kestävyys voi nähdä perustuvan juuri tähän jatkuvaan vuorovaikutukseen. Siten tuo vuo-

9. Ks. Juha Karhu, The Global Impact (Both Challenges and Opportunities) of COVID-19 on Rights and Justice s. 91–112, teoksessa Luo Li – Carlos Espaliú Berdud – Steve Foster – Ben Stanford (eds), *Global Pandemic, Technology and Business*. Routledge 2022.

10. Oikeuspluralismin monista merkityksistä nykykeskustelussa ks. Jaakko Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalization*. Edward Elgar 2018.

11. Kaarlo Tuori, *Properties of Law*. Cambridge University Press 2021, s. 215–238 tehdään erottelu *state law'hon* ja *non-state law'hon*. Tässä kirjoituksessa *non-state law* on jäsennetty toisaalta markkinoiden oikeuteen, johon Tuori viittaa *lex mercatoriana*, ja yhteiskunnan oikeuteen, jonka esimerkkeinä Tuorilla ovat alkuperäiskansaoikeus ja uskonnolliset oikeusjärjestelmät. Ks. Tuori 2021, s. 224–225 ja s. 245. Ks. myös Juha Karhu, Kohti yhteiskunnan oikeutta s. 63–81, teoksessa *Omistus, sopimus, vaihdanta*. Leena Kartion juhla kirja. Turun yliopisto 2004.

rovaikutus ja sen saamat muodot tarjoavat rakennusmallin muutoksen vuoksi tarvittaville uusille opeille.

Modernin oikeuden ulottuvuuksien välisen vuorovaikutuksen perusta on jännitteinen. Jännitteisyys johtuu siitä, että oikeuden normatiivisuus ilmenee niissä eri tavoin. Valtion oikeudessa legitiimien normien muoto on demokraattisen oikeusvaltion ideaalin mukainen parlamenttilaki. Valtion oikeuden normatiivisuus on tekstuaalista, positiivista, pakottavaa ja järjestettyä.¹² Markkinoiden oikeudessa normatiivisuus ilmenee ja toteutuu alalla noudatettuina ja tehokkaaksi hioutuneina kaupallisina käytäntöinä. Markkinoiden oikeuden normatiivisuus on ennakoitavuutta ja tehokkuutta. Yhteiskunnan oikeudessa legitiimit normit perustuvat ihmisyhteisöjen kulttuuriin seikkoihin kuten perinnäistapoihin ja perusarvoihin. Yhteiskunnan oikeuden normatiivisuus on tavanmukaista, elettyä ja koettua sekä välittömästi arvopohjaista.¹³

Modernin oikeuden moniulotteisuus tekee siitä huokoista. Oikeuteen kutoutuu lukuisia juridis-käytännöllisten järjestysten verkostoja, jotka pakottavat meidät jatkuviin muunnoksiin ja rajanylityksiin. Tässä huokoisuudessa valtion oikeus yrittää turvata ja vakuuttaa ylivertaisuuttaan vaatimuksellaan yksinomaisuudestaan ainoana sitovana oikeutena (*hard law*). Tosiasiassa oikeudelliselle maailmallemme on kuitenkin ominaista ja tyypillistä interlegaalisuus. Oikeus muodostuu toteutumiskohdissaan (instansseissaan) erilaisten oikeuksien, niin *hard law*'n kuin monenlaisen *soft law*'n, jatkuvista leikkauspisteistä. Tällaisessa jatkuvassa interlegaalisuudessa myös normatiivisten järjestysten väliset kompromissit ja sovinnollinen yhteiselo elävässä oikeudessa ovat mahdollisia ja jatkuvia.¹⁴

Modernin oikeuden sisäinen moniulotteisuus on itse asiassa ollut jatkuvasti totta. Kansallisvaltioiden oikeudesta ei koskaan tullut täysin yksinomaista, vaan ei-valtiollisen oikeuden ilmiöt ovat koko ajan vaikuttaneet rinnakkain valtion oikeuden

12. Tuori 2021, s. 231: "The normativity of modern state law is textual, positive, coercive, and ordered."

13. Vrt. Hannu Tolosen oikeuslähdeoppiin (Tolonen, Oikeuslähdeoppi. WSLT 2003), jossa tehdystä oikeuslähteiden perusluokittelusta muodollisten oikeuslähteiden voi nähdä liittyvän erityisesti valtion oikeuteen, sisällöllisten (osaltaan) markkinoiden oikeuteen ja reaalisten oikeuslähteiden yhteiskunnan oikeuteen.

14. Interlegality -ilmiöön viitataan tässä Boaventura de Sousa Santosin tarkoittamassa mielessä. Tuorin (2021, s. 242) mukaan Sousa Santosin tarkastelussa elämme "– – in a time of porous legality or of legal porosity, multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings – –" jossa "– – our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by interlegality".

kanssa.¹⁵¹⁶ Haettaessa oikeuden moniulotteisuudesta pohjaa ja virikkeitä uusille doktriineille kysymys ei olekaan jonkin täysin uuden löytämisestä vaan siitä, että modernin oikeuden kaikki ulottuvuudet ja elementit tunnustetaan, tunnustetaan ja järjestetään uudella tavalla.¹⁷

Kun moderni oikeutemme ymmärretään tällä tavoin sisäisesti moniulotteiseksi, voidaan antaa alustava vastaus Viljasen kritiikkiin. Olennaista muutokselle kohti vastuullisempaa varallisuus oikeutta on se, että vastuu pystytään asettamaan myös ja ennen kaikkea sisäisillä keinoilla, ei vain ulkoisilla.¹⁸ Velvollisuudet on alettava nähdä oikeuksien kestävien käyttötapojen asettamiksi sisäisiksi rajoiksi eikä ulkoisiksi rajoituksiksi.¹⁹ Näin ajatellen oikeuksia voi käyttää oikeuksina vain ottamalla samalla kantaakseen velvollisuudet. Oikeusjärjestelmän deonttisena (eli pitämismominaisuuden sisältävänä) peruselementtinä on siten *oikeusvelvollisuus*, ei puhdas oikeus tai pelkkä velvollisuus. Oikeusvelvollisuuden ”sanoittaminen” on tärkeää, jotta ainoana muutoksena ei pidettäisi täydellistä siirtymää pelkistä oikeuksista pelkkiin velvollisuuksiin. Jyrkkyydessään näin kärjistetty ajatus johtaa helposti pessimistisiin ja muutoksen mahdollisuutta vieroksuviin johtopäätöksiin.²⁰

Paradigmaattisena esimerkkinä ”oikeusvelvollisuudesta” ovat jokamiehen oikeudet.²¹ Ne ovat siirtyneet nykyisiin pohjoismaisiin oikeuskulttuureihin

15. Myös Tuori tekee saman havainnon tarkastellessaan valtion oikeuden auktoriteettihaasteetta alkuperäiskansaoikeuden ja uskonnollisen oikeuden suunnasta (Tuori 2021, s. 245).
16. Siksi 2000-luvun oikeuslähteopin haasteita on rakentaa valtion oikeuden ohella tilaa markkinoiden oikeudelle (esimerkiksi tunnistamalla sopimukset oikeuslähteiksi) ja yhteiskunnan oikeudelle (esimerkiksi tunnustamalla kokemus oikeuslähteeksi). Ks. Juha Karhu, Kohti 2000-luvun oikeuslähteoppia. Lakimies 2020, s. 1017–1034.
17. Päivi Paaston mukaan hänen harjoittamassaan oikeushistoriallisessa tutkimuksessa ei ole kysymys löydöksistä vaan sen tulkinnasta, joka on kaikkien näkyvillä. Paasto, Esitelmä 7.12.1994.
18. Myös Viljanen (2021, s. 522) korostaa, että uudet velvollisuudet ovat jotakin muuta kuin moderneja velvollisuuksia.
19. Oikeuksien raja / rajoitus -keskustelusta ks. Tapio Määttä, Maanomistusoikeus. Tutkimus omistusoikeusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1999.
20. Ks. Mika Viljanen (Viljanen 2021 s. 517) esiin nostamaa ”inhorealista” kantaa siitä, että ”yritysvastuulinstrumenteilla ei olisi vaikutusta yritysten kansainväliseen kilpailuasemaan.” Toisaalta myöskään perusteeton optimismi ei ole kestäväällä pohjalla. Teostani Uusi varallisuus oikeus sävytti pyrkimys rakentaa oikeudellisia tiloja liikeyritysten omalle proaktiiviselle vastuunotolle muun muassa niiden jo teoksen ilmestymisaikaan käyttämiin vastuullisuusohjelmiin vahvasti sitoutumalla. Ks. Juha Pöyhönen, Uusi varallisuus oikeus. Lakimiesliiton Kustannus 2000.
21. Ks. Karhu 1994 jokamiehen oikeuksista yhteiskunnan oikeuden näkökulmasta. Samankaltainen esimerkki oikeusvelvollisuudesta on myös lapsen huolto ja hoiva. Huoltajalle se on samanaikaisesti sekä oikeus että velvollisuus. Omaishoito puolestaan on esimerkki siitä, miten yhteiskunnan oikeuden piiriin kuuluva arvoperustainen valinta on valtion (ja tarkemmin tässä: kuntien) oikeuden puolelta helppo hyväksyä velvollisuutena mutta hankala oikeutena. Ks. omaishoidosta Laura Kalliomaa-Puha, Vanhoille ja sairaille sopivaa? Omaishoitosopimus

modernia oikeutta edeltävästä yksinvaltiuden ja talonpoikaisyhteiskunnan maailmasta, mutta sielläkin ne olivat vierasta ainesta, elävä jäänne aiemmista nomadisista kulttuureista. Jokamiehen oikeuksille on yhteiskunnan oikeuden tapaan tyypillistä inklusiivisuus: jokaisella on oikeus liikkua luonnossa. Tällainen oikeus muodostuu kestäväksi siksi, että siihen sisältyy velvollisuus ja sisäinen normi huolehtia siitä, ettei liikkumisesta aiheudu haittaa luonnolle tai muille liikkujille.²² Suomen perusoikeusuudistuksessa jokamiehen oikeus jätettiin pois perusoikeusluettelosta juuri siitä syystä, että siihen sisältyi niin vahvasti velvollisuuksia.²³

4. Kohti uusia policy-doktriineja

Interlegaalisuuden aikakaudella on korostunut tarve löytää ristiriitaisista jännitteistä huolimatta toiminnallisesti siedettäviä johdonmukaisia kompromisseja.²⁴ *Kaarlo Tuori* esittää dialogiselle oikeuspluralismille – joka pitkälle vastaa tässä tarkoitettua interlegaalisuutta – kolme keinoa: doktrinaaliset (eli yleisiin oppeihin liittyvät), menettelylliset ja institutionaaliset keinot.²⁵ Kompromissien haussa doktriinien sisältämät käsitteelliset rajanvedot tai institutionaaliset rakenteet eivät näyttäisi tarjoavan uuden kehittelylle kestäväää pohjaa. Käsitteillä ja instituutioilla on taipumus vain kerrata ja muuntaa oikeuden sisäisten ulottuvuuksien väliset jännitteet ja ristiriidat uuteen oikeudellis-juridiseen muotoon. Käsitteet ja teoriat tarvitsevat tuekseen vakiintuneesti omaksuttuja normatiivisia järjestyjiä, muun muassa juuri noita kompromisseja, nostaakseen esiin aikaisemmin varjoon jääneitä asioita. Uusien juridisten käsitteiden ja teorioiden rakentamisen aika ei ole vielä.

Menettelyllisissä keinoissa taas on ongelmana se, että ne helposti kertaavat ja uusintavat niihin osallistuvien lähtökohtaista epäyhdenvertaisuutta. Esimerkiksi saamelaiskäräjille annettu mahdollisuus vaikuttaa saamelaiskulttuurille

hoivan instrumenttina. Kelan tutkimusosasto 2007. Julkisoikeudessa oikeusvelvollisuudet ovat varsin tyypillisiä. Oikeusvaltiossa lainmukaisiin toimiin ryhtyminen on toimivaltaisen virkamiehen oikeusvelvollisuus.

22. Ks. ympäristöministeriön selvitys jokamiehen oikeuksista (www.ymparisto.fi/fi-FI/Luonto/jokamiehenoikeudet), vierailtu 22.9.2022).

23. Lisäperusteena jokamiehen oikeuksien jättämiselle perusoikeuksien ulkopuolelle voi nähdä sen, että perusoikeudet nähtiin tyypillisesti valtion ja kansalaisten välisen hierarkkisen suhteen sääntelynä eikä perusoikeuksien katsottu lähtökohtaisesti sääntelevän yksityisten välisiä horisontaalisia suhteita.

24. Tuorin (2021, s. 242) mukaan Sousa Santosin ajatus on “ – – conciliation between normative orders is also an alternative” eikä vain se, että valitaan yksi muiden ylitse.

25. Tuori 2021, s. 255.

merkityksellisten lakien säätämiseen – kompromissina valtion oikeuden ja yhteiskunnan oikeuden välillä – on käytännössä osoittautunut toimimattomaksi.²⁶

Uusien doktriinien kehittyjen lupaavimmaksi muodoksi näyttäisivät jäävän oikeusperiaatteet. Muutoksen alkuvaiheessa uusia periaatteita on helpompi kehittää kuin uusia käsitteitä.²⁷ Muutoksen alkuvaiheessa oikeusperiaatteita alkaa muodostua sitkeistä policy-linjauksista. Juuri policy’t alun perin syöttävät oikeusperiaatteen sisään arvo- ja tavoiteulottuvuuden ja ylläpitävät sitä,²⁸ kuten esimerkiksi ympäristöoikeuden ”saastuttaja maksaa” havainnollisesti todistaa. Ympäristövastuun perusteisiin nykyään sisältyvä ”*polluter pays principle*” oli aluksi vain policy, mutta kun tuon policy’n käyttöala kasvoi ja sen asema vahvistui, se muuntui oikeusperiaatteeksi. – Policy’jen eli oikeuspoliittisten tavoitteiden kautta voidaan siten hahmotella ja alkaa muodostaa uusien oikeusperiaatteiden aiheita.²⁹ Kutsun tällaisia politiikkataustaisia juridisia aiheita *policy-doktriineiksi*.

Policy-doktriinien kehityksessä voidaan tukeutua muutamaan juridiikan metodologian ideaan. Tässä kirjoituksessa kehityksen menetelmänä käytetään varallisuus oikeudellisen jäsenyyksen apukäsitteitä: toimintaympäristö, kokonaisjärjestely, intressitaho, riskipositio.³⁰ Niiden avulla tunnistetaan ja määritetään tilannekohtainen ”pelikenttä”, sen toimijat, toimijoiden asemat ja toimijakohtaisten intressien mukaiset tavoitteet. Näin saadaan hahmotettua sellainen tyyppillisen tilanteen kuva, joka toimii edistettävän policy’n testi- ja kehitykselliseksi.

26. Juha Guttorm, *Saamelaisten itsehallinto Suomessa – dynaaminen vai staattinen?* Lapland University Press 2018.

27. Jenna Päläs on vakuuttavasti osoittanut, että tulee kuitenkin välttää ruokkimasta Ulrich Beckin tarkoitettamia zombikategorioita eli ajastaan jälkeen jääneitä juridisia doktriineja. Päläs, *Oikeusasema jakamistalouden hyödykesopimussuhteissa – Tutkimus vallasta, subjektiuksista sekä oikeuden ja sosiaalisen etäännyttämisestä*. Lapin yliopisto 2022 s. 50.

28. Myös Tuori (2021, s. 218) viittaa siihen, että substantiivisen koherenssin kannalta non-state law’ssa usein policy’t ovat periaatteita tärkeämpiä, valtion oikeudessa taas päinvastoin. Ks. myös väitöskirjani Juha Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988 s. 54–57 keskustelua arvoperiaatteista ja tavoiteperiaatteista.

29. Ks. samansuuntaisesti myös Tiina Paloniitty, *Taking Aims Seriously*. *Journal of Human Rights and Environment* 6 (2015), s. 55–74, jossa ympäristöoikeuden kompleksisiin haasteisiin antroposeenissa vastataan periaatteiden ja niiden johdonmukaisesti tavoitetietoisien soveltamisen avulla.

30. Pöyhönen 2000. Ks. näiden käsitteiden oikeussystemaattisen aseman arvioinnista suhteessa muun tyyppiisiin käsitteisiin Kaarlo Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Sanoma Pro Oy 2000, luku Käsitteiden sotatiedettä. Ks. myös uuden varallisuus oikeuden käsitekehikon kehittävästä sovelluksesta julkisoikeuteen Matti Muukkonen, *Kuntalain soveltamisalasta*. Books on Demand 2022.

renssinä.³¹ Tällaisessa presumptiivista kontekstualismia toteuttavassa jäsentämistavassa on paljon yhteistä juridisen topiikan ja tooppisen näkökulman kanssa.³²

Pelkillä uusilla policy-doktriineilla ja varsinkaan sellaisilla, jotka ovat poikkeuksia nykysysteemistä, ei välttämättä synny pohjaa sisäisesti johdonmukaiselle uudelle järjestelmälle. Poikkeusten ”poikkeuksellisuutta” on jollakin tavalla kontrolloitava ja tehtävä niiden tarkoittamista muutoksista siirtymiä, ei pelkkiä satunnaisia instansseja.³³ Samalla tämän kontrollinormiston tulisi olla yhteensopiva tai yksi instanssi interlegaalisuuden mukaisen modernin oikeuden ulottuvuuksien vuorovaikutusmuotojen kanssa.

Tässä kirjoituksessa tähän kontrollitehtävään on valittu perus- ja ihmisoikeusjärjestelmä. Ihmisoikeudet ovat transnationaalisia, perusoikeudet kansallisia.³⁴ Ihmis- ja perusoikeuksien välinen vahva keskinäinen sidos perustuu yhtenäisiin normisisältöihin. Perusoikeuksia on tulkittava ja sovellettava ihmisoikeusmyönteisesti. Kansallisten perusoikeuksien soveltamiskäytännöllä on vaikutus ihmisoikeuksien tulkintoihin. Kun seuraavassa kirjoitetaan perusoikeuksista, tarkoitetaan tällä tavoin ihmisoikeusregiimiin sidotuista ja niveltuvista normeista.

Ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien nivelkohta on samalla myös yksi modernin oikeuden sisäisten jännitteiden lähteistä. Juuri sen vuoksi, että ihmisoikeudet eivät ole tyypillistä kansallisvaltion oikeutta vaan transnationaalisia, ne ovat luonteva sidoslanka policy-doktriinien kehittämisessä. Ihmisoikeudet ovat yhteinen kiinnekohta, mutta ne eivät näissä kehittämissä kaikin osin aseta samanlaisia rajoja kuin valtion oikeudessa perusoikeudet. Ihmisoikeudet tulee siten työstää samantapaisiksi mutta ei välttämättä samanlaisiksi kiinnekohdiksi

31. Tässä on yhteys Per-Olof Ekelöfin teleologiseen laintulkintaoppiin. Siinä tunnustetaan lain säännöksen tarkoittama tyypillinen tilanne ja soveltamisen tapa siinä tilanteessa. Näin syventynyttä ymmärrystä lain tavoitteista käytetään sitten myös muiden kuin tyypillisen soveltamistilanteen mallina. Tässä kirjoituksessa tämän tyyppistä lähestymistapaa laajennetaan siinä mielessä, ettei teleologian mukaisia tavoitteita ole rajattu vain valtion oikeuden lakeihin vaan myös markkinoiden ja yhteiskunnan oikeuksiin sisältyviin päämääriin. Ekelöfin teleologisesta laintulkintaopista ks. Timo Saranpää, Näyttöenemmysperiaate riita-asiassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010.

32. Ks. topiikasta ja tooppisesta ajattelusta esimerkiksi rikosoikeudessa ks. Ari-Matti Nuutila, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton Kustannus 1996. Ks. myös Oskar Mossberg, Avtalets räckvidd I. Iustus 2020 s. 177–190, jossa lainoppi nähdään retorisena hermeneutiikkana yhdistämällä topiikkaan retoriikka.

33. Ks. keskustelua 2000-luvun alussa Thomas Wilhelmssonin käyttämien pienten hyvien vastuukertomusten ja oikeuden systemaattisuuden suhteista Wilhelmssonin ja Kaarlo Tuorin välillä. Tuori, Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen. Lakimies 2002, s. 902–913 ja Wilhelmsson, Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta. Lakimies 2004, s. 199–227.

34. Ks. Tuori 2021, s. 234–238.

markkinoiden ja yhteiskuntien oikeuksiin kuin mitä samat normatiiviset sisällöt ovat perusoikeuksina valtion oikeudessa.³⁵

Kansallisilla perusoikeuksilla on lainsäätäjää sitova vaikutuksensa. Suomessa perustuslakivaliokunta on omaksunut perusoikeuksien rajoitusedellytysopin³⁶ kontrolloimaan sitä, onko perusoikeuksia rajoittavalla lainsäädäntöhankkeella riittävät perusteet ennen muuta tarkkarajaisuuden, tärkeän yhteiskunnallisen syyn, valitun keinon välttämättömyyden ja puuttumisen suhteellisuuden kannalta. Perustuslaki edellyttää näin valtion oikeuden yhteensopivuutta perusoikeuksien kanssa. Perustuslain 106 § täydentää perusoikeuksien vaikuttavuutta. Perustuslain 106 § edellyttää perustuslain etusijaa parlamenttilakeja ja niihin perustuvia muita normeja sovellettaessa.

Kun perus- ja ihmisoikeuksia käytetään uusien policy-doktriinien kehitysalustana, niin olennaista ei ole vain niiden oikeusulottuvuus vaan ennen kaikkea niihin kytkeytyvä velvollisuusulottuvuus. Valtion oikeudessa valtion tulee kunnioittaa, suojata ja edistää ihmisoikeuksia suoraan ja myös perusoikeuksien kautta, ja nämä vaatimukset asettavat valtiolle velvollisuuksia sekä suuntaavat valtion yleistä policy-toimintaa. Usein nimittäin perusoikeuden rajoituksen yhtenä edellytyksenä oleva tärkeä yhteiskunnallinen syy liittyy toisen perusoikeuden toteutumiseen. Vastaavasti myös autonomisten ihmisyyhteisöjen tulee kunnioittaa ainakin perustavia ihmisoikeuksia kuten yhdenvertaisuutta. Toisaalta ihmisoikeudet ovat kehittyneet alkuperäisistä länsimaisista yksilökeskeisistä muotoiluistaan vahvemmin globaaleiksi ja tätä kautta pluralistisiksi.³⁷ On esimerkiksi alettu antaa perusoikeussuojaa luonnon osille kuten joille. Myös ihmisoikeuksia luonnehtii lisäksi vahva tilannekohtaisuus.

35. Konkreettisesti tämä tarkoittaa sitä, että perusoikeuksien rajoitusedellytykset ovat erilaisia kaikissa kolmessa ulottuvuudessa. Esimerkiksi vihreä kolonialismi on alkuperäiskansaoikeuden (yhteiskunnan oikeuden) näkökulmasta muotoiltu raja ympäristöperusoikeuden valtiollisille (pakottaville) toteuttamiskeinoille.

36. Ks. Veli-Pekka Viljanen, *Perusoikeuksien rajoitusedellytykset*. Talentum 2001.

37. Tuori 2021, s. 260: "They (ihmisoikeudet, lisäys JK) are no longer tied to the point of view of the state legislator but take note of post-national legal plurality, also muddling the boundary between law and non-law, as well as hard and soft law."

4.1. ”Hyödyn saaja kärsiköön vaaran”38 – Yritysten yhteiskuntavastuun policy-doktriineja

4.1.1. Global Value Chain -vastuu eli GVC-vastuu

Jaakko Salminen on väitöskirjassaan ”Tuotevastuusta tuotantovastuuseen” kehittänyt oppia globaaleihin arvoketjuihin liittyvistä vastuusuhteista.³⁹ Käyttämällä tässä kirjoituksessa omaksuttua apukäsitteistöä GVC-vastuuta voi kuvata seuraavalla tavalla.

Toimintaympäristönä on kansainvälinen tuotannollinen toiminta.

Kokonaisjärjestelyinä ovat globaalit tuotantoketjut tyypillisesti länsimaisine johtoyrityksineen ja kehittyvien maiden alihankkijoineen.

Intressitahoina ovat tuo johtoyritys, sen alihankkijat ja tyypillisesti myös alihankkijoiden käyttämät ”nyrkkipajaryitykset” sekä niiden työntekijät.

Vapaan sopimisen pohjalta muodostuvat *riskipositiot* ovat tyypillisesti epäsymmetrisiä siten, että johtoyritys saa valtaosan ketjun tuottamasta hyödystä, mutta on sopimus- ja yhtiöjärjestelyjen avulla ja tukeutumalla usein alihankkijamaan väljiin lakeihin vapauttanut itsensä kaikesta (yhteiskunta)vastuusta.

GVC-vastuu tukeutuu samaan yleiseen vastuuoikeudelliseen perusajatukseen kuin tuotevastuu: vastuu tulee asettaa sille toimijalle, joka helpoimmin ja kustannustehokkaimmin pystyy vähentämään vahinkoriskiä ja näin välttämään ”vaaran lähteen avaamisen”. Policy-doktriinina GVC-vastuun vahvana tavoitetaustana ovat johtoyritysvaltioiden omassa maassaan tapahtuvalle tuotantotoiminnalle asettamat säännöt (valtion oikeus), eri alojen erityiset ja nyttemmin myös yleiset yritysvastuustandardit (markkinoiden oikeus) sekä lopputuotteen asiakkaiden perustellut odotukset tuotannon reilueudesta ja muusta asianmukaisuudesta (yhteiskunnan oikeus).

GVC-vastuu antaa suoraan suojaa alihankintayritysten työntekijöille.⁴⁰ GVC-vastuu on siksi radikaalimpi ja vahvempi muutoksen virike kuin *due di-*

38. 40. tuomarinohje.

39. Jaakko Salminen, *From national product liability to transnational production liability: conceptualizing the relationship of law and global supply chains*. Turun yliopisto 2017. Ks. myös *The IGLP Law and Global Production Working Group: The role of law in global value chains: a research manifesto*. London Review of International Law 4 2016, s. 57–79.

40. Vaatimusten tehokas toteuttaminen käytännössä riippuu kansainvälisen yksityisoikeuden ja eri valtioiden prosessioikeuden normeista.

ligence -tyyppiseen vaatimukseen pohjautuvat yritysvastuunormistot.⁴¹ Kuten Viljanen perustellun kriittisesti huomauttaa, ei ole kovin realistista olettaa pelkän paremman tiedon sinänsä johtavan yritysten voitollisten toimintatapojen muuttamiseen oloissa, jossa kansallisvaltiot ovat huolissaan omasta kansainvälisestä kilpailukyvystään.⁴²

4.1.2. Alustavastuu

Jenna Päläs on väitöskirjassaan ”Oikeusasema jakamistalouden hyödykesopimussuhteissa”⁴³ kehitellyt alustavastuun ideaa jakamistaloudessa.

Toimintaympäristönä ovat jakamistalouden digitaaliset palvelut.

Kokonaisjärjestelyinä on alusta, joka saattaa yhteen tyypillisesti yksityiset resurssintarjoajat ja resurssinkäyttäjät.

Intressitahoina ovat alustayritys, resurssintarjoajat ja resurssinkäyttäjät sekä jakamistaloudelle tyypillisesti myös valtio ja yhteiskunta.

Vapaan sopimisen pohjalta muodostuneissa *riskipositioissa* Päläs on tunnistanut epäsymmetrian siinä mielessä, että alustayritykset tyypillisesti koettavat asemoida itsensä vain ulkopuolisiksi välittäjiksi mutta ottavat silti sekä olennaisen osan toiminnan taloudellisesta hyödystä että omaksuvat valta-aseman toimintasääntöjen asettamisessa ja valvonnassa.

Alustavastuu seuraa Päläksen mukaan nimenomaan siitä valta-asemasta, jonka alustaa ylläpitävä yritys ottaa sekä resurssintarjoajan että resurssinkäyttäjän suhteen ja kustannuksella. Policy-doktriinina alustavastuu tukeutuu vahvasti erityisesti Euroopan Unionin pyrkimykseen vaikuttaa sääntelyllä tasapainottavasti digitaaliteknoologiaan perustuvien palveluyritysten toimintaan suhteessa asiakkaisiinsa.⁴⁴

41. Ks. esim. Komission ehdotus direktiiviksi yritysten kestävästä toiminnasta koskevasta huolellisuusvelvoitteesta COM(2022) 71 final 2022/0051 (COD).

42. Viljanen 2021, s. 517.

43. Päläs 2022.

44. Ks. tarkemmin Päläs 2022, s. 76–81.

4.1.3. Robottivastuu

Erityisesti itseajavien autojen kehittelyyn liittyen on alettu keskustella yleisemminkin itsenäisten robottien toimintaan liittyvistä vastuukysymyksistä.⁴⁵ Robottivastuun idea on kohdistaa vastuu toiminnan ”inhimillisten” osallisten kuten robottien valmistajien tai ohjelmistokehittäjien sijaan suoraan itse robottiin.

Toimintaympäristönä on automatisoitu tuotantotoiminta mutta laajentuen myös yhteiskunnan liikkumis- ja hoivatoimintoihin.

Kokonaisjärjestelynä on itsenäiseen apuvälineeseen perustuva hyödyllinen toiminta.

Intressitahoina ovat robotin suunnittelijat, valmistajat ja tarvittavan ohjausjärjestelmän kehittäjät sekä toiminnan osalliset mutta myös robotti itse.

Riskipositiot ovat tällä hetkellä hyvin avoimina ja vastuuasemat ovat niin harvalukuisien säännösten kuin sopimusten pohjalta vaihtelevia ilman tyypillisiä tai vakiintuneita toimintalinjoja.

Policy-doktriinina robottivastuulla on erityinen kynnys siinä, että perinteinen vastuuoikeus edellyttää oikeudellista persoonallisuutta, ja monet pitävät robottia vain koneena ja siksi juridisesti mahdottomana vastuun kohdentamista sille. *Visa Kurki* on analyttisellä tarkastelullaan kuitenkin osoittanut, ettei ole pakottavia käsitteellisiä vastasyitä sille, että robottia tai tekoälyä pidetään oikeudellisessa mielessä vastuuhenkilönä. Kurki perustaa tämän johtopäätöksensä erotteluunsa aktiiviseen ja passiiviseen henkilöllisyyteen, jossa tekoäly voidaan asettaa vastuuseen, vaikka sen ei oletettaisi esimerkiksi kykenevän tekemään sopimuksia omiin nimiinsä.⁴⁶ Kun tämä käsitteellinen kynnys on ylitetty, robottivastuu voidaan helposti asettaa osaksi sellaista toiminnallista kokonaisuutta, jossa robotin käyttöönotto edellyttää vastuuvakuutusta.⁴⁷

4.2. Commons policy -doktriineja

Perinteisen varallisuus oikeuden kivijaloista markkinatalousjärjestelmässä vahvin on yksityinen omistus eli omistusoikeuden paradigma, joka muodostui ai-

45. Ks. esim. Lauri Luoto, Itsestään ajavat autot ja rikosoikeudellinen vastuu. *Lakimies* 6/2022, s. 927–948.

46. Visa Kurki, *A Theory of Legal Personhood*. Oxford University Press 2019 s. 175–190.

47. Vrt. toisin Mika Viljanen, Robotteja vakuuttamassa: autonomiset alukset esimerkkinä. *Lakimies* 2018, s. 954–974, joka näkee suuria ongelmia tarvittavan vakuutusohjelman kehittämisessä.

kanaan muut poissulkevaksi ja ehdottomaksi eli rajoiltaan ja toimenpiteiltään rajoittamattomaksi.⁴⁸ Taloushistoriallisesti yksityinen omistusoikeus sai tämän ehdottoman asemansa siten, että laajalle levinneet ja vahvasti yhteiskuntiin ankkuroituneet yhteisen omaisuuden lajit siirrettiin oikeudellisin keinoin yksityisomistuksen piiriin.⁴⁹ Sen vuoksi yhteisomistukseen perustuvissa järjestelyissä on enemmän kysymys jonkin aikanaan toimineen järjestelyn palauttamisesta kuin jostain täysin uudesta.

4.2.1. *Community Land Trust Model (CLT)*

Saki Baileyn toimintamallin policy'na on avata kaikille mahdollisuus valita asumismuodokseen yhteisomistukseen perustuva järjestely. Tausta-ajatuksena on samalla osoittaa, että omistusta yhteiskunnan varallisuuden jaon instituutiona voidaan muokata ja palauttaa tukemaan yhteisomistuksellisia järjestelyjä. Palauttamista varten Saki Bailey on kehittänyt yhteisen omistuksen idean sovelluksia asumisjärjestelyissä. Hänen tutkimuksensa on oikeusvertaileva, mutta tässä otan esille erityisesti Yhdysvaltojen oikeusjärjestelmää koskevia kehittäjiä.⁵⁰ Saki Bailey on kuvannut niitä juridisia järjestelyjä, joilla Yhdysvalloissa voidaan toteuttaa yhteiskäyttöisyys asumisessa.

Toimintaympäristönä on yhdysvaltalaiset asuntomarkkinat.

Kokonaisjärjestelynä ovat vakiintuneille juridisille mekanismeille hyödyntävät instituutiot, joiden tarkoituksena on siirtää asuinrakennuksia yhteisomistukseen. Keskeisen roolin saa tässä *trust* -instituutti, joka omistaa rakennusten maapohjan asukkaiden hyväksi.

Intressitahoina ovat asukkaat, heidän demokraattiset yhteisönsä, julkishallinnon toimijat sekä markkinatoimijat.

48. Nyttemmin esimerkiksi eurooppalaisissa siviililakikirjoissa omistusoikeus näyttäytyy ehdottoman ja rajattoman oikeuden sijasta yleisoikeutena, joka sisältää ne oikeudet, joita sen piiristä ei ole erikseen suljettu lailla pois (Code Civil art. 544, BGB § 903, Burgerlijk Wetboek art. 5:1).

49. Tämä kuvaus kapitalististen markkinoiden synnystä ja erityisesti juridisten muutosten merkityksestä siinä on kiistanalainen. Ks. keskustelusta Saki Bailey, *The Common Good in Common Goods. The Decommodification of Fundamental Resources through Law*. University of Gothenburg 2020, s. 70–79. Tätä kehitystä oikeutetaan vielä nykyäänkin ns. *the tragedy of the commons* -teorialla eli väitteellä, että yhteisomistus johtaa omistetun resurssin hallitsemattomaan liikkakäyttöön. Elinor Ostrom on taloustieteellisillä argumenteilla vakuuttavasti kumonnut tämän teorian osoittamalla monien erityyppisten yhteisomistusjärjestelyjen taloudellisenkin kestävyuden. Ks. Ostrom, *The Future of the Commons*, in: *The Future of the Commons: Beyond Market Failure and Government Regulation*. The Institute of Economic Affairs 2012, s. 68–83.

50. Bailey itse viittaa pohjoismaiseen asumisoikeusasumiseen vastaavankaltaisena järjestelynä kuin *community land trust*.

Riskipositiot muodostuvat markkinahinnan ja asumisoikeuden pitkäaikaisuuden yhteensovittamisesta sekä eri tahojen vaikutusvallasta hallintoelimissä.⁵¹

CLT osoittaa, miten yhteiskunnan oikeus (kaikilla on tarve asuntoon ja siksi oikeus asumiseen) voidaan jo nyt lomittaa markkinoiden oikeuteen valtion oikeuden tuella tai ainakin yhdentekevyydellä. Itse asiassa CLT muistuttaa jossain määrin grynderirakentamisen alkuperäistä ideaa siitä, että asuntoja tarvitsevat perheet yhdessä rakentavat asuintalon. Nyttemmin tuo toiminta on markkinaisuutunut ja siten etääntynyt alkuperäisestä ideastaan. Pohjoismaissa tarvetta asuntoon on turvattu perusoikeutena ja sen mukaisina julkisen vallan toimenpiteinä. Toisaalta mikään ei estä sitä, että myös markkinaehtoisesti toimivat yritykset kuten osakeyhtiöt ottaisivat yhtiöjärjestysmääräyksellä vastuulleen tämän perusoikeuden toteuttamisen.⁵²

4.4.2. Repatriaatio

Toinen omistusoikeuteen kytkeytyvä esimerkkidoktriini on repatriaatio eli aikanaan erityisesti länsimaisiin museoihin kerättyjen kulttuuriesineiden palauttaminen takaisin alkuperämaihinsa ja/tai alkuperäiskansoille.

Repatriaation *toimintaympäristö* on kulttuuri, ja tyypillisesti museotoiminta mutta myös kulttuurinen sisällöntuotanto ja muistaminen.

Kokonaisjärjestely on esineiden fyysinen palauttaminen ja vastaanottaminen sekä alkuperäisen omistuksen mukaisten yhteisöjen saavutettavaksi ja yhteisöjä hyödyttäväksi asettaminen.

Intressitahoja ovat julkista tehtävää hoitavat museot, paikalliset museot sekä tutkijat (erityisesti arkeologit) ja alkuperäisen kulttuurisen omistuksen mukaiset yhteisöt.

Riskipositiot liittyvät fyysisten esineiden siirtämiseen liittyvien vahinkoriskien lisäksi erityisesti saavutettavuuteen (*access to culture*) sekä ulkopuolisten tahojen saaman hyödyn saamiseen ja jakamiseen edelleen yhteisöjen hyväksi.

Repatriaation perusteena on historian vääryyksien oikaiseminen policyna. Samaa policya kuvastaa Suomessa viimeiseksi saamelaiden totuus- ja sovintoko-

51. Bailey 2020, erityisesti Chapter 6 Toolkit for the Decommunification of Housing through Commons Property Institutions (s. 287–343).

52. Ks. Anssi Kärki, Benefit corporation – yhteiskuntavastuuseen sitoutuva osakeyhtiö. Liikejuriidikka 2017, s. 146–182.

mission asettaminen.⁵³ Kulttuuriesineiden palautus ilmentää myös omistusoikeuden kulloisenkin sisällön historiallisia rajoja. Palautus ei esty sen vuoksi, että esineet on aikanaan viety laillisesti.

Mutta repatriatiassa kysymys myös muusta kuin pelkästä omistusoikeudesta esineisiin.⁵⁴ Repatriatiolla on yhteiskunnan oikeudesta kumpuava policy’nsä. *Access to culture* on saamelaisuudessa – kuten muissakin alkuperäiskansojen kulttuureissa – ei-museaalista, elettyä ja koettua historiaa.⁵⁵ Esimerkiksi koltasaamelaisten sarvilakin palautuminen osaksi käsillä tehtävää perinnettä eli *duodjia* ilmenee olennaisesti kulttuuristen kokemusten ja käsityötaitojen palautumisena. Koltasaamelaiselle sarvilakki on sekä yksilöllisen elämäntavan osa että osallistumista yhteisön (suvun) elämään.⁵⁶ Yhteiskunnan oikeuden ilmiönä tuon ”esiäidin mahtilakin” palautuminen niin esineinä kuin perinteenä on oikeudenmukaista; niistä ei koskaan luovuttakaan pätevästi vaan fyysisen ja kulttuurisen (erityisesti uskonnollisen) pakon edessä. Repatriatio on saamelaisyhteisöjen yhteiskunnan oikeuteen perustuva oikeusvelvollisuus.

5. Yhteenvetoa ja pohdintaa

Tässä kirjoituksessa policy-doktriinit on nostettu sellaisiksi oikeudellis-juridisen ajattelun keinoiksi, joiden avulla nykyinen varallisuus oikeutemme pystyy muuttumaan paremmin yhteensopivaksi aikamme globaalin maailman haasteiden kanssa. Tällaiset juridiikkaa yhteiskuntaan sovittavat policy-doktriinit eivät kuitenkaan ole ainoastaan modernin oikeuden aikakauden ilmiö. *Päivi Paasto* käsittelee oikeushistoriallisessa väitöskirjassaan maanomistusta koskevan jaetun omistusoikeuden muutoksia 1700-luvun lopulle tultaessa.⁵⁷ Tämän sisäisestäikin

53. Ks. valtioneuvoston päätös 28.10.2021 VN/11265/2020.

54. Ks. tältä kannalta myös Merima Bruncevic, *Fixing the Shadows – Access to Art and the Legal Concept of Cultural Commons*. University of Gothenburg 2014.

55. Oma kokemukseni Outi Pieskin näyttelystä ”Cuolmmadit” Oulussa keväällä 2019. Näyttelyn nimi tarkoittaa pohjoissaameksi ”solmia useita solmuja” ja sen lähtökohtina olivat saamenpuvun huivien solmitut hapsut.

56. Eeva-Kristiina Harlin – Outi Pieski, *Ládjogahpir – Máttaráhku gábagahpir*. The Ládjogahpir – The Foremother’s Hat of Pride. Davvi Girji 2020. Ks. myös KKO 2022:26, jossa luvaton kalastusta koskevassa jutussa yksi vastaajina olevista paikallisista saamelaisista oli nuori henkilö kuvastaen kalastuksen merkitystä kulttuurin jatkuvuudelle. Korkein oikeus sovelsi perustuslain 106 §:ää ja katsoi rangaistussäännöksen soveltamisen johtavan ilmeiseen ristiriitaan perustuslain 17 §:n 3 momentissa suojatun saamelaisten oikeuden omaan kieleensä ja kulttuurinsa kanssa.

57. Paasto, *Omistuskäsitteistön rakenteesta: tutkimus jaetun omistusoikeuden mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistössä 1700-luvun lopulle tultaessa*. Turun yliopisto 1994.

ristiriitaisen ja moniainekeksisen opin muutokset jäsenyivät ymmärrettäviksi, kun niitä luetaan pitämällä silmällä tavoitetta maatalousmaan jatkuvasta hyötykäytöstä. Jaettu omistusoppi muuttui omistuksella turvatus vallankäytön muodosta oman aikansa policy-doktriiniksi maatalousmaan tehokkaasta ylisukupolvisesta hyödyntämisestä!

2000-luvun alun oikeudellinen maailma on pluralistinen. Pluralismi ei tarkoita vain rinnakkaista erilaisuutta vaan dialogista moninaisuutta.⁵⁸ Siten virikkeitä uusiksi policy-doktriineiksi tulee oman oikeusjärjestelmän lisäksi myös muualta.

Hyvä esimerkki tällaisesta muualta tulevasta virikkeestä on *islamic banking* -toiminta. Siinä noudatetaan Koraanin korkokieltoa. Luottoja myöntävillä pankeilla on silti mahdollisuus kannattavaan liiketoimintaan. Niiden on kuitenkin esitettävä avoimesti ja läpinäkyvästi, mihin kustannuksiin niiden luoton pääoman takaisinmaksun lisäksi vaatimat korvaukset perustuvat. Suomessa on korkokiellon puuttumisesta huolimatta jouduttu pohtimaan varsin vastaavaa tilannetta koron korottamiseen oikeuttavien vakioehtojen tulkinnessa (KKO 2016:10). Ehdossa oikeus korottaa korkoa oli sidottu pankin varainhankinnan kustannusten lisääntymiseen. Käytännössä tällaiset kustannukset ovat pitkälti samoja, joita edellytetään myös *islamic banking* -toiminnassa. Tapauksessa KKO 2016:10 vaikeudet antaa vakioehtojen ilmaisulle ”pankin omat varainhankinnan kustannukset” tarkka sisältö johtuivat osaksi siitä, että sellaisia ei – korkokiellon puuttumisen vuoksi – tarvinnut yksityiskohtaisesti eritellä asiakkaille sovittaessa luoton alkuperäistä korkoa (KKO 2016:10 kohdat 34-35).

Oikeuspluralismin aikakaudella systematiikasta huolta kantavan tutkijan haaveena on ”*Unity in Plurality*”⁵⁹. Mutta miten tällainen voisi toimia käytännössä? Tässä kirjoituksessa on puollettu muutoksen kehittelyn muotoina tavoitteisiin kiinnittyneitä policy-doktriineja. Tällä painotuksella on useita oikeuspluralismin liittyviä perusteita.

Ensiksikin kompromisseja on helpompi löytää ja sietää tilanne- ja tapauskohtaisessa tarkastelussa kuin koko oikeuden lävistävissä doktriineissa. Siksi on ennakoitavissa, että *common law* -oikeusjärjestelmien ja niiden mukaisen oikeustapauksien asemaa painottavan oikeusajattelun asema tulee vahvistumaan *civil law* -maiden yhtenäisten yleisten ja abstraktien oikeussääntöjen tavoittelun kustannuksella.⁶⁰ Policyjen toteutuminen voidaan joustavammin varmistaa tapauskohtaisesti kuin yleisten sääntöjen avulla.

Toiseksi kohtaamme yhä useammin tilanteita, joissa osapuolten lähtökohdat ovat liian ristiriitaiset yhteisymmärryksen saavuttamiseksi. Kompromisseja ei voi tehdä, jos niille ei ole yhteistä pohjaa. Erilaiset oikeudelliset peruskäsitykset voivat esimerkiksi pakottaa asettamaan sopimisen lähtökohdaksi sen, että olemme

58. Tuori 2021, s. 255–256.

59. Tuori 2021, s. 264–267.

60. Ks. myös Husa 2018.

perustavista asioista eri mieltä. Havainnollinen esimerkki tällaisesta ovat ns. jaetun suvereenisuuden alkuperäiskansasopimukset. Silti sovittavaksi jää monia käytännön elämän kannalta merkityksellisiä toiminta-alueita.⁶¹

Kolmanneksi oikeudenmukaisuuden perusvaatimuksessa yhdenvertaisuudesta alkaa painottua vaatimus erilaisten erilaisesta kohtelusta. Käytännössä tämä johtaa jatkuviin rajankäynteihin sen suhteen, mitkä seikat ovat juridisesti relevantteja eroja. Erilaisuuden kunnioittaminen, suojaaminen ja edistäminen pohjautuu jonkinlaiseen käänteiseen analogiaan muistuttaen common law-prejudikaattipiirin distinktiota eli tarkasteltavan tapauksen erottamista aiemmista prejudikaateista. Yhdenvertaisuuden uudeksi muodoksi ovat nousemassa pluralismin kauden moninaisuutta ilmentävät ”ei-binääriset spektrit”.⁶² Joustaavuudessaan tavoitteet tarjoavat keinon ”kääntää” tällaiset uudet moninaisuudet oikeuden ja juridiikan kielelle.

Tulevaisuutensa turvaamiseksi varallisuus oikeuden täytyy löytää omia sisäisiä tapoja asettaa velvollisuuksia.⁶³

61. Ks. esimerkiksi vielä ratifioimaton parafoitu Pohjoismainen saamelais sopimus ja sen eri lukujen sääntely. Huomattakoon kuitenkin, ettei pohjoismaiseen saamelais sopimukseen sisälly jaetun suvereniteetin mukaista ”agree to disagree” artiklaa saamelaisten itsemääräämisoikeudesta ja sen perusteesta.
62. ”Ideaalinta olisi, jos ihmiset kohdistaisivat toisiinsa vähemmän odotuksia oletetun sukupuolen perusteella. Kannustan poikkeamaan normeista, erottamaan joukosta ja uudelleen määrittelemään sukupuolta. Ei-binäärinen spektri on osa historiaamme ja tulevaisuuttamme.” Haliz, Nuori Voima 3/2022 s. 43.
63. Parafraasi lausumasta, jonka Simo Zitting esitti analyttisen siviilioikeuden edustamasta uudesta juridiikasta 1950-luvulla: ”Uuden juridiikan täytyi tulla.” Zittingin lausuman taustana oli ajatus silloisen uusia toimintamuotoja kehittäneen taloudellisen vaihdannan tarpeisiin sovitettu tarkastelutapa. Tässä kirjoituksessa samantyyppisen paineen aiheuttavat oman aikamme globaalit kriisit. Näen samankaltaisuutta lausuman eetoksessa: juridiikan tulee ja se voi sisäisesti muuttamalla paremmin vastata oman aikansa haasteisiin.

The Future of Property Law

JUHA KARHU, LL.D., professor emeritus

The possessive individualistic principles of property law (property law *sensu largo*, that is, including not only norms on ownership but also contract law and tort law) have enabled and legitimised the overuse of natural resources. Our anxiety and worries about the future of property law should be focused on the active facilitation of new policy doctrines. A policy doctrine is more than just another legal argument referring to the aims and objectives of the legal norm being applied. A policy doctrine is less than a full-scale legal principle, however. In property law the new policy doctrines embrace and cherish the ideas of sustainability and responsibility and are thus answers to the global challenges of our epoch like climate change, pandemics, or gross violations of international law.

The article gives examples of new policy doctrines in liability law: global value chain (GVC) liability, robotic liability, and platform liability. GVC liability directs the responsibilities and liabilities of global value chains to the key enterprise in charge and in control of the whole chain. Robotic liability tries to end the unending discussions on the common criteria for an individual or a firm to be held liable in cases of robots causing harm. Instead, in robotic liability the robot itself is seen as a legal person with the capacity of being liable – leading of course to subsequent questions of insurance arrangements before the robot can be put into use. Platform liability structures the legal roles of the sharing economy in a new way without being stuck in the old distinctions between contract types of B2B, B2C and C2C. In the sharing economy, the platform itself should bear inalienable liabilities towards both the individual service provider and the individual service user because of, and to the extent of, the factual power position taken by the platform owner. Relating to ownership, the article refers as examples ideas of commons in housing arrangements and the repatriation of cultural objects.



Luova, luovempi, oikeustiede?

HAKUSANAT: luovuus, oikeustiede, yleinen oikeustiede, tiede, tutkimusmetodi, oikeustieteen itseymmärrys

”Keskeistä on saada oikeustieteilijä havahtumaan siihen tosiseikkaan, että oikeus on itsessään todellisuutta muokkaavaa. Totta kai oikeustieteilijän pitää ajatella luovasti, koska oikeus on yksi tärkeimmistä yhteiskunnallisista muutosvoimista! Jos oikeustieteilijät suhtautuvat luovuuteen nuivasti, syntyy ainoastaan pysähtyneisyyden yhteiskunta, joka ei voi tavoitella parempaa, koska oikeuden sisällä ei osata ajatella luovasti ja eteenpäin pyrkivästi.”¹

1. Johdanto

1.1. Tutkimusaiheen tausta

Luovuus ei ole vain harvojen taiteen- ja tieteenalojen edustajien etuoikeus, vaan pikemminkin universaalinen ilmiö – ihminen voi olla yhtä lailla luova esimerkiksi liike-elämässä tai perheenäitinä.² Luominen viittaa muun muassa tekemiseen ja tuottamiseen. Luovuus on ihmisen kyky, joka mahdollistaa fyysisen ja sosiaalisen maailmamme edistymisen.³ Luovuus liittyy esimerkiksi vanhojen tuttujen elementtien uudelleenjäsentelyyn, syntyvän tuotoksen uutuuteen, yksilön itsensä toteuttamiseen ja ongelmanratkaisuun luovana ajatteluprosessina. Luovuutta esiintyy kaikilla elämänalueilla, ja sitä voidaan tutkia monen tieteenalan piirissä.⁴

* Jussi Karkkulainen, OTM, yliopisto-opettaja, Itä-Suomen yliopisto; Sampo Mielityinen, OTT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto.

1. Kiitämme kollegojamme kyselytutkimukseen osallistumisesta ja vertaisarvioijia saamastamme palautteesta.
2. Eugene Raudsepp, Luovuus. [1981]. Suom. K. I. Partanen. Kustannusosakeyhtiö Otavan painolaitokset 1984, s. 11–12. Ks. samoin Peik Aukeantaus, Olenko luova? 2. painos. P-O-A Books 2010, s. 24.
3. Albert Rothenberg, Flight from Wonder: An Investigation of Scientific Creativity. Oxford University Press 2015, s. 7.
4. Kari Uusikylä – Jane Piirto, Luovuus – Taito löytää, rohkeus toteuttaa. Atena Kustannus Oy 1999, s. 12–16.

Luovuus on monitulkintainen ja monimerkityksinen käsite: Jo vuonna 1960 tutkimuksesta oli tunnistettavissa 50–60 luovuuden määritelmää,⁵ ja vuonna 1988 Sternberg totesi vain harvan psykologisen ilmiön olevan luovuutta hankalampi määritellä.⁶ Hyvä esimerkki moninaisuudesta on luovuustestejä kehitelleen Torrancen lähestymistapa käsitelmäärittelyyn: hänellä on yhden sijasta kolme rinnakkaista luovuuden määritelmää – tutkimuksellinen ja taiteellinen määritelmä sekä ”selviytymismääritelmä”.⁷ Luovuuden muotoja ja määritelmiä on myös luokiteltu eri tavoin.⁸

Luovuustutkimuksen näkökulmia ja kehitystä on jäsennetty erottamalla toisistaan *mystinen* näkökulma luovuuteen inspiraationa tai hengellisenä prosessina; *pragmaattinen* näkökulma, jossa korostuvat luovuuden kehittämisen keinot; yksilön alitajuisia ja tiedostamattomia voimia painottava *psykodynaaminen* näkökulma; *psykometrinen* näkökulma, joka korostaa luovuuden mittaamista visuaalisin ja sanallisin testein; luovan ajattelun mentaalisiin prosesseihin keskittyvä *kognitiivinen* näkökulma sekä *sosiaalis-persoonallinen* näkökulma, jossa huomio on luovuuden yksilöllisissä ja sosiokulttuurisissa edellytyksissä. Samalla on painotettu luovuuden kokonaisvaltaista analysointia, jotta mikään yksittäinen näkökulma ei hallitsisi tarkastelua liikaa.⁹

Luovuutta voi tarkastella *tuotosten, prosessien, henkilöiden ja toimintajärjestelmien* ominaisuutena.¹⁰ Sen ytimessä on uutuuden ja hyödyllisyyden yhdistelmä: ihminen toimii luovasti tietyllä elämänalueella – kuten tieteessä tai taiteessa – kun hän luo esimerkiksi ajatuksen, idean tai teorian, joka on *uusi ja hyödyllinen*.¹¹ Luova toiminta edellyttää siten synteettistä, analyttistä ja käytän-

5. Calvin W. Taylor, Various approaches to and definitions of creativity, s. 99–121 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *The nature of creativity*. Cambridge University Press 1988, s. 118.
6. Robert J. Sternberg, A three-facet model of creativity, s. 125–147 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *The nature of creativity*. Cambridge University Press 1988, s. 126.
7. E. Paul Torrance, The nature of creativity as manifest in its testing, s. 43–75 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *The nature of creativity*. Cambridge University Press 1988, s. 47–57.
8. Erilaisista luokittelusta esimerkkeinä Taylor 1988, s. 118–119 sekä Robert J. Sternberg – Linda A. O’Hara, Creativity and Intelligence, s. 251–272 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *Handbook of Creativity*. Cambridge University Press 1999, s. 252–269.
9. Robert J. Sternberg – Todd I. Lubart, The Concept of Creativity: Prospects and Paradigms, s. 3–15 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *Handbook of Creativity*. Cambridge University Press 1999, s. 4–10.
10. Ks. Keith Simonton – Rodica Ioana Damian, Creativity, s. 795–808 teoksessa Daniel Reisberg (ed), *The Oxford Handbook of Cognitive Psychology*. Oxford University Press 2013, s. 796–804. Luovuudesta toimintajärjestelmien ominaisuutena ks. esim. Norman Jackson, Making Sense of Creativity in Higher Education, s. 197–215 teoksessa Norman Jackson – Martin Oliver – Malcolm Shaw – James Wisdom (eds), *Developing Creativity in Higher Education: An Imaginative Curriculum*. Routledge 2006, s. 201–203.
11. Tämän määrittelyn keskeisyydestä ks. esim. Philip N. Johnson-Laird, Freedom and constraint in creativity, s. 202–219 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *The nature of creativity*. Cambridge University Press 1988, s. 203; Raymond S. Nickerson, Enhancing Creativity, s. 392–430 teok-

nöllistä älykkyyttä: uusien ideoiden synnyttämistä, niiden laadun arviointia sekä lopulta tehokasta viestintää ja yleisön vakuuttamista niiden arvosta.¹²

Luovuuden ilmentymiä tunnistetaan tutkimuksessa varsin eri tavoin. Yhdessä ääripäässä luovuutta nähdään lähinnä tieteen ja taiteen peruslähtökohtia ja paradigmoja mullistavissa tuotoksissa. Luovuus ilmenee vaikkapa Einsteinin suhteellisuusteoriassa ja yksittäisten taiteilijaneröjen tekemisissä.¹³ Toista ääripäätä edustaa ajatus, että uutta tieteenalaa opiskeleva henkilö on luova sisäistäänsään alan peruseräpäätteitä, jotka ovat kuitenkin hänelle uusia.¹⁴ Tällöin luovuus samastuu oppimisen käsitteeseen.

Pidämme tämän artikkelin lähtökohtana, että luovuus voidaan asemoida myös oikeustieteissä edellisten ääripäiden väliin ja sille sallitaan useita eri muotoja. Jos vain paradigmamurrokset nähtäisiin luovuutena, vakiintuneita metodeja soveltavissa ja ajattelua vähitellen kehittävässä tutkimuksissa ei voisi olla luovuutta. Oletamme tämän ajatuksen olevan vieras tutkijoiden itseymmärrykselle. Toisaalta mitä tahansa oppimista ei ole mielekäästä tulkita luovuudeksi. Oletuksemme vastaa kognitiivisen psykologian näkemystä luovasta ajattelusta jatkumollisena ilmiönä: luovuudella on aste-eroja, eikä raja luovan ja epäluovan ajattelun välillä ole selvärajainen.¹⁵

1.2. Tutkimusongelma

Haemme tässä kyselytutkimukseen¹⁶ perustuvassa artikkelissa vastauksia kolmeen kysymykseen:

nessa Robert J. Sternberg (ed), *Handbook of Creativity*. Cambridge University Press 1999, s. 392; Sternberg – Lubart 1999, s. 3.

12. Sternberg – O'Hara 1999, s. 269.

13. Robert W. Weisberg (Problem solving and creativity, s. 148–176 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *The nature of creativity*. Cambridge University Press 1988, s. 148–150) arvioi 1980-luvun lopulla, että tämä ”neronäkökulma” luovuuteen oli hallinnut keskustelua varsin pitkään. Hyvä esimerkki on vuonna 1970 julkaistu antologia *Creativity* (toim. P. E. Vernon, Penguin Books), jonka toinen osa ”Introspective materials” sisälsi muun muassa Mozartin ja Tchaikovskyn kirjeitä.

14. Ks. esim. Margaret Edwards – Chris McGoldrick – Martin Oliver, *Creativity and curricula in higher education*, s. 59–73 teoksessa Norman Jackson – Martin Oliver – Malcolm Shaw – James Wisdom (eds), *Developing Creativity in Higher Education: An Imaginative Curriculum*. Routledge 2006, s. 61.

15. Thomas B. Ward – Steven M. Smith – Ronald A. Finke, *Creative Cognition*, s. 189–212 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *Handbook of Creativity*. Cambridge University Press 1999, s. 193.

16. Ks. tarkemmin kyselystä luku 1.3.

- 1) Kokevatko kyselyyn vastanneet oikeustieteilijät luovuuden tutkimustyönsä merkitykselliseksi ominaisuudeksi? (luku 2)
- 2) Miten luovuus voi ilmetä oikeustutkimuksessa – yhtäältä yleisesti tutkijan työssä (luku 2) ja toisaalta tarkemmin oikeustutkimuksen metodien näkökulmasta (luku 3)?
- 3) Miten kyselyyn vastanneet oikeustieteilijät kokevat tutkimustyön toimintaympäristön vaikuttavan oikeustutkimuksen luovuuteen? (luku 4)

Havaintojemme mukaan oikeustieteiden luovuutta ei ole tutkittu Suomessa laajemmin.¹⁷ *Brusiin* analysoi kuitenkin väitöskirjassaan tuomarin ratkaisuharkinnan luovaa ulottuvuutta. Esitelyään erisuuntaisia näkemyksiä harkinnan luovuudesta hän katsoi, että oikeusteoriasta tulisi kokonaan poistaa ”luomisen” käsite, sillä se johtaa ajatuksen harhaan ja ”herättää meissä mielikuvan tuomaria, jonka ratkaisut pilventakaisina aivosalamoina, taiteellisen luomisen kaltaisina, sinkoutuvat yhteiskunnalliseen todellisuuteen”. Toisaalta *Brusiin* korosti tuomarin itsenäistä harkintaa: aukkotapauksissa tuomari ei ”löydä” valmista normia vaan hänen on muodostettava se itse.¹⁸

Tolonen on korostanut *Brusiinin* näkemyksiä tuomarin luovuudesta ja pitänyt *luovan toiminnan teoriaa* yhtenä tämän tuotannon hallitsevana ajatustemana. *Tolonen* on nähnyt *Brusiinin* ajattelun vaikuttaneen muun muassa tältä osin *Aarnion* tuotantoon.¹⁹ *Aarnion* mukaan ”[o]ikeuden jakaminen yhtä hyvin kuin oikeudellisen tiedon tuottaminenkin ovat luovia prosesseja”, joskin luovuuden rajat määrittää systeemi: systeemin ”avulla tunnistetaan ratkaistava oikeudellinen ongelma, ja se osoittaa asianomaiseen ongelmaan tarjolla olevat ratkaisuvaihtoehdot”.²⁰ *Aarnio* näkee luovuutta myös teoreettisessa lainopissa, sillä ”teorianmuodostus on luovaa toimintaa, jossa teoreettinen kehys määrittää asetettavia kysymyksiä ja kysymykset edelleen annettavia vastauksia”.²¹ Esimerkkinä *Aarnio* mainitsee *Zittingin* omistusoikeusanalyysit, joilla oli esikuvansa, mutta joita ”Zitting sovelsi – – omaperäisellä ja luovalla tavalla suomalaisen oikeusjärjestyksen ja suomalaisen yhteiskunnan tarpeisiin”.²²

Paso on puolestaan korostanut tieteellisen kirjoittamisen luovuutta ja omaanisen, merkityksellisen tekstin kirjoittamisen tärkeyttä. Hän näkee luovan tie-

17. Ulkomaisesta tutkimuksesta ks. esim. Jan M. Smits, *The Mind and Method of the Legal Academic*. Edward Elgar Publishing 2012, s. 101–105.

18. Otto *Brusiin*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Suomalainen lakimiesten yhdistys 1938, s. 124–125.

19. Hannu *Tolonen*, Tuomarin harkinta normin puuttuessa: Otto *Brusiinin* väitöskirjan tarkastelua aikalais- ja nykykeskustelussa. *Lakimies* 1/1997, s. 25–63, 32 ja 44–45.

20. Aulis *Aarnio*, Tulkin taito – Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. *Talentum* 2006, s. 22.

21. *Aarnio* 2006, s. 97.

22. *Aarnio* 2006, s. 239–240.

teellisen kirjoittamisen perustana paitsi kärsivällisen ja rauhallisen kirjoitustyön, myös monipuolisten vaikutteiden hakemisen esimerkiksi kaunokirjallisuudesta ja taiteista laajasti ymmärrettynä. Taide voi ”ravistella oivalluskykyä”, ja jos vain tunnistamme sen, taide ympäröi meitä kaikkialla: ”elämä on täynnä taideteoksia: asuntojen sisustuksia, asuja, juhlakulkueita, lauluja ja vitsejä”.²³ Vaikka tieteellinen kirjoittaminen on sidottu tieteen konventioihin, ”se *luova prosessi*, jonka tuloksena tieteellinen kirjoitus syntyy, muistuttaa taiteellisen tekstin kirjoitusprosessia”.²⁴

1.3. Tutkimusaineisto ja -menetelmät

Artikkelimme perustuu luovuutta käsittelevään tutkimuskirjallisuuteen ja kyselyaineistoon. Kokosimme aineiston lokakuussa 2022 Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitoksen tutkijoille ja opettajille suunnatulla verkkokyselyllä. Lähetimme linkin kyselylomakkeeseen sähköpostitse laitoksen henkilökunnan yhteissähköpostiosoitteeseen. Saateviestissä tarkensimme, että kysely on suunnattu tutkijoille ja opettajille. Näin ollen emme kartoittaneet kyselyllä perustutkinto-opintoja suorittavien opetus- ja tutkimusavustajien tai opintohallinnon tehtävissä työskentelevien näkemyksiä. Muutoin kysely oli avoin kaikille laitoksen opetus- ja tutkimushenkilöstöön kuuluville riippumatta tehtävänimikkeestä. Kyselylomakkeella oli seitsemän avokysymystä:

- 1) Miten luovuus ilmenee omassa tutkimustyössäsi? Voit kuvailla yleisesti ja/tai mainita esimerkkejä.
- 2) Mitkä yliopistotyön piirteet (esimerkiksi rahoitusjärjestelmä, urapolut, toimintakulttuuri, johtaminen) edistävät luovuutta tutkimustyössäsi? Perustelee.
- 3) Mitkä yliopistotyön piirteet (esimerkiksi rahoitusjärjestelmä, urapolut, toimintakulttuuri, johtaminen) heikentävät luovuutta tutkimustyössäsi? Perustelee.
- 4) Onko sinun luovuuttasi oikeustieteilijänä tuettu tai rajoitettu? Miten?
- 5) Miten oikeustieteilijöitä voitaisiin kannustaa luovuuteen?
- 6) Mahdollistavatko oikeustutkimuksen menetöt luovuuden? Miksi tai miksi eivät?
- 7) Voit mainita esimerkkejä oikeustieteiden tutkimuksista, jotka ovat mielestäsi jollain tavalla luovia. Miten luovuus niissä ilmenee?

23. Mirjami Paso, Kirjoitanko, koska muuta en voi? Tieteellisestä kirjoittamisesta ja sen opettamisesta. *Oikeus* 3/2010, s. 299–310, 300–301.

24. Paso 2010, s. 307 (kursivointi alkuperäinen).

Kyselyyn saatiin 15 vastausta. Artikkelin tavoitteena ei ole arvioida eri näkemysten, ajattelutapojen tai mallien yleisyyttä oikeustieteen tutkijoiden keskuudessa. Sen sijaan analysoimme kyselyyn vastanneiden tutkijoiden edustamia ajattelutapoja luovuudesta. Tarkastelemme aineiston valossa luovuutta näkökulmana oikeudelliseen tutkimukseen ja erilaisten luovuusnäkemysten suhdetta oikeustieteen tutkijoiden itseymmärrykseen.²⁵ Tähän tarkoitukseen myös määrällisesti pieni aineisto on teoreettisesti riittävän kattava. Koska tavoitteemme ei ole sellittää tutkijoiden välisiä näkemuseroja, emme kysyneet vastaajilta taustatietoja, kuten ikää, sukupuolta tai sitä, minkä tyyppistä tutkimusta henkilö pääosin tekee. Näin pyrimme varmistamaan vastaajien anonymiteetin ja lähestymistavan, jossa emme luokittele tutkijan itsereflektiota esimerkiksi meritoituneisuuden perusteella. Useimmat vastaajat kertoivat kuitenkin oma-aloitteisesti esimerkiksi siitä, tekevätkö he pääasiallisesti lainopillista, empiiristä vai esimerkiksi monitieteistä tutkimusta.²⁶

Tutkimusmetodimme on laadullinen sisällönanalyysi, jonka toteutimme osin aineisto- ja osin teorialähtöisesti. Aineiston kokoamisen ja analysoinnin lähtökohtana on ollut oletus, että oikeustutkijoiden käsitykset luovuudesta heijastavat eri näkökulmia ja että näin ollen niiden analyysissä on perusteltua hyödyntää erilaisia teorioita.²⁷ Aineiston analysoinnin tukena on niin kognitiivisia (luku 2) kuin sosiokulttuurisiaakin (luku 4) malleja luovuudesta. Analysoitaessa tutkijoiden luovuutta koskevaa metodista itsereflektiota luvussa 3 teoreettisena viitekehystenä toimii myös oikeustieteellinen metodikirjallisuus.

Tutkimuksen aineisto- ja teorialähtöisyys on näkynyt aineiston kokoamisessa seuraavasti: Olemme laatineet kyselylomakkeen ensimmäisen kysymyksen siten, että vastauksia olisi mahdollista analysoida kognitiivisten luovuusteorioiden näkökulmasta. Muotoilimme kuitenkin kysymyksen kiinnittämättä sitä mihinkään tiettyyn teoriaan, jotta tutkijat reflektoisivat tutkimustyönsä luovuutta vapaasti omista lähtökohdistaan. Laadimme myös lomakkeen kuudennen ja seitsemännen kysymyksen ilman etukäteistä kytkentää tiettyihin teorioihin, jotta vapaaseen pohdintaan perustuvat vastaukset antaisivat pohjan aineistolähtöiselle analyysille. Kysymysten 2–5 muotoilussa olemme sen sijaan tukeutuneet luovuuden sosiokulttuurisiin malleihin ja pyrkineet näin keräämään kokemuksia yliopistotyön piirteistä, jotka toimivat luovuuden kannustimina tai rajoitteina.

Aineiston analysoinnissa olemme tunnistaneeet vastauksista alustavasti eri teorioita vastaavia ilmaisuja. Sen jälkeen olemme tulkinneet ja abstrahoineet vastauksia eri teorioiden näkökulmasta. Analyysin edetessä aineiston tarkas-

25. Tutkijan itseymmärryksestä ks. Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 103–158.

26. Analysoimme näitä vastauksia luvuissa 3.2.–3.4.

27. Ks. kootusti erilaisista luovuutta kuvaavista teorioista Reijo Miettinen, 1900-luvun luovuustutkimuksen suuri linja: intuitio, oivallus ja luovat kohtaamiset. *Psykologia* 52(6) 2017, s. 457–471.

telu on siis tarkentunut tiettyjen luovuustutkimuksen jäsenysten suuntaiseksi.²⁸ Tuomme kyselyyn annettuja vastauksia esiin pääosin suorina lainauksina, jotta tutkijoiden itsereflektio välittyy oikeustieteilijöiden omin sanoin.²⁹

2. Luovuus tutkimustyön merkityksellisenä ominaisuutena

2.1. Vastausten keskeinen sisältö

Luovuutta on tutkittu paljon, mutta luovuuden mielekkyyteen ajattelua jäsentävänä käsitteenä kohdistuu myös kritiikkiä. Tiedon ja luovuuden suhdetta analysoinut *Weisberg* on katsonut, että monet luovaksi ajatteluksi tulkitut tilanteet ovat selitettävissä uskottavammin tiedon näkökulmasta: ”luovaa” ja ”epäluovaa” ajattelijaa erottaa lähinnä se, että edellisellä on enemmän tietoa. Siksi ei tarvita erityistä luovan ajattelun mallia vaan yleinen ajattelun teoria. Tämä kyseenalaistaa luovan ajattelun asemaa itsenäisenä tutkimuskohteena.³⁰ *Sternberg* ja *Lubart* ovat puolestaan jäsentäneet luovuutta koskevan ajattelun ja tutkimuksen näkökulmia. Näistä vanhin ja edelleen vaikuttava ajattelusuuntaus kytkee luovuuden mystiikkaan. Tällöin luovuus nähdään hengellisenä tai mystisenä prosessina, jota on mahdoton tutkia tieteellisesti. Ajattelutavan riskinä on, että luovuus rajataan tieteen ulkopuolelle.³¹

Näiden kriittisten huomioiden näkökulmasta on perusteltua tarkastella, tunnistavatko oikeustieteilijät luovuuden työnsä relevantiksi ominaisuudeksi. Kysymykseen ”Miten luovuus ilmenee omassa tutkimustyössäsi?” annettiin monipuolisia vastauksia. Esittelemme ensin vastausten keskeisen sisällön. Luvuissa 2.2–2.4 analysoimme niitä tarkemmin luovuustutkimuksen mallien näkökulmasta.³²

Yksikään vastaaja ei selväsanaisesti kiistänyt luovuuden merkitystä tutkimustyössään, saati arvostellut kyselyn mielekkyyttä.³³ Yhdessä vastauksessa tutki-

28. Aineisto- ja teorialähtöisestä sisällönanalysistä ks. esim. Anneli Sarajärvi – Jouni Tuomi, Laadullinen tutkimus ja sisällönanalyysi. Tammi 2018, s. 91–98; Anu Puusa, Näkökulmia laadullisen aineiston analysointiin, s. 141–152 teoksessa Anu Puusa – Pauli Juuti (toim.), Laadullisen tutkimuksen näkökulmat ja menetelmät. Gaudeamus 2020, s. 146.

29. Olemme korjanneet siteerattavista vastauksista selkeitä kirjoitusvirheitä, jotka eivät vaikuta vastausten asiasisältöön.

30. Robert W. Weisberg, *Creativity and Knowledge: A Challenge to Theories*, s. 226–250 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *Handbook of Creativity*. Cambridge University Press 1999, s. 248–249.

31. Sternberg – Lubart 1999, s. 4–5.

32. Hyödynämme tässä analyysissa myös kyselymme muihin kysymyksiin annettuja vastauksia.

33. Koska aineistomme on rajallinen, on mahdollista, että kyselyyn jätti vastaamatta tutkijoita, jotka kiistävät luovuuden merkityksen oikeustutkimuksessa.

muksen luovuus ”sanan varsinaisessa merkityksessä” kytkettiin työn *tuotoksiin* eli siihen, että tutkimuksella ”luodaan *uutta tietoa*” (kursivointi tässä). Muutoin vastauksille oli tyypillistä luovuuden tunnistaminen tutkimus*prosessissa*, vieläpä tämän *kaikissa vaiheissa*. Luovuuden nähdään läpäisevän tutkijan toimintaotteen ja kulkevan tutkimuksessa mukana alusta loppuun:

”Tutkimustyö on aina luovaa. En löydä siitä mitään osaa, joka ei olisi luovaa, sillä jopa tilastolliset analyysit edellyttävät luovuutta.”; ”Tutkimustyö ON luovaa. Se vertautuu työnä lähinnä taiteeseen. – Käytännössä tutkimuksen kaikki vaiheet edellyttävät luovuutta.”; ”itse tutkimustyö on aina jollain tavalla luovalla maaperällä, koska tutkija tekee jatkuvasti erilaisia valintoja ja vie tätä kautta tutkimusta eteenpäin.”

Kokonaisvaltaisen luovuuden ohella vastauksissa oli mainintoja myös luovuuden tarkemmista ilmenemismuodoista. Muutamissa vastauksissa tutkijan luovuuden piirteenä korostui *itsenäisyys* ja *kriittisyys* suhteessa muihin tutkijoihin ja vallitseviin ajattelutapoihin:

”En suostu kumartamaan ikoneja.”; ”Luovuus kulkee käsi kädessä kriittisen ajattelun kanssa”; ”omassa tutkimuksessa luovuus yhdistyy tai paremminkin ilmenee vapautena tehdä omasta tutkimuksesta oman näköinen.”

Tutkimuskysymysten tunnistamisessa ja muotoilussa luovuuden tulkittiin ilmevän muun muassa seuraavasti:

”Tutkimusideoiden kehittämisessä on oltava herkkä ’heikoille signaaleille’: eri asiantuntijat voivat sanoittaa samaa ilmiötä eri sanoin ja vaatii tietynlaista luovuutta ymmärtää mistä voi olla kyse ja millainen tutkimusongelma ko. asiassa piilee.”

”Tutkimusasetelmien kehittäminen edellyttää luovuutta; ei teekään/tutkikaan niin kuin on totuttu tehdä tai nähdä, vaan ilmiökeskeisemmin, tarkemmin ja uutta näkökulmaa esille tuoden.”

”Pyrin löytämään uutta näkökulmaa sellaisista suunnista mitä ei vielä ole otettu aiemmissa tutkimuksissa huomioon.”

Aineiston keruussa, analysoinnissa ja argumentaatiossa luovuus näkyi monin tavoin:

”on hyvä lukea myös eri tieteenalojen tutkimuksia ja kaunokirjallisuutta ideoiden saamiseksi”

”teoreettinen ajattelu vaatii luovuutta, ehkä myös tietynlaista vetoa filosofiseen ajatteluun”

”jos lakia tulkitsee ja systematisoi ilman luovuutta, saa aikaan vain deskriptiivistä tekstiä”

”Luovuus tutkimustyössä yhdistyy minulla paljolti tulkintaan. Ja sillä en tarkoita vain oikeudellista tulkintaa vaan myös empiiristen ilmiöiden ja aineistojen tulkintaa. Luovan tulkinnan apuna ovat teoreettiset ideat ja ajatusrakennelmat. Ehkä tämä on sitä sosiologista mielikuvitusta. Voi kuvitella ”toisin” kuin miltä päältäpäin näyttää. Luovuus ja tulkinta syntyvät myös usein yllättävistä yhdistelmistä.”

Myös kirjoittamisessa ja tutkimustulosten raportoinnissa tunnistettiin luovuutta:

”Konkreettisina keinoina voisi mainita luovan, vapaan kirjoittamisen (mielen virtaa) sekä erilaisten miellekarttojen hyödyntämisen ja kaavioiden/kuvien työstämisen, näitä voi rikastuttaa käyttämällä värejä tai kuvia.”

”miten asettaa sanansa eri kuulijaryhmän mukaan, miten esittää asiansa yksinkertaisesti mutta siten, ettei sanoma latistu”

2.2. Luovuuden asteet

Luovuus voidaan nähdä jatkumollisena ilmiönä. Tutkimuksissa on esimerkiksi erotettu toisistaan: 1) *intuitiivinen* ja *primitiivinen* luovuus, kuten lasten spontaanit piirustukset; 2) *tuotannollinen* tai teknisluonteinen luovuus, kuten rajoitettua vapautta sisältävä tieteellisen tuotoksen tekeminen metodien asettamien rajoitusten puitteissa; 3) *keksivä* luovuus, jossa aineistoja tai menetelmiä käytetään kekseliäästi; 4) *uudistava* tai innovatiivinen luovuus, jossa ajattelutapoja muokataan omaperäisesti käsitteellisen ajattelun keinoin sekä 5) poikkeuksellista *nerokkuutta ilmentävä* luovuus, joka ilmenee uusien koulukuntia tai liikkeitä käynnistävien, perustavanlaatuisesti uusien periaatteiden luomisena.³⁴

Kyselyssä vastaajia ei pyydetty arvioimaan oman tutkimustyönsä tai sen tulosten luovuutta. Yhdessä kysymyksessä annettiin kuitenkin mahdollisuus tuoda esiin esimerkkejä jollain tavalla luovista tutkimuksista. Eräs vastaaja viittasi paitsi kaiken oikeustutkimuksen luovuuteen, myös mahdollisuuteen tunnistaa eriasteista tutkimuksellista luovuutta:

”Esimerkiksi oikeusperiaatteita koskevat tutkimukset tai oikeusfilosofiset tutkimukset osoittavat kirjoittajan omaavan *suuria* luovuuden hetkiä. Kuitenkin en halua poissul-

34. Norman Jackson – Christine Sinclair, Developing students' creativity, s. 118–141 teoksessa Norman Jackson – Martin Oliver – Malcolm Shaw – Jasmies Wisdom (eds), Developing Creativity in Higher Education: An Imaginative Curriculum. Routledge 2006, s. 121–123; Torrance 1988, s. 46.

kea luovuuden elementtiä myös lainopillisissa tutkimuksissa tai empiirisissä tutkimuksissa, koska tutkija on tutkimusta tehdessään monesti luovalla tavalla yhdistänyt asioita, tulkinnut ja systematisoinut asioita. – – En myöskään pysty nostamaan esille yhtäkään tutkimusta, joka ei olisi *yhtään* luova. Tällöin kysymys olisi puhtaasti luettelosta, tilastotaulukosta, selvityksestä yms., jota ei olisi kenenkään tutkijan toimesta millään tasolla analysoitu tai tulkittu.” (kursivoinnit tässä)

Erään vastaajan mukaan ”[u]seimmat alan väitöskirjat ja *monet* julkaistut artikkelit ovat osoituksia tieteellisestä luovuudesta”. Tässä kursivoidut kohdat antavat toisaalta ymmärtää, että kaikki väitöskirjat ja artikkelit eivät vastaajan mukaan osoita tieteellistä luovuutta. Myös yhdestä luovuuden ilmenemistä koskevasta vastauksesta välittyvä ajatus, että tutkimusten luovuuden astetta on mahdollista arvioida: ”[L]uovuus – – ilmenee vapautena tehdä omasta tutkimuksesta oman näköinen – –. Se *miten luovaa* tutkimukseni sitten on, on varmaankin eri asia.” (kursivointi tässä)

Ajatus luovuuden erilaisista asteista ilmeni siis useista vastauksista. Eräs vastaaja oli kuitenkin tiukasti tätä ajatusta *vastaan*: ”Kaikki ovat luovia ja suutun, jos joku alkaa lajittelemaan tutkimuksia luovuuden perusteella.”

Muutamit vastaukset luovuuden ilmenemisestä ovat myös varovaisesti luokiteltavissa edellä esitellyn viisiportaisen luokittelun mukaan. Edellä lainattu vastaus, jonka mukaan on mahdotonta nostaa esiin tutkimusta, joka ei olisi yhtään luova, sisältää ajatuksen, että jo aineiston tavanomainen analysointi ja tulkinta tieteen metodien mukaisesti täyttää jonkinlaisen tieteellisen luovuuden vähimmäistason. Tätä voidaan pitää *tuotannollisen luovuuden* muotona.

Muutama aineiston esimerkki luovuudesta ilmentää puolestaan *keksivää luovuutta* eli aineistojen tai menetelmien kekseliästä käyttöä: 1) Eräs artikkeli mainittiin esimerkkinä luovasta tutkimuksesta, koska siinä oli käytetty ”innovatiivisesti empiiristä tutkimusta valtiosääntöoikeudessa”. 2) Erään tutkijatiimin tutkijaryhmän tutkimuksia pidettiin luovina, koska niissä ”on ollut taidepajaa ja kerätty aineistoa kirjeiden muodossa” ja luovuus ilmenee siten, että ”keksitään monipuolisia tapoja kerätä aineistoa”. 3) Eräs väitöskirja nähtiin luovana ilmaisutapansa ansiosta, sillä sen ”[k]irjoitustyyli on paikoin melkoista ajatuksen virtaa, myös tekstin ulkoasu poikkeaa osin tavanomaisesta”. Vastaaja näki tässä ”luovuuden poikkeavuutena valtavirrasta, rohkeutena tehdä ja ilmaista asiat toisella tapaa”. 4) Luovuutta nähtiin myös siinä, että väitöskirjan tekijä ”kertoi tehneensä empiirisen aineistolähtöisen analyysinsä avulla löytöretken varsinaisen tutkimuskysymyksensä äärelle”.

2.3. Luovuus ideoiden synnyttämisen ja tarkastelun vuorovaikutuksena

Luovan ajatteluprosessin rakennetta on jäsennetty eri tavoin. Torrance on jäsenettänyt luovan ajattelun nelivaiheisesti: 1) Vaikeuksien, ongelmien, tietopuutteiden

tai puuttuvien elementtien tunnistaminen; 2) Arvausten ja hypoteesien tekeminen; 3) Arvausten ja hypoteesien arviointi, muokkaus ja uudelleenarviointi; 4) tulosten viestintä.³⁵ Toinen samantapainen jäsennys on kognitiivisen psykologian Geneplore-malli. Sen mukaan luova ajattelu sisältää uusia alustavia ideoita luovan generatiivisen vaiheen sekä tämän jälkeisen tutkivan tai tarkastelevan eli eksploraatiivisen vaiheen, jossa ideoita arvioidaan ja jäsennetään.³⁶ Mallilla on ilmeisiä yhtymäkohtia oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan erotteluun.³⁷

Geneplore-mallia on tarkennettu erittelemällä eri muotoja, joilla alustavien ideoiden luominen tapahtuu. Näitä ovat esimerkiksi aiempien tietorakenteiden noutaminen omasta muistista, tietorakenteiden väliset assosiaatiot tai yhdistelmät, uusien rakenteiden syntetisointi, tiedon analoginen siirtäminen tietoaalueelta toiselle tai tietorakenteiden käsitteellinen supistaminen. Myös ideoiden kestävyys tarkastelu voi tapahtua monin tavoin, kuten analysoimalla niiden käytännöllisiä ja käsitteellisiä rajoituksia, uusia piirteitä, käyttötapoja ja roolia ongelmanratkaisussa.³⁸

Muutamat aineistomme vastaukset kysymykseen ”Miten luovuus ilmenee omassa tutkimustyössäsi?” sisältävät ajatuksen eri keinoin tapahtuvasta ideoiden synnyttämisestä tutkimuksen luovuuden osana. Eräs vastaaja näki luovuuden ilmenevän tutkimustyössään ”uusien huomioiden – oivaltamisena”, ja toinen puolestaan kertoi pyrkivänsä ”pitämään mielen avoimena”. Jälkimmäinen vastaaja mainitsi konkreettisina keinoina uusien näkökulmien löytämiseen ”luovan, vapaan kirjoittamisen (mielen virtaa) sekä erilaisten mieliekarttojen hyödyntämisen ja kaavioiden/kuvien työstämisen”. Eräs vastaaja viittasi asioiden yhdistämiseen luovuuden keinona:

”Luovan tulkinnan apuna ovat teoreettiset ideat ja ajatusrakennelmat. Ehkä tämä on sitä sosiologista mielikuvitusta. Voi kuvitella ’toisin’ kuin miltä päältäpäin näyttää. Luovuus ja tulkinta syntyvät myös usein yllättävistä yhdistelmistä.”

Samantapaiseen oman ajattelun rikastamiseen ideoiden saamiseksi viittaa vastaus, jonka mukaan ”on hyvä lukea myös eri tieteenalojen tutkimuksia ja kaunokirjallisuutta ideoiden saamiseksi”. Moni oikeustieteen tutkija siis näkee uusien yllättävien ideoiden tai hypoteesien muodostamisen osana tutkimustyönsä luovuutta. Tutkimustyön kokonaisuudessa ideat asettuvat osaksi tieteenalan metodien määrittämää ajattelu- ja kirjoitusprosessia, jossa ideoita koetellaan ja tarkastellaan. Tutkijoiden vastauksissa on siis tunnistettavissa luovan ajattelun teoreettisten mallien tyyppillisiä piirteitä.

35. Torrance 1988, s. 47.

36. Ward – Smith – Finke 1999, s. 191–193.

37. Ks. esim. Siltala 2003, s. 475–493. Ks. tarkemmin oivaltamisesta ja perustelemisesta luku 3.1.

38. Ward – Smith – Finke 1999, s. 192.

2.4. Luovuus asioiden haudutteluna ja oivalluksina

Matemaatikko *Poincarén* esittämä, sittemmin luovuustutkimuksissa usein viitattu nelivaiheinen luovan prosessin malli sisältää tietoisin ja tiedostamattoman vuorottelua: 1) tietoinen valmistautuminen eli ongelmaan perehtyminen ja tiedon hankkiminen; 2) hauduttelu (incubation); 3) oivallus; 4) varmentaminen eli oivalluksena syntyneen ratkaisun todistaminen ja perustelevinen tavalla, joka on muiden asiantuntijoiden ymmärrettävissä.³⁹ Haudutteluvaiheessa ratkaistavaa ongelmaa ei tietoisesti ajatella tai prosessoida. Ongelman jättäminen hautumaan voi tapahtua joko työstämällä tietoisesti muita asioita tai rentoutumalla eli jättämällä tietoinen ajattelutyö joksikin aikaa sikseen.⁴⁰

Kyselyaineistomme vastauksissa luovuus kiinnitettiin valtaosin tietoiseen ja tavoitteelliseen tutkimustyöhön. Muutama vastaaja nosti esiin hauduttelu- ja oivallusvaiheille ominaisia asioita:

”[J]outilaisuus ja tylsistyminen edistää luovuutta. Omat parhaat ideani saan juoksulenkillä, saunassa, ruokaa laittaessa, musiikkia kuunnellessa ja siivotessa. Olisi tärkeä avoimesti keskustella siitä, että tutkijantyö ja luovuuden ’houkuttelevinen’ ei välttämättä tapahdu oikeustieteellisen tekstin äärellä, vaan jossain aivan muualla.”
”Luova ajattelu tarvitsee tilaa ja sopivassa suhteessa tyhjääkäyntiä.”

Lisäksi useissa vastauksissa nostettiin esiin, että työn ajallinen väljyys edistää luovuutta:

”Luovuutta edistää kaikki sellaiset rakenteet, jotka lisäävät vapautta ja väljyyttä ja itseohjautuvuutta työssä.”; ”Monesti vapaus ja aika ovat niitä tekijöitä, jotka edistävät luovaa tapaa toimia.”; ”On vaikea ajatella, että 6 kk tai 12 kk määräaikaisessa työsuhteessa saisi vapautta ja aikaa riittävästi, jotta luovuus heräisi – – ”

Näissä vastauksissa ei kuvailla tarkemmin, mihin tutkija ajallisen väljyyden käyttää. Aineistosta ei voi päätellä, että vastaajat olisivat ajatelleet juuri senkaltaista rentoutumisen tai muiden asioiden ajattelun vaihetta, jota *Poincaré* hauduttelulla

39. H. Poincaré, *Mathematical Creation*, s. 77–88 teoksessa P. E. Vernon (ed), *Creativity*. Penguin Books 1970, s. 81–84.

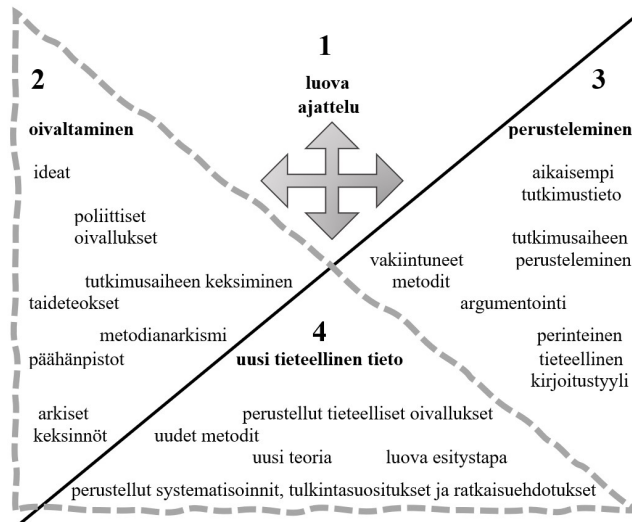
40. G. Wallas, *The Art of Thought*, s. 91–97 teoksessa P. E. Vernon (ed), *Creativity*. Penguin Books 1970, s. 94–95. Luovaan ajatteluun sisältyvien tiedostamattomien vaiheiden sisällöstä on erilaisia näkemyksiä. Langley ja Jones ovat esitelleet eri tutkijoiden tulkintoja valmistautuminen – hauduttelu – oivaltaminen – varmentaminen -mallista ja pitäneet perusteltuna olettaa, että haudutteluvaiheessa ei tapahdu mitään erityisiä tiedostamattomia prosesseja, jotka myöten vaikuttaisivat luoviin tuloksiin. Ks. Pat Langley – Randolph Jones, *A computational model of scientific insight*, s. 177–201 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *The nature of creativity*. Cambridge University Press 1988, s. 190–191.

tarkoittaa. Toisaalta vastaukset ovat myös yhteensopivia hauduttelu- ja oivallusvaiheet sisältävän luovan prosessin mallin kanssa.⁴¹

3. Luovuus oikeustutkimuksen metodeissa

3.1. Luovasta ajattelusta kohti perusteltua tieteellistä tietoa

Pelkkä lähteissä olevan informaation raportoiminen ei ole tiedettä, vaan tieteen on annettava oma panoksensa – jokaisen tutkimuksen tulisi tuottaa kohteestaan jotakin, jota kukaan ei ole aiemmin tuonut esille.⁴² Oivaltavuuden ja oman kontribuution myötä esimerkiksi väittelijä voi tuottaa tutkimusalalleen jotain uutta ja mielenkiintoista. Tiedeyhteisölle ei tulisi antaa kirjaa, jonka se on saanut jo aikaisempinakin vuosina.⁴³



Kuvio 1. Luovasta ajattelusta uuteen tieteelliseen tietoon.

41. Myös Urpo Kankaan metodisessa itsereflektiossa on tunnistettavissa tutkimusteeman tietoista työstämistä seuranneet hauduttelun ja äkillisen oivalluksen vaiheet: hän kertoo oivaltaneensa loppiaisena 1979 Vanajaveden sillalla öistä kauneutta ihaillessaan, kuinka tulisi kirjoittamaan väitöskirjansa. Hän kuvaa hetkeä metodiseksi valaistumisekseen. Ks. Urpo Kangas, Minun metodini, s. 90–109 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT Oy 1997, s. 93.

42. Juha Häyhä, Johdanto, s. 15–34 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT Oy 1997, s. 19. Ks. vastaavasti Siltala 2003, s. 475–476; Hirvonen 2011, s. 20.

43. Paso 2010, s. 300.

Kuvio 1 kuvaa matkaa luovasta ajattelusta kohti uutta tieteellistä tietoa. Tutkimuksen tekemisen keskeisinä osatekijöinä pidetään kuviossa numeroituja: 2) tiedon oivaltamisen eli keksimisen kontekstia (*context of discovery*) ja 3) tiedon perustelemisen eli oikeuttamisen kontekstia (*context of justification*), jossa tutkija oikeuttaa väitteensä tiedeyhteisössä hyväksyttävällä tavalla.⁴⁴ Tieteelliset metodit toimivat oivaltamisen ja perustelemisen välittävinä tekijöinä.⁴⁵ Tietoa ei kuitenkaan saavuteta pelkillä tarkkaan määritellyillä metodeilla, vaan myös välähdysten ja oivaltamisen kautta – ideoita ei valmisteta, vaan ne saadaan, joten luovien ideoiden syntyprosessista ei voi esittää tarkkarajaista kaavaa.⁴⁶ Oivaltamisen kontekstia kuvaa siten epämääräisellä katkoviivalla rajattu kolmio.

”Kaikki menetelmät mahdollistavat luovuutta, vaikka toki asettavat sille myös reunaehdot.”

Perustelemisen kontekstia kuvaa tarkkarajainen ja sääntillinen kolmio, johon kuuluvat vakiintuneet metodit ja perinteinen tieteellinen tyyli. Luovuuden reunaehdona on tieteessä se, että ilman tiedon luotettavuutta ja uskottavuutta koskevia perusteita tietoa ei voida hyväksyä tieteelliseksi tiedoksi.⁴⁷ Oivaltamista ja perustelemista kuvaavien kolmioiden yhtyessä muodostuu luvulla 4 numeroitua uutta tietoa. Ahaa-elämyksen aallon antama oivallus, jonka tutkija kykenee myös perustelemaan yleisölleen, voi saavuttaa tieteellisen tiedon aseman. Esimerkiksi kriittistä lainoppia tekevän tutkijan tehtävänä ei ole vain keksiä ja ilmaista vallitsevasta lainopista poikkeavia tulkintoja tai systematisointeja, vaan *perustella* ne.⁴⁸

Nelihaarainen nuoli ilmentää, että luova ajattelu toimii oivaltamisen ja perustelemisen kontekstin sekä niistä suodattuvan uuden tieteellisen tiedon vastavuoroisena välittäjänä. Kyse ei ole tarkkarajaisista vaiheista muodostuvasta tutkimusprosessista, vaan ajattelutyöstä, joka elää ja mukautuu prosessin aikana. Painotamme kuitenkin, että luovuutta voi käyttää myös perustelemisen kontekstissa 3. Tutkija voi siis esittää ja perustella tutkimustuloksensa luovalla tavalla:

44. Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY 1989, s. 37–38; Siltala 2003, s. 471–475. Ks. jaottelusta muodolliseen ja aineelliseen oikeuttamiseen Matti Ilmari Niemi, Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1996, s. 250–260.

45. Siltala 2003, s. 471–472.

46. Bengt Renander, Luovan prosessin tunteet. Suom. Virpi Näsänen. Kustannusosakeyhtiö Nemo 2003, s. 12.

47. Kari E. Turunen, Ihminen ja tiede. Tieteellisen toiminnan perusteita. Gummerus 1978, s. 16. Ks. samoin Toivo Salonen, Tieteenfilosofia. 4. täydennetty painos. Lapin yliopistokustannus 2007, s. 55. Ks. myös Ari Hirvonen, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2011, s. 17.

48. Raimo Siltala, Johdatus oikeusteoriaan. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2001, s. 151.

”Mun mielestä tutkija (ja opettaja) on tavallaan taiteilija. Luovuus on keskeinen osa tätä työtä. Luovuutta vaatii jo tutkimusasetelmien luominen ja tietysti kirjoittaminen. Jokaisella on oma persoonallinen tyyli tutkia ja kirjoittaa, mikä on erittäin arvostettavaa.”

”asioiden teoreettisessa jäsentämisessä, analyysissa ja johtopäätöksissä piirrän usein kuvia”

Katsomme, että osa väitteiden perustelemista ja uuden tiedon välittämistä ovat myös ne tekstin piirteet, jotka motivoivat tiedeyhteisöä ylipäättään lukemaan tuotoksen alusta loppuun saakka. Oma-peräinen tyyli on osa sitä panosta, jonka tutkija tuo alansa tutkimukseen. Luvuissa 3.2.–3.4. käsittelemme kolmea kokonaisuutta, jotka nousivat esille kysyttäessä luovuuden mahdollisuuksista oikeustutkimuksen metodeissa.

3.2. Luovuus lainopin metodissa

”Lainopin metodin menestyksellinen soveltaminen edellyttää luovuutta.”

”Parhaat lainopilliset tekstit, mitä olen lukenut ovat parhaita yleensä juuri luovien tulkintojensa vuoksi.”

Lainopin luovuutta kuvailleet vastaajat eivät perustelleet tarkemmin, miksi lainoppi mahdollistaa luovuuden. Luovien tulkintojen ja lainopin metodin *menestyksellisen* soveltamisen korostaminen viittaavat kuitenkin tutkijan keskeiseen tehtävään eli uuden tiedon tuottamiseen. Uuden tiedon tuottamisen edellytyksenä on kyky ja rohkeus ajatella kriittisesti ja kyseenalaistaa itsestäänselvyyskäsityksiä.⁴⁹ Oikeudellinen ajattelu ei ole matematiikkaa – esimerkiksi säädösten tulkinta ei ole mekaaninen, yksikäsitteisiä sääntöjä noudattava prosessi. Kyse on pikemminkin harkinnasta ja näkökulmasta oikeuteen.⁵⁰ Oikeuden tulkinnassa voidaan tukeutua esimerkiksi lainsäätäjän tahtoon ja hermeneuttiseen kehään. Tulkinta mahdollistaa jo määritelmällisesti moniin eri lopputuloksiin⁵¹ päättymisen. Tul-

49. Ida Koivisto – Anni Tuomela, Lainoppineita vai oikeustieteilijöitä? Näkökulmia perustutkimuksen metodiopetuksen kehittämiseen Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. *Oikeus* 3/2012, s. 410–432, 414.

50. Aulis Aarnio, Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta, s. 35–56 teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. WSLT Oy 1997, s. 35–36. Ks. myös Kangas 1997, s. 91; Hirvonen 2011, s. 53.

51. Matti Ilmari Niemi katsookin, että parhaiten perusteltu ratkaisu ja parhaiten argumentoitu kanta on tietysti mielessä ainoa oikea ratkaisu ja kanta. Ks. Niemi 1996, s. 227.

kintaan liittyikin subjektiivinen kaiku: ”tekemäni tulkinta ei ole välttämättä ainoa mahdollinen, mutta se on perusteltu ja minun”.⁵²

”Kyllä! Oikeustutkimuksessa voi käyttää hyvin moninaisia metodeja ja kyllähän jo lainoppi vaatii luovuutta, kun kyse on tulkinnoista ja argumentaatiosta”

Argumentaation merkitystä korostaa se, että lainopilliset tutkimustulokset johdavat aina uuteen keskusteluun – eivät siis kyseenalaistamattomiin tieteellisiin faktoihin.⁵³ Tuotettua tietoa arvioidaan mieluummin asteikolla pätevä–epäpätevä kuin tosi–epätosi.⁵⁴ Oikeustieteilijän esittämien perustelujen tulisi olla vielä kattavampia ja osuvampia kuin yksittäistapausta ratkaisevan tuomarin.⁵⁵ Seuraavissa vastauksissa suhtaudutaan puolestaan kriittisemmin luovuuden mahdollisuuksiin lainopillisessa tutkimuksessa:

”Perinteinen lainoppi ei. Muut toki. Ne muut, jotka ovat tuttuja pääosin muilta tieteenaloilta kuin oikeudesta. Harmillisesti niitä ei oikeudessa juurikaan opeteta edes ymmärtämään.”

”En ymmärrä kysymystä. Tässä taas luovuus liitetään johonkin mihin itse en sitä liitä.”

Tulkitsimme jälkimmäisen vastaajan tarkoittavan, että luovuudella ei olisi tilaa oikeustutkimuksen metodeissa. Perinteistä lainoppia kuvaava vastaaja sen sijaan tunnistaa luovuuden mahdollisuudet muissa oikeustutkimuksen metodeissa, mutta ei perinteisessä lainopissa. *Perinteinen* lainoppi muodostaa mielikuvan mekaanisesta tulkinta- ja systematisointikannanottojen tuottamisesta.⁵⁶

”Minulle on opinnoissa painotettu tietyn oikeudellisen ajattelun kehystä, jonka puitteissa normeja sovelletaan. Tuo ajatus on paitsi rajoittava, myös teoreettisesti kestävä. Onneksi myöhemmin on voinut oivaltaa, ettei asia ole niin mustavalkoinen.”

52. Ida Koivisto, Oikeus on, miten se systematisoidaan? – Kysymys oikeudenalajaotuksesta ja hallinto-oikeudesta. Lakimies 7–8/2015, s. 954–972, 954–955. Tieteeseen sisältyy aina havaintojen tulkintaa. Siitä huolimatta kyse ei ole mielivaltaisesta ja subjektiivisesta toiminnasta: tulkintoja voidaan arvioida ja vertailla objektiivisesti. Ks. Raatikainen 2004, s. 155–156.

53. Smits 2012, s. 112.

54. Hirvonen 2011, s. 53. Ks. tarkemmin Aleksander Peczenik, On Law and Reason. Springer Science ja Business Media B. V. 2009, s. 131–172.

55. Ks. oikeusdogmatiikan ja käytännön juristityön eroista tarkemmin esim. Aleksander Peczenik, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Norstedts Juridik ingår i Fritzes Förlag AB 1995, s. 313–316; Aleksander Peczenik, Juridikens teori och metod. En introduktion till allmän rättslära. Norstedts Juridik ingår i Fritzes Förlag AB 1995, s. 31–34.

56. Ks. tieteellisen kirjoittamisen mekanistisuudesta Paso 2010, s. 302.

Tutkija voi suhtautua oikeuteen kriittisemmin kuin oikeudellista käytännön työtä tekevä juristi. Kriittisyys kuuluu yksinkertaisesti tieteen luonteeseen.⁵⁷ Tutkijan ei siis tarvitse välttämättä tarkastella voimassa olevan oikeuden sisältöä vallitsevien oikeuslähde- ja tulkintaoppien avulla. Sen sijaan hän voi tarjota tiedeyhteisölle tulkintaa, joka *voisi olla* oikeuden sisältö.⁵⁸ Olennaista on, että tutkija itse tiedostaa ja perustelee lukijalle tutkimuksensa tiedonintressit.⁵⁹ Korostamme, että lainoppi on lukuisia erilaisia mahdollisuuksia tarjoava tieteellinen menetelmä. Riippumatta tutkimuksen tiedonintressistä tutkijan tavoitteena on tarjota tiedeyhteisölle jokin uusi ja merkityksellinen tulkinta tai systematisointi – tai vähintään aikaisempaa tulkintaa tai systematisointia vahvistava, perusteltu kannanotto.

3.3. Empiirinen ja monitieteinen oikeustutkimus

Oikeustiede voidaan määritellä tieteeksi, joka tutkii oikeutta. Kun määritämme oikeustieteen tutkimuskohteensa eli oikeuden kautta, emme saa rajata oikeutta vain voimassa olevaan oikeuteen tai yhteiskunnassa vallitseviin oikeudellisiin käytäntöihin – oikeus on pidettävä avoimena kaikille oikeudellisille ilmiöille.⁶⁰ Oikeustiede onkin käsitteenä monimielinen, sillä se kattaa useita osin itsenäisiä ja osin toisiinsa vuorovaikutussuhteessa olevia erityisaloja, kuten oikeusdogmatiikan, -historian, -teorian ja -sosiologian sekä vertailevan oikeustieteen.⁶¹

Monitieteisessä tutkimuksessa pyritään rakentamaan itse analysivälineet useamman tieteenalan aineksista. Näin yritetään tuottaa kokonaan uudentyyppistä tietoa todellisuudesta: eri tieteidien tuottamien osittaiskuvien pohjalta yhdistetään kokonaiskuva tutkimuskohteesta.⁶² Oikeustieteilijä voi siis yhdistellä tutkimuksessaan metodeja niin, että tutkimusasetelmasta muodostuu omaperäinen ja uudenlainen.⁶³

”Yhdistän luovalla tavalla tutkimusmenetelmiä, teen monitieteistä tutkimusta.”

57. Eva-Maria Svensson, *De lege interpretata – om behovet av metodologisk reflektion*. Juridisk Publikation 2014, s. 211–226, 211, 215 ja 220.

58. Ks. lainopin eri tulkintamatriiseista esim. Siltala 2003, s. 525–531. Ks. myös Thomas Wilhelmsson, *Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat*, s. 338–359 teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. WSLT Oy 1997.

59. Ks. Hirvonen 2011, s. 34.

60. Hirvonen 2011, s. 21.

61. Aarnio 1997, s. 36.

62. Juha Karhu, *Tilannekohtainen oikeudellinen harkinta ja oikeuslähdeoppi*, s. 25–38 teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.), *Oikeus – kulttuuria ja teoriaa*. Juhlakirja Hannu Tolonen 2005. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2005, s. 27.

63. Tällöin on siis kyse tietynlaisesta yhdistymisestä, joka tekee jo olemassa olevien metodien kombinaatiosta luovan. Ks. yhdistymisestä luovuudessa Rothenberg 2015, s. 8–9.

”Useamman tieteenalan yhteiset tutkimukset voivat olla hyvinkin luovia ja kekseliäitä.”

Siinä missä lainopillisessa tutkimuksessa tulkitaan ja systematisoidaan normeja, empiirisessä tutkimuksessa oikeutta tarkastellaan ”ulkoa päin”. Empiirinen tutkimus ei siis ota normatiivisesti kantaa siihen, miten oikeutta pitäisi tulkita, vaan esimerkiksi siihen, minkälaisia vaikutuksia oikeudella on ja miten ihmiset käyttävät oikeutta.⁶⁴

”Empiiriset menetelmät ovat ehtymätön luovuuden lähde. Samoin teoreettinen pohdiskelu joka sekin voi olla metodi.”

Yhteiskuntatieteiden alalla onkin tunnustettu, että tieto ja tietäminen ovat moniulotteisia asioita. Niitä ei voi tavoittaa ainoastaan järjen käyttöön, rationaaliseen ajatteluun tai kielelliseen ilmaisuun perustuvilla tutkimusmenetelmillä.⁶⁵

”Kyllä, koska laaja-alaisesti ajateltuna oikeustutkimus kattaa myös yhteiskuntatieteiden metodit. Myös lainoppi mahdollistaa monia teoreettisia lähtökohtia ja oikeudellisia instrumentteja voi käyttää useammilla tavoilla kuin usein ajatellaan.”

3.4. Luova metodien kehittäminen

Tutkimuksessa voidaan myös kyseenalaista tieteenalan traditio ja vallitsevan oikeustieteellisen paradigman metodit. Tällöin tutkija pyrkii luomaan uusia tutkimusmenetelmiä ja ajattelutapoja. Nämä uudet metodit tulee kuitenkin pystyä perustelemaan tiedeyhteisölle. Myös tutkijan väittäessä, että mikä tahansa metodi käy tutkimuksenteossa, hänen on perusteltava *metodianarkismi* yleisölleen.⁶⁶

”Metodit ovat niin kuin ne luetaan” vanhaa sanontaa mukaillen. Metodeja voi käyttää luovasti, mutta rajoittavana tekijänä on oikeustieteellisen tutkimuksen tavoite: yhteiskunnan oikeudellisen järjestelmän toimivuuden tukeminen.”

64. Ks. Kati Nieminen – Noora Lähteenmäki, Johdatus oikeuden empiiriseen tutkimiseen, s. 11–33 teoksessa Kati Nieminen – Noora Lähteenmäki (toim.), *Empiirinen oikeustutkimus*. Gaudeamus Oy, Tallinna 2021, s. 11–12. Ks. lainopiksi supistetun oikeustieteen kriittisestä Kaijus Ervasti, *Yhteiskunnallinen oikeustutkimus*. Gaudeamus Oy 2022, s. 10–11.

65. Kyseinen lähtökohta yhdistää sellaisia yhteiskuntatieteessä tunnistettuja tutkimusmenetelmiä ja tiedon tuottamisen tapoja, joita voidaan pitää luovina, toiminnallisina ja osallistuvina. Ks. Sanna Ryytänen – Anni Rannikko, Johdanto, s. 11–30 teoksessa Sanna Ryytänen – Anni Rannikko (toim.), *Tutkiva mielikuvitus*. Luovat, osallistuvat ja toiminnalliset tutkimusmenetelmät yhteiskuntatieteissä. Gaudeamus Oy 2021, s. 12.

66. Hirvonen 2011, s. 18.

”Ehdottomasti mahdollistavat. Menetelmät, loppujen lopuksi, edellyttävät vain tiettyä tulokulmaa – joiden raameissa on paljonkin liikkumavaraa. Oikeustutkimus, yleisesti ottaen, on suhteellisen abstraktia, mikä lisää luovia mahdollisuuksia.”

Luova tutkimuksellinen ote edellyttääkin menetelmien kehittämistä kunkin tutkimusongelman pohjalta. Kyse on jatkuvasta menetelmien tuottamisesta ja menetelmien tulkittamisesta tuoreella tavalla tutkimusongelmasta käsin.⁶⁷

”Metodi itsessään ei tee tutkimuksesta hyvää. Menetelmä on työväline, ja ajattelisin, että jokaisen tutkijan tulisi tuntea ja pyrkiä vapaasti kehittämään omaa menetelmää (myös luovalla tavalla). Tämän kautta ajateltuna se on tutkijasta itsestä kiinni mahdollistaako hän luovuuden näkyvän valitsemassaan menetelmässä. Luovuus saa näkyä, mutta sen ei tarvitse näkyä jos se ei anna tutkimukselle mitään lisäarvoa. Toisaalta tutkimuksen tekeminen on jo itsessään hyvin luovaa toimintaa, joten kyllä se joka tapauksessa näkyy tutkijan valinnoissa.”

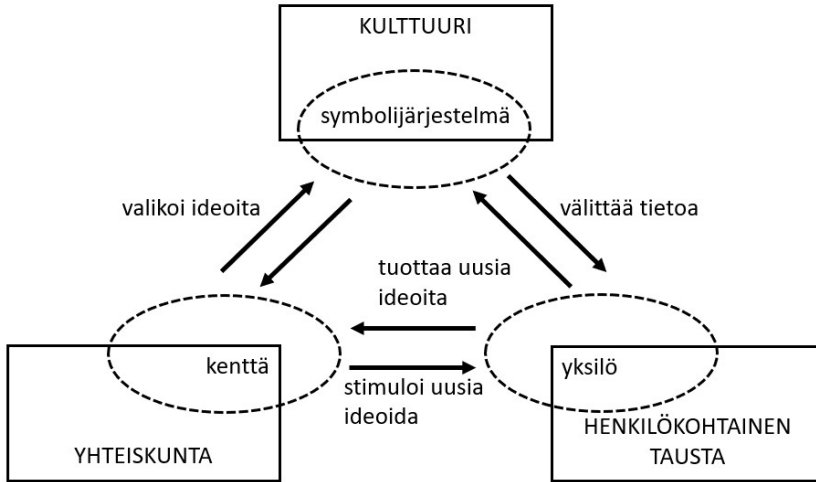
4. Luovuus yliopistotyön ominaisuutena

4.1. Luovuuden systeeminen malli

Csikszentmihalyi on esittänyt luovuudesta systeemisen tai sosiokulttuurisen mallin. Se nostaa luovan yksilön rinnalle luovuuden sosiaalisen ja historiallisen kontekstin. Luovuus edellyttää *yksilön* panoksen, kuten tieteellisen tuloksen tai taideteoksen, ohella aina ensinnäkin *symbolijärjestelmää* (domain), jonka pohjalta ja keinoin yksilö luo jotain. Toiseksi luovuus edellyttää *sosiaalista kenttää* (field), jossa yksilön tuotos tunnustetaan ja hyväksytään sekä siirretään osaksi alan symbolijärjestelmää. Sosiaalinen hyväksyntä on siis luovuuden konstituiva elementti, ja luovat teot rakentuvat aina jonkin symbolijärjestelmän, kuten tieteellisen käsitteistön ja metodologian, varaan.⁶⁸ Teorian elementit ja perusmekanismit on tiivistetty kuvioon 2.

67. Salonen 2007, s. 54–55.

68. Mihaly Csikszentmihalyi, Society, culture, and person: a systems view of creativity, s. 325–339 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), The nature of creativity. Cambridge University Press 1988, s. 325–332; Mihaly Csikszentmihalyi, Implications of a Systems Perspective for the Study of Creativity, s. 313–335 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), Handbook of Creativity. Cambridge University Press 1999, s. 314–315.



Kuvio 2. Systeeminen malli luovuudesta.

Tutkimukseen sovellettuna yksilö viittaa tutkijaan ja hänen ominaisuuksiinsa; symbolijärjestelmä tieteenalan käsitteistöön ja teorioihin, joiden varassa ja joita kehittellen tutkija voi luoda uudeksi tunnistettavaa; ja kenttä puolestaan tieteen ”portinvartijoihin”, jotka vaikuttavat siihen, kuinka tutkimuksen väitteet otetaan vastaan ja omaksutaan osaksi tieteenalan ajattelutapoja. Kentällä toimivat esimerkiksi rahoituspäätösten tekijät, rekrytointiprosessien asiantuntijat ja päätöksentekijät sekä tieteellisten lehtien vertaisarvioijat.⁶⁹ Luovuuden, omaperäisyyden, tunnistaminen edellyttää siis tiedeyhteisön sosiaalista hyväksyntää.⁷⁰ Luovuus ilmenee ”meemeinä”, rakenteistuneena informaationa, jota voidaan välittää tieteenalan käytännöissä eteenpäin uusille sukupolville.⁷¹

Tieteenalan käsitteistö ja traditio avaavat mahdollisuuksia uusiin kysymyksiin, ja tiedeyhteisön käytännöt, kuten väitöskirjojen arviointiprosessit, rohkaisevat tai kääntäen hillitsevät uusia avauksia. Luovuuden toteutuminen edellyttää joka tapauksessa kaikkien kolmen elementin vuorovaikutusta. Csikszentmihalyi ei suinkaan kiistä, etteikö luovan yksilön toimintaa olisi tarpeen tutkia psykolo-

69. Csikszentmihalyi 1999, s. 315.

70. Csikszentmihalyi 1988, s. 327; Csikszentmihalyi 1999, s. 321.

71. Csikszentmihalyi 1988, s. 333; Csikszentmihalyi 1999, s. 316–317. Ajattelutavassa on yhtymäkohtia Tuorin kriittisen positivismin tasoteoriaan ja ennen muuta ajatukseen oikeuskulttuurin asemasta oikeudellisten käytäntöjen tuotoksena ja mahdollistajana. Ks. Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi. WSLT Oy 2000, s. 178–202.

gian keinoin; hänen mallinsa vain korostaa tämän toiminnan intellektuaalisen ja sosiaalisen kontekstin merkitystä siinä prosessissa, jossa tietyt ideat ja tulokset tunnustetaan yhteisöllisesti.⁷²

Csikszentmihalyi on määritellyt myös tarkemmin symbolijärjestelmän, yhteiskunnan, kentän ja yksilön piirteitä, jotka vaikuttavat luovuuden toteutumiseen. Muun muassa seuraavat *kulttuurin ja tieteen symbolijärjestelmän piirteet* vaikuttavat tutkimuksen luovuuden edellytyksiin: Kuinka saavutettavaa tieteellinen tieto on? Kuinka eriytyneitä kulttuurin symbolijärjestelmät ovat? Kuinka vahvasti tieteen symbolijärjestelmä on suljetun eliitin käsissä? Kuinka avoin kulttuuri on muiden kulttuurien suuntaan? Kuinka autonominen tieteen symbolijärjestelmä on suhteessa muuhun kulttuuriin?⁷³

Systeemisen mallin näkökulmasta muun muassa seuraavat *yhteiskunnan piirteet* vaikuttavat tutkimuksen luovuuden edellytyksiin: Onko yhteiskunnan jäsenten mahdollista suunnata energiaa selviytymiseltä innovaatioihin? Arvostaako ja kannustaako yhteiskunta luovuutta? Onko yhteiskunnan rakenne altis muutoksille vai pikemminkin jäykkä ja muutoksia vastustava? Kuinka paljon yhteiskunnassa on uusia ideoita ruokkivaa liikkuvuutta ja sosiaalisia konflikteja? Kuinka eriytynyt ja integroitunut yhteiskunta on?⁷⁴

Analysoimme seuraavaksi aineistoamme siitä näkökulmasta, kuinka systeemisen luovuusmallin ajattelutavat ja sen näkökulmasta relevantit luovuuden edellytykset tai piirteet ilmenevät kyselyaineistossa. Aineistosta nousevat esiin luovuuteen kannustavat tekijät (4.2.) sekä tutkimuksen rahoituksen (4.3.) sekä johtamisen ja toimintakulttuurin (4.4.) teemat.

4.2. Luovuuteen kannustaminen

Systeeminen malli tunnistaa seuraavat *tieteen kentän piirteet* tutkimuksen luovuuden edellytyksiin vaikuttavina tekijöinä: Tarjoaako kenttä tutkijoille kylliksi taloudellista tukea ja statuspalkintoja? Onko tiede sopivan itsenäinen muista yhteiskunnan vallankäyttäjistä? Tarjoaako tieteen symbolijärjestelmä kentälle sopivasti kriteerejä ja vapautta luovuuden tunnistamiselle? Tukeeko kenttä muutoksia sopivassa määrin?⁷⁵ Kysyimme oikeustieteilijöiltä, onko heidän luovuuttaan tuettu tai rajoitettu, ja miten oikeustieteilijöitä voitaisiin kannustaa luovuuteen. Tunnistamme vastauksista neljä eri päätekijää, joiden optimoiminen kannustaa luovuuteen ja joiden huomioimisessa epäonnistuminen rajoittaa luovuutta:

72. Csikszentmihalyi 1988, s. 337.

73. Csikszentmihalyi 1999, s. 318–319.

74. Csikszentmihalyi 1999, s. 322.

75. Csikszentmihalyi 1999, s. 324–325.

1) Kunnioitus ja arvostava palaute:

”On tuettu, kannustettu ja luotettu taitoihin. Joskus luottamus yksin pärjäämiseen voi valitettavasti tarkoittaa myös yksin jättämistä, mistä puuttuu palaute ja työyhteisön tuki.”

”on kyseenalaistettu, voidaanko tutkimusta tehdä tietyllä lähestymistavalla (vaikka itse näkisi sen toimivaksikin). Monesti tähän liittyy liian jäykkä tapa ajatella esimerkiksi sitä, millainen on oikeaoppinen tapa tehdä lainopillista tutkimusta. Halutaan niin kovasti pitää kiinni vanhoista toimintatavoista. Toisaalta olen kokenut saaneeni myös tukea ja kannustusta omantakeisiin lähestymistapoihin.”

”On rajoitettu viestimällä, että se tutkimus mitä teen tai haluan tehdä, ei ole sellaista tutkimusta mihin laitos- tai yo tasolla kannustettaisiin. ’pitää tehdä jotain muuta’ – suora lainaus.”

”Luovuus pitäisi paremmin ottaa myös kannustavassa palautteessa huomioon, ettei ideoita tyrmätä suoralta kädeltä vain siksi, että se poikkeaa niin suuresti aikaisemmin tehdystä tutkimuksesta.”⁷⁶

2) Tutkijoiden välinen yhteistyö:⁷⁷

”Luomalla sitä yhdessä tekemistä ja ideoiden kiertoa – –. Uskalletaanko olla luovia yhdessä muiden oikisten kanssa, vai ollaanko liian vahvassa kilpailuasetelmassa? Poikkieteelliset hankkeet yms. (esim. RC:t) ovat varmasti vahvistaneet luovuutta.”⁷⁸

”Rajoitteeksi koen myös sen, että ei oikein pyydetä ”porukoihin” mukaan, tai ei ole mitään porukoita, joissa voisi yhdessä pohtia. Tämä ei välttämättä ole sellaista aktiivista ja tietoista, vaan passiivista/rakenteellista rajoittamista. Rajoite voi olla myös se että ei anneta vastuuta.”

”Luovuuteen voidaan kannustaa myös sillä, että pidetään mielet avoimena erilaisille ideoille, ja pohditaan niitä yhdessä hetki ennen kuin hyväksytään tai hylätään ne.

76. Ks. kriittisen arvostelun luovuutta rajoittavasta merkityksestä Jorma Heikkilä, Luovasta ideasta innovaatioon. Luovuus ja innovatiivisuus selviytymiskeinoina. Enostone 2010, s. 74.

77. Ks. yhteistyön merkityksestä luovuudessa myös Stacy DeZutter – Keith Sawyer, Jaettu luovuus, s. 225–241 teoksessa Kaija Collin – Susanna Paloniemi – Helena Rasku-Puttonen – Päivi Tynjälä (toim.), Luovuus, oppiminen ja asiantuntijuus. WSOYpro 2010, s. 227.

78. Kestävä ja vastavuoroisen hyödyllinen yhteistyö tarjoaa myös peilin yksilölle laajentaen hänen itsetuntoaan, joka on ratkaisevaa luovuudessa. Ks. Vera John-Steiner, Creative collaboration. Oxford University Press 2000, s. 48.

Luova hulluus vaatii myös hyvää ilmapiiriä ja hyväksyvää toimintakulttuuria, eihän muuten kukaan uskalla tuoda ideoitaan toisten tietoon.⁷⁹

3) Aika ja työrauhan turvaaminen:

”Toki luovuus voi syntyä myös jäätävässä paineessa, kymmenissä lyhyissä määräaikaissuoksissa, joissa tekijää kyykytetään ja opetetaan kunnioittamaan hierarkiaa, mutta veikkaan että enemmän luovuus saisi alaa pysyvimmissä ja arvostetuimmissa olosuhteissa.”

”Antamalla riittävästi aikaa tutkimuksen tekemiselle ja ottaa huomioon, ettei luovuus synny aina etukäteen määrättyssä hetkessä.”

”Turvaamalla paremmin taloudelliset asiat (esim. pidemmät työsopimukset)”

4) Raha eli palkkaus työn motivoijana:

”Työn palkitseminen sen todellisten tulosten eli julkaisujen, tutkimusyhteistyön ja opetuksen perusteella.”

”Luovista ratkaisuista lähtökohtaisesti vain rankaistaan: ne vievät aikaa ja vaivaa ja tärkeintä on tehdä mahdollisimman nopeasti ja mahdollisimman paljon määrällisesti julkaisuja, koska raha. Mitä enemmän tuot rahaa taloon, sen arvostetumpi olet.”

Seuraavaksi tarkastelemme, tarjoaako yliopisto järjestelmänä ympäristön, jossa oikeustieteilijöiden luovuutta tuetaan tai rajoitetaan. Luovuuden kannalta keskeisiksi järjestelmän ominaisuuksiksi nousivat tutkimuksen rahoitus sekä johdattaminen ja toimintakulttuuri.

4.3. Tutkimuksen rahoitus

Yliopiston rahoitusjärjestelmän osalta tärkein aineistosta nouseva johtopäätös on, että tutkijoilla on *vahvoja ja keskenään täysin ristiriitaisia näkemyksiä* rahoitusjärjestelmän ja tutkimuksen luovuuden suhteesta. Aineistossa oli yhtäältä lukuisia huomioita rahoitusjärjestelmän *myönteisistä* vaikutuksista luovuuteen.

79. Yhteinen ideointituokio ei välttämättä takaa uusien ideoiden määrää ja laatua. Hyvien ideoiden syntyyn tarvitaan sekä yksin tapahtuvaa pohdiskelua että näiden ideoiden testaamista ryhmissä. Ks. Bernard A. Nijstad – Wolfgang Stroebe – Hein F. M. Lodewijckx, The illusion of group productivity: A reduction of failures explanation. *European Journal of Social Psychology* 36(1) 2006, s. 31–48; Jukka Häkkinen, Onko aivoriihestä hyötyä? *Psykologia* 41(2) 2006, s. 136.

Rahoitusinstrumenttien koetaan ohjaavan monitieteiseen ja uusia polkuja avaavaan yhteistyöhön:

”Ulkopuolinen rahoitus edistää. Esim. Koneen Säätio rahoittaa uudenlaisia innovatiivisia hankkeita, joissa voi yhdistää tiedettä ja taidetta. Monitieteiset hankkeet ylipäättään ruokkivat luovuutta. Ulkopuolisen rahoituksen hankkeet usein monitieteisiä.”

”[R]ahoitusinstrumentit edistävät: nykyään monitieteinen, monimenetelmäinen tutkimus yhteistyössä eri tahojen kanssa on kuuminta hottia – myös siis oikiksessa. Muilla tieteenaloilla ollut jo itsestäänselvyys pitkään. Yksin laput silmillä perinteisten menetelmien äärellä ei juurikaan enää onnistu rahoitusta saamaan.”

”kun/jos hakee rahoitusta, täytyy olla innovatiivinen ja luova.”

Toisaalta moni vastaaja näki rahoitusjärjestelmän vaikuttavan *kielteisesti* luovuuteen. Kyse on paitsi rahan niukkuudesta ja suorituspaineista, myös paineista suunnata tutkimus rahoituksen saamiseksi tiettyyn muottiin, mikä rajaa tutkimuksen luovuutta:

”kun kilpailu on liian kovaa, voi käydä niin, että jättää hanskat tiskiinkin ja sittenhän sitä ei enää olekaan yhtään luova”

”Sirpaleinen rahoitus ja epävarmuus omasta tulevaisuudesta.”

”Rahoitusjärjestelmä vaatii asettamaan tutkimuksen tiettyihin muotteihin, mikä aiheuttaa helposti kapeakatseisuutta tutkimusaiheissa (mikä aihe voisi saada rahoitusta), tutkimusmenetelmissä (mikä menetelmä on vakiintunut juuri tämän aiheen tutkimukseen) ja tutkimuksen kielellisessä ilmaisussa (miten rahoitushakemus kirjoitetaan, millainen tutkimusraportin pitää olla). – harva on turvassa rahoitusjärjestelmän valumuotilta.”

Aineistomme pohjalta ei voi selittää syitä sille, miksi rahoituksen ja luovuuden suhdetta koskevat näkemykset ovat erisuuntaisia. Näkemyksiä selvittävien tekijöiden tutkiminen edellyttäisi toisenlaiseen aineistoon perustuvaa jatkotutkimusta.

4.4. Johtaminen ja toimintakulttuuri

Kyselyyn vastanneiden tutkijoiden mukaan *johtamisessa* on myönteistä ”[e]simiesten ”vapaamielinen” suhtautuminen tutkimustyöhön: kannustetaan luomaan omannäköistä oikeustiedettä”. Eräs vastaaja koki, että ”yliopisto on

pyrkinyt edistämään tutkimuksen vapautta, mikä otetaan huomioon toimintakulttuurissa ja johtamisessa”. Akateeminen vapaus nousi esiin myös vastauksessa, jonka mukaan ”johtaminen [edistää] tutkimustyöni luovuutta, koska tutkimustyöni on tutkijalähtöistä, itse tehtävää ja itsejohtoista työtä”. Eräs vastaaja koki, että ”[l]uovuutta edistää kaikki sellaiset rakenteet, jotka lisäävät vapautta ja väljyyttä ja itseohjautuvuutta työssä”. Nämä vastaukset ilmentävät hyvin sisäisen motivaation merkitystä luovassa työssä.⁸⁰

Johtamiseen liittyvinä *kielteisinä* seikkoina puolestaan nousivat esiin suuri *työmäärä ja kiire*, joiden nähdään rajoittavan luovuutta. Vastauksissa viitattiin muun muassa opetuksen, rahoitushakemusten tekemisen, artikkelikäsitelmien työstämisen ja hallinnollisten tehtävien viemään aikaan.⁸¹ Työn määrän ohella kyse vaikuttaa olevan työn sirpaleisuudesta ja työrauhan puutteesta. Moni vastaaja viittasi myös lyhyiden *määräaikaisten työ sopimusten* ongelmallisuuteen luovuuden näkökulmasta, sillä niissä korostuu ”paine saada tietyllä mittarilla mitattavia tuloksia” ja ne näin ”heikentävät luovuutta”.

Lisäksi eräs vastaaja viittasi luovuutta rajoittavana tekijänä yliopiston toimintakulttuuriin: ”kulttuuriin kuuluu olennaisesti tavoitekeskeinen retoriikka, jossa korostuu menestys ja epäinhimillinen työmäärä”. *Ulkopuolisten paineiden* koetaan rajoittavan luovuutta:

”Sitä vastoin, jos aikaa ei ole riittävästi (kova kiire) ja toimintaa rajoittaa monet ulkopuolelta tulevat vaatimukset, poistaa se luovuuden tilan ja tutkimuksesta tulee enemmän suoritus”

”ulkopuolelta tulevat odotukset, kireät aikataulut ja kiire heikentävät luovuutta tutkimustyössä”

Kuten luovuuteen kannustamista koskeissa vastauksissa, *yhteistyöhön* luovuutta edistävänä tekijänä viitattiin myös järjestelmän ominaisuutena. Erään vastaajan mukaan ”jos tutkimusryhmä on toimiva ja tutkijat luottavat toisiinsa, ideoita voidaan palloitella ja kehittää eteenpäin” ja lisäksi ”yhteiskirjoittaminen yms. tutkijoiden välinen yhteistyö ja keskustelu edistävät luovuutta”. Vertaistuki ja omaa yliopistoa laajempi tiedeyhteisö nähtiin myös myönteisinä. Eräs vastaaja

80. Sisäinen motivaatio nousee luovuuden yhtenä edellytyksenä esiin Csikszentmihalyin teorian ohella laajemminkin luovuutta käsittelevässä tutkimuskirjallisuudessa. Ks. esim. Mary Ann Collins – Teresa M. Amabile, *Motivation and Creativity*, s. 297–312 teoksessa Robert J. Sternberg (ed), *Handbook of Creativity*. Cambridge University Press 1999, s. 300–301; Nickerson 1999, s. 413–413.

81. Kari Uusikylä tuokin esille, että suuri osa yliopisto-opettajista on pakotettu tulosvastuullisiksi massatuottajiksi, jotka pyristelevät lisääntyvien toisarvoisten työtehtävien viidakossa. Ks. Kari Uusikylä, *Luovuus kuuluu kaikille*. PS-kustannus 2012, s. 208.

puolestaan koki yksinäisyyden luonnehtivan omaa toimintakulttuuriaan, jolloin ”[s]iinä ei luovuus kuki” ja ”ideat eivät liiku”.

Yliopistojen *uramallit* saivat vastauksissa sekä kiitosta että kritiikkiä. Eräs vastaaja viittasi ”luovuudesta ja uralla etenemisestä” nauttimiseen, mutta toisaalta vastauksissa mainittiin uramalleista seuraavat määrälliset tulospainheet: ”ainoastaan referee-julkaisujen määrällä on merkitystä, ei laadulla, vain määrällä. Mitä enemmän ja nopeammin saat niitä ulos, sen suurempi mahd. edetä”. Myös urapolkumallista seuraava paine ulkoisen rahoituksen hakuun rahoittajien ehdoilla mainittiin luovuutta rajaavana seikkana.

5. Pohdinta

Artikkelimme keskeiset tulokset ovat tutkimuskysymyksittäin seuraavat:

- 1) Kyselyaineiston vastauksista välittyi, että moni oikeustieteilijä kokee luovuuden tutkimustyönsä merkitykselliseksi ominaisuudeksi.
- 2) Luovuus voi ilmetä oikeustutkimuksessa sekä uusina tuloksina että luovina ideoina, tekoina ja valintoina tutkimusprosessin kaikissa vaiheissa – esimerkiksi tutkimusongelmien kekseliäänä tunnistamisena, aineistojen uudenaikaisena yhdistämisenä tai luovina ilmaisutapoina. Tutkimuksissa voidaan tunnistaa eriasteista luovuutta. Vastaajat näkivät luovuudella olevan tilaa niin lainopillisen, empiirisen kuin monitieteisenkin tutkimuksen metodeissa.⁸²
- 3) Oikeustutkimuksen toimintaympäristö on sekä edistänyt että rajoittanut oikeustieteilijöiden luovuutta: Tutkimuksen rahoitusjärjestelmän koetaan yhtäältä edistävän luovuutta monitieteisyyden ansiosta mutta toisaalta rajoittavan tätä suorituspainneiden ja rahoitusehtojen myötä. Akateeminen vapaus ja tutkijoiden yhteistyö edistävät luovuutta, kun taas suuri työmäärä, kiire ja epävarmuus työsuhteen jatkuvuudesta rajoittavat sitä.

Artikkelin perustana oleva kyselyaineisto on pieni, eikä tarkoituksemme ole esittää yleistyksiä oikeustieteilijöiden suhtautumisesta luovuuteen. Sen sijaan tutkimuksemme osoittaa, että luovuus on ainakin osalle tutkijoista työn merkityksellinen ominaisuus. Siihen kannustamiseksi tutkijat kaipaisivat esimerkiksi

82. Aineistosta saatava kuva luovuuden monista muodoista on linjassa sen kanssa, kuinka moniulotteisena ilmiönä Paso (2010, s. 300–301) on tieteellisen kirjoittamisen luovuuden nähnyt.

kunnioittavaa palautetta, yhteisiä työpajoja sekä palkkauksen perustamista muuhunkin kuin JUFO-pisteiden ja hankitun rahoituksen määrään.

Oikeustieteen klassikotutkimuksista kirjoittanut *Kangas* on pitänyt klassikkoartikkelin tai -kirjan tunnusmerkkinä, että se ”muuttaa oikeustieteen paradigmaa”, ”tönäisee maailmaa ja ohjaa tiedettä uudelle uralle”.⁸³ Edellä (luku 1.1.) on jo viitattu esimerkkinä Zittingin omistusoikeusanalyysien merkitykseen paradigman muuttajana. Kyselyaineistomme ei kiistä paradigmaa murtavien tieteellisten *tuotosten* luovuutta, mutta muistuttaa tämän rinnalla kaiken *tutkimustyön* luovasta otteesta: ainakin osalle tutkijoista tutkiminen on leimallisesti luovaa toimintaa alusta loppuun. Esimerkiksi tätä artikkelia tehtäessä olemme tunnistaneeet luovuutta muun muassa: siinä alustavassa ja epämääräisessä ideassa, että oikeustieteen luovuus olisi kiinnostava tutkimusaihe; tämän idean esittelynä henkilöstökokouksessa ja kiinnostuneiden pyytämässä mukaan prosessiin; teeman eri osa-alueiden jäsentämisessä ja kyselyn laatimisessa tutkimuskirjallisuuden pohjalta; kirjoituksen rakenteen, kuvioiden ja argumenttien työstämisessä.

Monia aineistomme vastauksia yhdistää tutkijan *sisäisen motivaation* merkitys luovuuden edellytyksenä. *Collinsin* ja *Amabilen* tiivistys luovuuden edistämisestä on puhutteleva rinnastus tälle havainnolle: paras keino tukea ihmisten luovan potentiaalin toteutumista on antaa heidän tehdä sitä, mitä he rakastavat. Toisaalta sisäisten ja ulkoisten motivaatiotekijöiden vaikutus luovuuteen on monisyinen, ja he näkevät mahdolliseksi myös tiettyjen ulkoisten seikkojen, kuten työtä koskevan palautteen, myönteisen vaikutuksen luovuuteen.⁸⁴

Aineistomme kuvastaa eri motivaatiotekijöiden erisuuntaista vaikutusta – tutkijoiden kokemukset toimintaympäristön, kuten rahoitusjärjestelmän, vaikutuksesta luovuuteen ovat paikoin ristiriitaisia. On helppo yhtyä Pason huomioon, että ”omaperäiseen luovuuteen kannustavan *dynamiikan* rakentaminen näyttää tieteen kentällä olevan vaikea tehtävä”.⁸⁵ Oikeustutkimuksen toimintaympäristöä, sen motivaatiotekijöitä ja näiden vaikutusta tutkimuksen luovuuteen olisi perusteltua tutkia laajemmin. Tämä antaisi virikkeitä myös akateemisen johtamiskulttuurin kehittämiseen.

Luovuutta on pidetty paitsi oikeustieteilijöille, myös laajemmin juristeille tarpeellisena ominaisuutena, jonka kehittymistä olisi tärkeää tukea jo perustutkintokoulutuksessa.⁸⁶ Tulevassa oikeustutkimuksen luovuutta koskevassa tutkimuksessa ja kehittämistyössä tulisikin ottaa huomioon koko yliopistoyhteisö

83. Urpo Kangas, Mikä tekee oikeustieteellisestä tutkimuksesta klassikon? *Lakimies* 6/2019, s. 815–823, 819.

84. Collins – Amabile 1999, s. 304–307.

85. Paso 2010, s. 301 (kursivointi Pason).

86. Jukka Mähönen – Manne Airaksinen – Atte Korte – Albert Mattsson – Sampo Mielityinen – Johanna Niemi – Mirjami Paso – Johanna Rantanen – Sirpa Moitus – Laura Partanen – Mira Huusko, Oikeustieteellisen alan korkeakoulutuksen arviointi. Kansallinen koulutuksen arviointikeskus 2021, s. 92–94.

ja myös perustutkintokoulutuksen pedagogiset ratkaisut. Tehkäämme yhdessä luovaa, luovempaa, oikeustiedettä.

Creative, more creative, jurisprudence?

JUSSI KARKKULAINEN, LL.M., University Teacher, University of Eastern Finland – SAMPO
MIELITYINEN, LL.D., University Lecturer, University of Eastern Finland

The article examines the opportunities for and limits of creativity in jurisprudence. Creative thinking can be utilised in several ways: Research usually begins with the identification of a new research problem. The solution to the problem is seldom found mechanically. On the contrary, it is a result of a lot of thinking. When doing creative research, it is important to differentiate between two components of scientific research: The context of discovery and the context of justification. On one hand, knowledge can be gained through a strictly defined scientific method. This is the case in many empirical disciplines, including several sectors of empirical legal studies. In this situation, following a certain method justifies the knowledge discovered by the study. On the other hand, knowledge can also be discovered by insight and serendipity. To justify this kind of knowledge, the researcher should give reasons. The context of justification plays a central role in normative legal studies, as legal dogmatics is not a mathematical formula but rather a way to interpret and systematise the judicial system. It is solely on the basis of the arguments offered by the researcher that the scientific community can assess the accuracy and validity of the research results. The authors emphasise that creativity can be utilised also elsewhere than in the context of discovery – a researcher can justify new knowledge in an original manner. Moreover, a researcher can even develop new scientific methods if they also justify them.

Oikeuskirjallisuuden roolista perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnassa

ASIASANAT: valtiosääntöoikeus, perustuslakivaliokunta, oikeuslähteet, oikeuskirjallisuus

1. Johdanto

1.1. Perustuslakivaliokunnan tehtävistä ja roolista

Oikeustieteellisessä keskustelussa on käsitelty kysymystä oikeuskirjallisuuden merkityksestä tuomioistuinten ratkaisuisa, mutta oikeuskirjallisuuden merkityksestä perustuslakivaliokunnassa ei ole juurikaan kirjoitettu. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan tehtävänä on perustuslain 74 §:n mukaisesti antaa lausuntonsa sen käsittelyyn tulevien lakiehdotusten ja muiden asioiden perustuslainmukaisuudesta sekä suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Tuomioistuimien rooliin perustuslakikontrollissa kuuluu erityisesti perustuslain 106 ja 107 §:n mukainen tehtävä antaa perustuslaille etusija tietyissä tilanteissa ja tulkita perustuslakia myös muuten esimerkiksi niin sanotun perusoikeusmyönteisen laintulkinnan periaatteen mukaisesti. Koska perustuslain tulkintaa tehdään sekä perustuslakivaliokunnassa että tuomioistuimissa, herää kysymys siitä, onko oikeuskirjallisuudella osana laintulkintaa erilainen rooli perustuslakivaliokunnassa ja tuomioistuimissa.

Tuomioistuinten toiminnassa oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 4 §:n 1 momentin mukaan lähtökohtana on, että tuomioistuin soveltaa lakia viran puolesta. Tuomioistuin voi vastaanottaa oikeustieteellisiä asiantuntijalausuntoja ja viitata ratkaisuisaan oikeuskirjallisuuteen, mutta nämä eivät ole pääsääntöjä. Lähtökohtaisesti siis tuomioistuin ratkaisee itse asian ilman ulkopuolista asiantuntijatukea.¹ Vastaavasti oikeudenkäynnistä hallinto-oikeudessa annetun lain (808/2019) 43 §:n mukaan hallintotuomioistuin voi pyytää asiantuntijalausuntoa

* Lauri Koskentausta, OTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto.

1. Oikeustieteellisten asiantuntijalausuntojen merkityksestä prosessioikeudessa ks. esim. Mikko Vuorenpää, *Asiantuntijatodistelun ongelmakohtia*. *Talentum* 2012, erit. s. 39–44 ja Mikko Vuorenpää, *Valittuja kysymyksiä todistus oikeudesta*. *Kauppakamari* 2020, erit. s. 166–173.

erityistä asiantuntemusta vaativasta kysymyksestä.² Asiantuntijalausunnot ja niihin mahdollisesti sisältyvät viittaukset oikeuskirjallisuuteen ovat mahdollinen täydentävä osa oikeudenkäyntimenettelyä sekä yleisissä tuomioistuimissa että hallintoprosessissa, mutta niiden rooli vaihtelee asian luonteen mukaan.

Perustuslakivaliokunnan lausuntojen on katsottu olevan tosiasiallisesti eduskunnan mietintövaliokuntia sitovia, vaikka lausuntojen roolista ei ole nimenomaista sääntelyä.³ Suorittaessaan sille kuuluvaa lakiehdotusten perustuslainmukaisuuden arviointitehtävää kuulee perustuslakivaliokunta poikkeuksetta oikeustieteilijöillä, erityisesti valtiosääntöoikeuden asiantuntijoita.⁴ Perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituutio on syntynyt vähitellen, eikä valiokunta käytännössä ole vuosikymmeniin antanut yhtään lausuntoa kuulematta ensin asiantuntijoita.⁵ Valiokunnan asiantuntijakuulemisista ei ole erityislainsäädäntöä, vaan valiokunnan asiantuntijakuulemiset suoritetaan muita eduskunnan valiokuntia vastaavien menettelymääräysten mukaan.⁶ Perustuslakivaliokunta tukeutuu ratkaisuisissaan merkittävältä osin asiantuntijalausuntoihin. Ajoittain perustuslakivaliokunta viittaa lausunnoissaan tai mietinnöissään nimenomaisesti johonkin oikeuskirjallisuudessa esitettyyn kannanottoon. Oikeuskirjallisuudessa on myös kuvattu, että perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä syntyneillä ratkaisuperiaatteilla, kuten esimerkiksi poikkeuslakien välttämisen periaatteella, on selkeästi yhteys oikeustieteelliseen keskusteluun.

1.2. Tutkimustehtävä

Kirjallisuudessa ei ole käsitelty tarkemmin kysymystä, millainen merkitys nimenomaisilla kirjallisuusviittauksilla on perustuslakivaliokunnan lausunnoissa. Oikeuskirjallisuudesta piirtyy kuva, että perustuslakivaliokunnassa oikeuskirjallisuudella on merkitystä lähinnä vain poikkeuksellisesti yleisten oppien

2. Asiantuntijalausunnoista hallintoprosessissa ks. esim. Olli Mäenpää, Oikeudenkäynti hallintoasioissa: hallintoprosessioikeuden perusteet. Alma Talent 2019.

3. Mikael Hidén, Juridiikkaa ja muotoja eduskuntatyössä. Eduskunnan kanslian julkaisu. 4., uudistettu painos. EKJ 6/2019, s. 255–256.

4. Valiokunnan kuulemista asiantuntijoista ks. esim. Matti Wiberg, Perustuslakivaliokunta asiantuntija-areenana. Lakimies 6/2003, s. 982; Maija Dahlberg, Perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvosten rooli perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmässä – valiokunnan työrukkanen vai merkittävä vallankäyttäjät? Lakimies 5/2021, s. 771–773.

5. Wibergin havainnon mukaan valiokunta on antanut lausunnon viimeisimmän kerran ilman asiantuntijoiden kuulemista vuonna 1961, Wiberg 2003, s. 975. Valiokunta on kuullut poikkeuksellisesti myös muiden alojen asiantuntijoita, jos se on ollut edellytyksenä valtiosääntöisen arvioinnin tekemiseksi, esim. PeVL 26/2017 vp, s. 2–3

6. Valiokunnan kuulemismenettelyä koskevat ohjeet sisältyvät puhemiesneuvoston eduskunnan työjärjestyksen 6 §:n 1 momentin 10 kohdan ja 43 a §:n 5 momentin nojalla antamiin valiokuntien yleisohjeet, ns. valiokuntaopas, EKJ 4/2019.

kehittelyssä ja käsitteiden muodostamisessa. *Ilkka Saraviita* on todennut, että perustuslakivaliokunnan lausunnoissa ei ole juuri nähtävissä suoranaista oikeuskirjallisuuden vaikutusta. Saraviidan mukaan valiokunta ei juurikaan viittaa nimenomaisesti sille annettuihin asiantuntijalausuntoihin tai kirjallisuudessa esitettyihin näkemyksiin. Saraviita katsoo kuitenkin, että lausunnoista ”voi kuitenkin havaita oikeuskirjallisuuden ja asiantuntijalausuntojen vaikutuksen etenkin käsitteenmuodostuksen ja ns. yleisten oppien alalla.”⁷

Oikeuslähdeopista puhuttaessa on kyse erityisesti sen arvioimisesta, mitä lähteitä voidaan käyttää osana oikeudellista argumentaatiota.⁸ *Antero Jyränki* on muotoillut kirjallisuudessa ajatuksen perustuslakivaliokunnan oikeuslähdeopista.⁹ Perustuslain tekstin ollessa muuta lainsäädäntöä abstraktimpaa on perustuslain esitöillä merkityksellinen asema perustuslain tulkinnassa. Jyränkin mukaan mitä enemmän perustuslakivaliokunta muovaa tulkintakäytäntöä tiettyyn kysymykseen, sitä vahvemmin valiokunta siirtyy viittaamaan omaan aiempaan lausuntokäytäntöönsä.¹⁰ Jyränki ei ole ottanut kantaa kirjallisuuden rooliin perustuslakivaliokunnan oikeuslähdeopissa. Tämän kirjoituksen tarkoituksena on tutkia sitä, onko oikeuskirjallisuudella merkitystä oikeustieteilijöiden asiantuntijalausunnoissa ja valiokunnan ratkaisuisissa myös muuten kuin käsitteenmuodostuksen ja yleisten oppien kehittämissä ja jos on, millainen rooli oikeuskirjallisuudella voidaan katsoa olevan.

Kirjallisuudessa perustuslakivaliokuntaa on käsitelty eri näkökulmista. *Jaakko Husa* on kuvannut perustuslakivaliokunnan kansainvälisesti vertailtuna omalaatuista parlamentin osana toimivan perustuslainvalvontatoimielimen historiallista taustaa.¹¹ *Ida Koivisto* on tarkastellut valiokunnan erityispiirteinä olevan asiantuntijajärjestelmän merkitystä arvioiden asiantuntijoiden roolia ar-

7. Ilkka Saraviita, *Perustuslaki*. Talentum 2011, s. 642. Ks. myös Ilkka Saraviita, *Perustuslakivaliokunnan rooli perusoikeusjärjestelmän kehittämisessä*, teoksessa Liisa Nieminen (toim.), *Perusoikeudet Suomessa*. Lakimiesliiton Kustannus 1999, s. 52.

8. Ks. esim. Nuotio Kimmo, *Oikeuslähdeoppia suomalaisen tapaan*. Lakimies 7–8/2020, s. 1236–1237.

9. Vrt. esim. Melanderin muotoilema ajatus lainsäätäjän oikeuslähdeopista, Sakari Melander, *Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 69.

10. Antero Jyränki, *Valta ja vapaus: valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä*. Talentum 2003, s. 418–420. Lisäksi on syytä ottaa huomioon, että kirjallisuudessa on myös pohdittu, että onko ylipäänsä mielekäästä puhua valtiosääntöoikeuden piirissä oikeuslähdeopista. Hautamäki on esimerkiksi esittänyt, että valtiosääntöoikeuden piirissä ” – eikä oikeuslähdeoppia tältä on voida aina varmuudella stabiloida”, ks. Veli-Pekka Hautamäki, *Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta*. Oikeusvertaileva tutkimus perustuslain tulkinnan auktoritatiivisista instituutioista ja niiden käyttämästä argumentaatiosta Suomessa ja Norjassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2002, s. 31–33.

11. Jaakko Husa, *Locking in Constitutionality Control in Finland*. *European Constitutional Law Review* 16(2) 2020, s. 249–274.

gumentoiijina.¹² *Maija Dahlberg* on tarkastellut perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvosten roolia valiokunnan päätöksenteossa haastattelunäkökulmasta.¹³ *Matti Wiberg* ja *Anssi Keinänen* ovat tarkastelleet perustuslakivaliokunnan asiantuntijainstituutiota tilastollisen tarkastelun näkökulmasta todeten muun muassa, että valiokunnan kuulemien asiantuntijoiden määrä on kohtalaisen rajattu.¹⁴ *Saraviita* on tarkastellut perustuslakivaliokunnan roolia perusoikeusjärjestelmän kehittämisessä.¹⁵ *Jyränki* on todennut, että asiantuntijainstituutio on muodostunut siinä määrin vakiintuneeksi osaksi valiokunnan työskentelyä, että sitä saattaisiin voida pitää perustuslakivaliokunnan orgaanina.¹⁶ Valiokuntaa on myös tarkasteltu valtiosääntöuomioistuinäkökulmasta todeten, että valiokunnalla on tuomioistuinmaisissa piirteitä, mutta valiokunta ei rinnastu tuomioistuimeen.¹⁷ Vanhemmassa tutkimuksessa *Esko Riepula* on tarkastellut valiokunnan toimintaa muun muassa siitä näkökulmasta, missä määrin valiokunta on seurannut tulkinnoissa eri asiantuntijoiden esittämiä kantoja.¹⁸ Lisäksi vanhemmassa kirjallisuudessa *Mikael Hidén* on tarkastellut perustuslakivaliokunnan toimintaa osana säädösten perustuslainmukaisuuden valvontaa.¹⁹

Tämän kirjoituksen tarkoituksena on systematisoida tietoa siitä, millaista vuorovaikutusta tapahtuu oikeustieteellisen tutkimuksen ja käytännön välillä perustuslakivaliokunnassa. Yhtenä näkökulmana peilataan tutkimusteemaa keskusteluun, jota prosessioikeuden piirissä on käyty oikeuskirjallisuuden merkityksestä tuomioiden perusteluissa. Yhtenä mielenkiinnon kohteena on kysymys siitä, ovatko kaikki perustuslakivaliokunnan lausunnoissa ja mietinnöissä olevat oikeuskirjallisuusviittaukset asiantuntijalausunnoista lähtöisin, vai onko valiokunta ollut myös jossain määrin itsenäinen viittauksien lisäämisessä ratkaisuihinsa.

Koska perustuslakivaliokunnan kuulemat asiantuntijat ovat pääosin tohtorintutkinnon suorittaneita valtiosääntöoikeuden asiantuntijoita, lienee sinänsä selvää, että perustuslakivaliokunnan saamista asiantuntijalausunnoissa näkyy

12. Ida Koivisto, *Experts and Constitutionality Control in Finland: A Crisis of Cognitive Authority?* Retfærd: nordisk juridisk tidsskrift 2/2017.

13. Dahlberg 2021, s. 745–784.

14. Anssi Keinänen – Matti Wiberg, *Perustuslakivaliokunta lausuntovaliokuntana ja asiantuntijoiden kuulijana*. Oikeus 1/2012, s. 86–106; Matti Wiberg, *Perustuslakivaliokunta asiantuntija-areenana*. Lakimies 6/2003, s. 967–991.

15. Saraviita 1999.

16. Jyränki 2003, s. 397.

17. Veli-Pekka Hautamäki, *Perustuslakivaliokunta valtiosääntöuomioistuinäkökulmasta*. Lakimies 4/2006, s. 606–607.

18. Esko Riepula, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana*. Valtiosääntötutkimus eduskunnan perustuslakivaliokunnasta perustuslakikontrollia ja perustuslakien tulkintaa harjoittavana toimielimenä vv:n 1907–1972 valtiopäiviltä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1973.

19. Mikael Hidén, *Säädösvalvonta Suomessa I Eduskuntalait*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1974.

akateeminen lähestymistapa. Koivisto on kuvannut, että valiokunta kuulee juuri akateemisia asiantuntijoita siksi, että näillä on muita juristikoulutuksen saaneita parempi osaaminen tuottaa uutta tietoa oikeudesta.²⁰ Kuitenkin se, linkittykö asiantuntijan arvio selkeästi asiaa koskevaan oikeustieteelliseen tutkimukseen, vai onko kyse enemmän yksittäistapauksia koskevasta akateemisen asiantuntijan tekemästä arviosta, ei ilmene suoraan lausunnoista. Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että valiokunnalle annettavat asiantuntijalausunnot täyttävät usein oikeudellisen tutkimuksen tunnusmerkit.²¹ Tämän kirjoituksen tarkoituksena on arvioida kysymystä siitä, antavatko asiantuntijat oikeuskirjallisuudelle julkilausutun sijan argumentaatiossaan. Valiokunnan ratkaisujen osalta arvioidaan, antaako valiokunta kirjallisuudelle julkilausuttua merkitystä vain yleisten oppien ja käsitteenmuodostuksen kehittämissä vai myös muissa tilanteissa.

Oikeuskirjallisuudessa on kuvattu, että oikeustiede voi katsoa asioita laajemmasta näkökulmasta kuin lainsäätäjä ja lainsoveltaja.²² Oikeustieteen piirissä voidaankin katsoa monia kysymyksiä laajemmasta näkökulmasta, mikä mahdollistaa osaltaan sen, että oikeustiede voi tuoda lainsäädäntöprosessiin tai lainsoveltajalle uutta tietoa. Kirjallisuudessa on todettu, että ”oikeudella on kahdet kasvot, sillä kyse on yhtä aikaa, normatiivisesta oikeusjärjestyksestä ja yhteiskunnallisesta oikeudellisesta käytännöstä.”²³ *Kaarlo Tuori* on todennut, että ”näihin käytäntöihin kuuluvat lainvalmistelu ja lainsäätäminen, niihin kuuluvat tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten toiminta. Mutta niihin kuuluu myös oikeustiede: myös oikeustiede osallistuu oikeusjärjestyksen jatkuvaan tuottamiseen ja kehittämiseen.”²⁴ Tuorin mukaan ”normatiivinen oikeustutkimus on samanaikaisesti paitsi tieteellinen ja myös oikeudellinen käytäntö, joka omilla tuloksillaan osallistuu oikeuden, oikeusjärjestyksen, tuottamiseen ja uusintamiseen.”²⁵ Tuori on korostanut, että oikeustieteen luonteen vuoksi tutkimuksessa on oltava tietoinen näistä oikeustieteen erilaisista rooleista, jotta esimerkiksi tutkimuksella tunnistetaan, mitä vaikutuksia sillä on oikeuden muihin rooleihin.²⁶ Eduskunnan perustuslakivaliokunnassa oikeustiede on läsnä monessa eri roolissa, toisaalta on kyse Tuorin kuvaamalla tavalla erikoistuneesta toisten asteen oikeudellisesta käytännöstä²⁷, lainsäädäntöprosessista toimintaym-

20. Koivisto 2017, s. 37.

21. Koivisto 2017, s. 36–37

22. Nuotio 2020, s. 510.

23. Kimmo Nuotio, Oikeustiede ajassa. *Oikeus* 4/2020, s. 510–511. Ks. myös Tuori 1998.

24. Ks. Kaarlo Tuori, Oikeuden kahdet kasvot. *Tieteessä tapahtuu* 6/1998, katsottu verkkoversiosta osoitteessa https://www.tieteessatapahtuu.fi/kategoriat/arkistosta/61998/oikeuden-kaudet-kasvot?fbclid=IwAR2mbI-fb9BNI6wQ58ypJcsuN1Nak2OQd_IyBUfH9Ht0mzFWGrmwfLn8LXg (viitattu 14.11.2022).

25. Kaarlo Tuori, Oikeustieteen laatuksiteerit. *Lakimies* 6/2019, s. 787–790, 789.

26. Tuori 2019, s. 789–790.

27. Tuori 2019, s. 788.

päristönä. Oikeustieteellinen tutkimus voi sinänsä tarjota valiokunnalle laajempaa tarkastelunäkökulmaa oikeudesta valiokunnan arviointia varten.

Keskityn arvioimaan tutkimusteemaa juuri kirjallisuuden kautta, koska tästä näkökulmasta voidaan selvästi yksilöidä tilanteita, joissa oikeustieteellisessä tutkimuksessa esitettyä tietoa tuodaan perustuslakivaliokunnan päätöksentekoa varten. Asiantuntijoiden tausta huomioiden on lausuntotoiminnassa epäilyksettä aina mukana valtiosääntöoikeudellinen arviointi asiaan, vaikka kirjallisuuteen ei olisi nimenomaisesti viitattu. Kirjallisuusviittauksiin perustuva tarkastelu tarjoaa mahdollisuuden tarkastella oikeustieteen merkitystä yhdestä näkökulmasta yleisellä tasolla, mutta tyhjentävää kuvausta oikeustieteellisen tutkimuksesta valiokunnan ratkaisuisa valitulla metodilla ei ole mahdollista esittää. Arvioinnissa keskitytään sen tarkasteluun, missä määrin perustuslakivaliokunnan kuulemat asiantuntijat tuovat oikeustieteellistä tutkimusta valiokunnan tietoon ja millaisen merkityksen valiokunta sille antaa osana perustuslain 74 §:n mukaista tehtäväänsä. Aineistoa tarkastellaan laadullisella tutkimuksella, jolla pyritään tuottamaan tietoa keskusteluun valiokunnan päätöksenteon luonteesta.²⁸

Rajaan tarkastelun tässä kirjoituksessa eduskunnan perustuslakivaliokuntaan. Perustuslain 108 §:n mukaista tehtävää hoitavan valtioneuvoston oikeuskanslerin ja perustuslain 109 §:n mukaista tehtävää hoitavan eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisujen tarkastelu olisi voinut olla sinänsä niiden tehtävänkuvan kannalta mielekästä, mutta koska niiden ratkaisut ovat esittelymenettelyssä tehtyjä ratkaisuja, joissa ei kuulla asiantuntijoita, olisi arviointiasetelma erilainen. Perustuslakivaliokunnan ja tuomioistuinten vertailu on sinänsä myös perustellumpaa, koska tuomioistuimet ja perustuslakivaliokunta ovat kiinteämmin vuorovaikutussuhteessa perustuslakia arvioidessa. Rajaan tarkastelun oikeuskirjallisuuden julkilausutun merkityksen arvioimiseen. Perustuslakivaliokunta pyytää aina asiantuntijoilta kirjallisen lausunnon, riippumatta siitä, tulevatko asiantuntijat kokoukseen kuultavaksi. Kuulemisesta ei sen sijaan synny kirjallista aineistoa, joten lausunnot antavat parhaan kuvan sen tarkasteluun, millaista roolia kirjallisuudelle on annettu. Rajaan tarkastelun nykyisen perustuslain aikana annettuihin perustuslakivaliokunnan lausuntoihin ja mietintöihin.

Kokoavasti voidaan todeta, että tutkimuksen tarkoituksena on vastata seuraaviin kysymyksiin:

- Millainen merkitys oikeuskirjallisuudella on perustuslakivaliokunnan lausunnoissa ja mietinnöissä?

28. Kirjoituksen lähestymistapa muistuttaa osin lainsäädäntötutkimuksen piirissä harjoitettua lainsäädäntöprosessiin kohdistuvaa tutkimusta, ks. tästä esim. Kati Rantala – Noora Alasuutari, Lainsäädäntötutkimus: esimerkkinä lainvalmistelun analyysi, teoksessa Kati Nieminen – Noora Lähteenmäki (toim.), Empiirinen oikeustutkimus. Gaudeamus 2021. Lisäksi lähestymistapa on osin aineiston laadullisen ja määrällisen tutkimuksen yhdistelmä, joka linkittyy osin siihen, mitä Noora Alasuutari on kirjoittanut em. teoksen luvussa ”Laadullisesta määrälliseksi: esimerkinä hallituksen esitykset.

- Millainen merkitys oikeuskirjallisuudella on perustuslakivaliokunnan kuulemien asiantuntijoiden lausunnoissa?
- Onko kirjallisuudella merkitystä laajemmin kuin yleisten oppien ja käsitteen muodostamista koskeissa asioissa?

2. Oikeuskirjallisuudesta perustuslakivaliokunnan ratkaisuisa

2.1. Oikeuskirjallisuus tuomioistuinten ratkaisuisa

Ennen tarkempaa perehtymistä oikeuskirjallisuuden merkitykseen perustuslakivaliokunnassa kuvataan tarkastelun vertailupohjaksi oikeuskirjallisuuden roolia tuomioistuinten toiminnassa. *Raimo Siltala* on kuvannut, että oikeuskirjallisuudessa esitetyillä kannanotoilla on nykyisinkin merkitystä oikeudellisessa argumentaatiossa, mutta niiden käyttöala on olla argumentaatiota tukemassa, eikä oikeuskirjallisuus ole itsenäinen oikeuslähde.²⁹ Oikeuskirjallisuuteen viittaaminen tuomioissa on ollut Suomessa pitkään hyvin vähäistä. *Jyrki Virolainen* on kuvannut, että kyse on ollut muun muassa Suomen oikeusjärjestyksen vahvasta legalistisesta traditiosta ja ylimpien tuomioistuinten osalta siitä, että tuomioiden perustelut ovat olleet hyvin niukkoja.³⁰

Oikeuskirjallisuudella on katsottu olevan rooli sekä sallittuna oikeuslähteenä että oikeuslähteiden sisältöä kuvaavana informaatiolähteenä.³¹ Viittaus oikeuskirjallisuuteen tuomion perusteluissa voi olla yksilöity, jossa kuvataan tarkka tieto siitä, mihin julkaisuun asiassa viitataan tai yksilöimätön, jossa viitataan vain ”kirjallisuudessa” esitettyyn kantaan.³² Virolainen on esittänyt, että yksilöimättömien viittausten merkittävä määrä johtuisi ainakin osittain siitä, että oikeuskirjallisuudella ei ole perinteisessä oikeuslähdeoppissa ollut ”sallittua oikeuslähdeä” vahvempaa asemaa.³³ Heinäkuuhun 2022 mennessä 514 korkeimman oikeuden ratkaisuisa ja 420 korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuisa on ollut viittaus oikeuskirjallisuuteen. Virolainen on läpikäynyt ylimpien tuomioistuinten ratkaisujen oikeuskirjallisuusviittauksia vuonna 2011, jolloin merkittävässä

29. Raimo Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 276–278.

30. Jyrki Virolainen, *Oikeuskirjallisuus oikeuslähteenä ja tuomion perusteluissa*. Lakimies 1/2012, s. 12–16.

31. Virolainen 2012, s. 3–4.

32. Virolainen 2012, s. 17–19.

33. Virolainen 2012, s. 19.

osassa ratkaisusta oikeuskirjallisuusviittaus on liittynyt lähinnä alempien tuomioistuinten ratkaisujen kuvaukseen.³⁴

Kirjallisuuteen viittaamisella on ollut tuomioistuinten ratkaisuisissa erilaisia tarkoituksia. Kyse on voinut olla oikeuskirjallisuuteen viittaamisesta ratkaisussa omaksutun argumentaation tueksi.³⁵ Kirjallisuuteen on voitu viitata samassa yhteydessä, kun kuvataan säännöksen esitöitä.³⁶ Toisaalta kyse on voinut olla jonkin käsitteen tulkinnan tueksi tehtävästä viittauksesta.³⁷ Virolaisen havaintojen mukaan tuomioistuimilla Suomessa ei ole ollut yhtä yhtenäistä tapaa, miten oikeuskirjallisuutta käytetään lähteenä.

Oikeuskirjallisuudelle on esitetty myös tuomioistuinten ratkaisutoiminnan näkökulmasta rooli oikeuslähteenä. Esimerkiksi *Aulis Aarnion* muotoilun mukaan oikeustieteellä on sallitun oikeuslähteen asema.³⁸ Aarnion mukaan kirjallisuudessa lausutut mielipiteet ” – – eivät sellaisenaan ole asia argumentteja. Sen sijaan mielipiteiden perustelut tarjoavat ratkaisevaa aineistoa oikeusongelman ratkaisemiseksi.”³⁹ Oikeuskirjallisuudella on ollut suomalaisessa tuomioistuinten käytännössä tunnustettu rooli, mutta sen merkitys käytännössä on vaihdellut huomattavasti.

2.2. Oikeuskirjallisuuden merkityksestä perustuslakivaliokunnan ratkaisuisissa

Perustuslakivaliokunnan lausunnoilla on edellä perustuslain 74 §:ssä todettu rooli. Tässä kirjoituksessa otetaan tarkasteluun myös perustuslakivaliokunnan mietinnöt siltä osin, kun kyse on valiokunnan tehtävään kuuluvasta laintulkinnasta mietintöasiana.⁴⁰

Yhtenä näkökulmana oikeuskirjallisuuden vaikutukseen perustuslakivaliokunnan käytännössä voidaan tarkastella sitä, kuinka paljon perustuslakivaliokunta on nimenomaisesti viitannut kirjallisuuteen. Perustuslakivaliokunnan aineisto on sähköisesti saatavilla eduskunnan valtiopäiväasioiden tietojärjestelmästä eduskunnan sivujen kautta. Haulla löydetään eduskunnan tietokannasta

34. Virolainen 2012, s. 13–16. Tuolloin kirjallisuusviittauksia KKO:n ratkaisuisissa oli 358 ja KHO:n ratkaisuisissa 129. Ensimmäinen viittaus KKO:n ratkaisuisissa on vuodelta 1981 ja KHO:n ratkaisuisissa vuodelta 2004

35. Virolainen 2012, s. 22.

36. Virolainen 2012, s. 22–23.

37. Virolainen 2012, s. 22.

38. Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria: yleisen oikeustieteen oppikirja*. WSOY 1989, s. 220–221.

39. Aarnio 1989, s. 239.

40. Tällaisilla tarkoitan perustuslain 30 §:n, perustuslain 76 §:n ja perustuslain 115 §:n mukaisia asioita

yhteensä 30 perustuslakivaliokunnan lausuntoa ja mietintöä.⁴¹ Näistä 22 on annettu nykyisen perustuslain aikana ja muut 1980-luvulla ennen perustuslakiuudistusta. Ottaen huomioon, että perustuslakivaliokunnan nykyinen lainsäädännöllinen asema on vahvistettu valtiopäiväjärjestyksen 46 §:n muutoksella perusoikeusuudistuksen osana, tarkastelu on perusteltua keskittää nykyisen perustuslain aikana annettuihin lausuntoihin.

Nykyisen perustuslain aikana on annettu 20 lausuntoa tai mietintöä, joissa on viitattu yksilöidysti johonkin oikeuskirjallisuuteen.⁴² Määrä on huomattavan pieni, ottaen huomioon esimerkiksi, että valiokunta antoi vaalikaudella 2015–2019 yhteensä 222 lausuntoa ja 29 mietintöä. Tarkasteluun löydettyjen lausuntojen ja mietintöjen lisäksi on mahdollista, että valiokunta on ainakin jossain määrin voinut omaksua oikeuskirjallisuudessa esitettyjä kantoja omiksi kannoikseen, vaikka valiokunta ei olisi nimenomaisesti viitannut lausuntoon. Tilanteissa, joissa viittaus on yksilöity, viittaus on ollut käytännössä osa argumentaatiota tai sen kuvaamista, että aiemmassa samaa oikeuskysymystä koskevassa lausunnossa valiokunta on viitannut oikeuskirjallisuuteen. Lausunnoissa voidaan havaita muutama perustuslain säännös, joiden tulkintaan lausunnot ovat erityisesti liittyneet.

Perustuslain 123 §

Perustuslakivaliokunta arvioi vuonna 2009 esitystä yliopistolain kokonaisuudistukseksi. Valiokunnan lausunnossa tuli arvioitavaksi muun ohella kysymys siitä, millainen sisältö perustuslain 123 §:n turvaamalle yliopistojen itsehallinnolle tulisi antaa. Valiokunta totesi, että ”oikeuskirjallisuudessa yliopistojen itsehallinnon on katsottu jakautuvan kahteen osaan: tutkimusta ja opetusta koskevaan sekä taloudellis-hallinnolliseen autonomiaan. Tutkimuksen ja opetuksen vapaus edellyttää, että yliopiston omat hallintoelimet käyttävät päätösvaltaa näillä alueilla ja että yliopistolla on myös asema opettajiensa nimittämisessä. Taloudellis-hallinnollisen autonomian mukaan yliopisto asettaa itse hallintoelimensä, jotka päättävät sisäiseen hallintoon kuuluvista asioista.”⁴³ Valiokunta on myöhemmin todennut kahdessa lausunnossaan⁴⁴, että valiokunta on aiemmin viitannut siihen, mitä oikeuskirjallisuudessa on lausuttu yliopiston itsehallinnon sisällöstä.

41. Sanoilla ”PeV* kirjallisuus” haku tuottaa tiedon perustuslakivaliokunnan asiakirjoista eli käytännössä mietinnöistä, lausunnoista ja pöytäkirjoista, joissa mainitaan sana kirjallisuudessa erilaisine taivutusmuotoineen.

42. Aineistosta rajautuu pois kaksi lausuntoa, koska niissä on vain viitattu sanaan ”kirjallisuus” muussa merkityksessä kuin oikeuskirjallisuuden arvioinnissa. Tätä vanhemmassa lausuntokäytännössä on joitain viittauksia kirjallisuuteen, mutta koska ne ovat perusoikeusuudistusta edeltävältä ajalta 1980-luvulta, ne jätetään huomioimatta.

43. PeVL 11/2009 s. 2/II

44. PeVL 37/2009, PeVL 46/2010

Kirjallisuusviittaus vaikuttaisi tarjoavan laajemman sisällön perustuslain 123 §:n turvaaman oikeuden tulkinnalle kuin säännöksen esityöt.⁴⁵

Perustuslain 124 §

Vielä useammin valiokunta on viitannut kirjallisuuteen tulkitessaan käsiteltävien esitysten suhdetta perustuslain 124 §:ään. Esimerkiksi arvioidessaan esitystä sosiaali- ja terveyspalvelujen kokonaisuudistusta koskevaksi lainsäädännöksi perustuslakivaliokunta arvioi kirjallisuudessa esitettyä kantaa argumentaationsa osana:

”Käsillä oleva tulkintatilanne on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön valossakin uusi. Yleensä kyse on ollut tilanteista, jotka ovat koskeneet viranomaisten pääasiaa koskevaan päätöksentekoon nähden epäitsenäisen osakokonaisuuden ulkoistamista tai teknisemmän tai operatiivisemmän taikka viranomaistoiminnalle edellytyksiä luovan palvelutoiminnan ulkoistamista – – . Oikeuskirjallisuudessa on tähän näkökohtaan viitaten katsottu, että perustuslain 124 §:n sääntely heijastelee ydintehtävien ulkoistamisen kieltoa (Keravuori-Rusanen, Marietta: Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä. – –).⁴⁶

Perustuslakivaliokunta on arvioinut kahdessa lausunnossa PeVL 48/2010 vp perustuslain 124 §:n niin sanotun tarkoituksenmukaisuusedellytyksen täyttymistä kirjallisuuden valossa, esimerkiksi lausunnossa:

”Valiokunta muistuttaa, että tarkoituksenmukaisuusvaatimus perustuslain 124 §:ssä on oikeudellinen edellytys, jonka täytyminen jää tapauskohtaisesti arvioitavaksi. [– –] Lisäksi oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että tehtävänannon tarkoituksenmukaisuutta on arvioitava kunkin viranomaisorganisaation ulkopuolelle annettavaksi ehdotetun julkisen hallintotehtävän kohdalla erikseen.⁴⁷

Lisäksi perustuslakivaliokunta on tukeutunut kirjallisuuteen arvioidessaan perustuslain 124 §:n mukaisen julkisen hallintotehtävän määritelmää.⁴⁸

125 §

Perustuslain 125 §:n tulkinnassa perustuslakivaliokunta on tukeutunut oikeuskirjallisuuteen arvioidessaan nimitysharkinnan oikeudellista luonnetta. Esimerkiksi mietinnössä PeVM 6/2015 vp valiokunta on todennut, että

45. HE 1/1998 vp, s. 177-178

46. PeVL 26/2017 vp, s. 52

47. PeVL 48/2010 vp, s. 4/I Ks. myös vastaava kannanotto lausunnossa PeVL 53/2010 vp, s. 2/II.

48. PeVL 16/2016 vp, s. 2.

” – – Oikeuskirjallisuudessa nimitykseen on katsottu kuuluvan sekä oikeudellisesti sitovia että hallinnolliseen harkintaan valtuuttavia ainesosia. Nimitysharkintaa on luonnehdittu suppeaksi harkinnaksi, koska laki osoittaa nimitysperusteet. (Seppo Koskinen — Heikki Kulla, Virkamiesoikeuden perusteet – – ”⁴⁹

Vastaavasti valiokunta on viitannut nimitysharkinnan luonnetta koskevassa arvioinnissa oikeuskirjallisuuteen lausunnoissaan PeVL 42/2017 vp ja PeVL 26/2017 vp.

Tarkastelun perusteella voidaan todeta, että perustuslakivaliokunta on viitannut mainittujen pykälien tulkinnassa kirjallisuuteen erityisesti sellaisissa tilanteissa, kun perustuslain säännöksen käsitteet eivät saa pykälän tai esitöiden perusteella tyhjentävää sisältöä ja kyse on jossain määrin kansallisesta organisatiosäännöksestä, jonka tulkinta on puhtaasti kansallisista lähtökohdista lähtevää.

Muita teemoja

Perustuslakivaliokunnan muut viittaukset ovat liittyneet perustuslain 9 §:n mukaiseen rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen, perustuslain 21 §:ssä turvattuun oikeusturvaperusoikeuteen, perustuslain 75 §:ssä turvattuun Ahvenanmaan itsehallintoon, perustuslain 30 §:n mukaiseen kansanedustajan syytesuojaan ja perustuslain 47 §:n mukaiseen eduskunnan tiedonsaantioikeuteen.

Kahdessa lausunnossa oikeuskirjallisuuteen on viitattu valiokunnan arvioissa *pro et contra* -tyyppistä argumentaatiota perustuslain 21 §:n tulkinnan osalta. Valiokunta totesi, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa tuomarien nimittämistä koskevaa ehdotusta ei ole pidetty ongelmallisena, mutta oikeuskirjallisuudessa on pidetty mahdollisena, että ”hyvin lyhytaikainen nimitys voisi joidenkin tuomioistuinten kohdalla asettaa niiden riippumattomuuden kyseenalaiseksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa tarkoitetussa mielessä.”⁵⁰

Lausunnossa PeVL 61/2010 vp kirjallisuuden merkitys on ollut mahdollistaa tarkastelun viitekehys: ”Tällaisia tapauksia on oikeuskirjallisuudessa nimitetty tosiasialliseksi pakkolunastukseksi. Oikeustieteessä on katsottu, ettei kysymystä siitä, merkitseekö jokin rajoitustoimenpide omaisuuden tosiasiallista pakkolunastusta, voida ratkaista minkään selkeän säännön pohjalta.”⁵¹ Valiokunta on tämän jälkeen arvioinut kyseistä osakysymystä kirjallisuuden valossa.

49. PeVM 6/2015 vp, s. 5.

50. PeVL 2/2006 vp, s. 3/II ja PeVL 26/2009 vp, s. 2/II.

51. PeVL 61/2010 vp s. 3/I.

Viittaus kirjallisuuteen on voinut olla myös alaviitteessä oleva viittaus kirjallisuuteen ilman että varsinaisessa lausunnon tai mietinnön tekstissä viitataan nimenomaisesti kirjallisuuteen.⁵²

Perustuslain 47 §:n tulkinnan osalta valiokunta on viitannut lausunnossaan PeVL 30/2020 vp:

”Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että kaikkien eduskunnan tiedonsaantia koskevien järjestelyjen ja käytäntöjen taustana on parlamentaarisen järjestelmän toimintaan väistämättä kuuluva vaatimus siitä, että eduskunta saa päätöksentekoonsa kaiken tarvittavan tiedon. – – Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että valiokunnan mainitun kannanoton ja perustuslain 47 §:n säätämishistorian pohjalta voidaan pitää riidattomana, että tietojen saamisoikeus koskee myös salassa pidettäviä asiakirjoja ja että muutenkaan ei juuri voida perustella ajatusta, että ministerillä olisi mahdollisuus joillakin tiedon sisältöä koskevilla perusteilla kieltäytyä huolehtimasta tiedon saamisesta.”⁵³

Kirjallisuusviittauksen tarkoituksena on ollut myös kuvata säännöksen historiaa ja sen aiempaa tulkintaa:

”Säännöksen ei katsottu vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa ehdottomasti edellyttäneen kaikkien valtionaloudellisia vaikutuksia aiheuttavien kansainvälisten velvoitteiden osalta eduskunnan suostumusta.”⁵⁴

Perustuslain 30 §:n 2 momentin tulkinnassa on tukeuduttu oikeuskirjallisuuteen arvioitaessa säännöksen luonnetta:

”Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että säännöksen tarkoitus ei näin ole, että kansanedustaja henkilönä asetettaisiin rikosoikeudellisesti erityisasemaan suhteessa muihin kansalaisiin, vaan säännöksen tarkoitus liittyy kansanedustajan toimen suojaamiseen kansanvallan keskeisenä toimijana.”⁵⁵

Lisäksi voidaan todeta, että valiokunta on viitannut oikeuskirjallisuuteen todetessaan olevansa eri mieltä hallituksen esityksessä lausutun kanssa⁵⁶ ja viitatessaan siihen, että velvollisuus pidättäytyä esteellisenä asian käsittelyyn osallistumisesta on ”virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin perustuva virkavelvollisuus”⁵⁷

Tarkastelun kohteena on ollut perustuslakivaliokunnan vuosittaiseen lausunto- ja mietintömäärään nähden suhteellisesti kohtalaisen pieni määrä mietin-

52. Ks. esim. PeVL 3/2011 vp, s. 2/II.

53. PeVL 30/2020 vp, s. 6.

54. PeVL 29/2012 vp, s. 3/I.

55. PeVM 21/2020 vp, s. 2–3.

56. PeVM 7/2002 vp, s. 4–5.

57. PeVM 10/2010 vp, s. 6–7.

töjä ja lausuntoja. Tämän tarkastelun perusteella voitaneen esittää havainto siitä, että valiokunta vaikuttaa viitanneen lausunnossa tai mietinnössä nimenomaisesti oikeuskirjallisuuteen silloin, kun perustuslain säännöksen tulkinnasta ei ole selvää perustuslakivaliokunnan käytäntöä arvioitavan kysymyksen osalta tai esityöt eivät anna tyhjentävää vastausta pykälän tulkintaan. Valiokunta vaikuttaa ottaneen tällaisissa tilanteissa oikeuskirjallisuuden osaksi argumentointiaan, ja se on pyrkinyt sitomaan tulkintaa oikeustieteelliseen keskusteluun, jotta tulkinnalla olisi selkeämmin yksilöitävä tuki oikeustieteessä. Jossain määrin vaikuttaisi siis, että valiokunta on hyväksynyt oikeuskirjallisuuden sallituksi oikeuslähteeksi omassa arvioinnissaan. Valiokunnan suhtautuminen oikeuskirjallisuuteen muistuttaa ainakin jossain määrin sitä, miten tuomioistuimet ottavat kirjallisuuden huomioon ratkaisujen perusteluissa.

3. Asiantuntijalausunnot ja kirjallisuusviittaukset

3.1. Asiantuntijalausuntojen tarkastelu vuosilta 2015–2022

Perustuslakivaliokunnalle annetut asiantuntijalausunnot ovat sähköisenä eduskunnan valtiopäiväasioiden tietojärjestelmässä eduskunnan verkkosivuilla vuoden 2015 valtiopäivistä alkaen. Kesään 2022 mennessä aineistoa on kertynyt siis 7 kokonaisten valtiopäivien ja yhden kevätistutokauden verran. Eduskunnan tietojärjestelmään on tarkasteluajanjaksona kirjattu 7 636 perustuslakivaliokunnalle annettua asiantuntijalausuntoa.⁵⁸ Valtiopäiväasioiden tietojärjestelmästä löytyy 117 perustuslakivaliokunnalle annettua asiantuntijalausuntoa, joissa viitataan oikeuskirjallisuuteen.⁵⁹ Ensimmäisten rajausten jälkeen jää jäljelle 109 asiantuntijalausuntoa.⁶⁰ Kun seuraavaksi poistetaan tarkastelusta vielä lausunnot, joissa on ollut kyse enemmän aiemman kirjallisuusviittauksen toistamisesta tai

58. Lukumäärä on laskettu eduskunnan sivujen asiantuntijalausunto-listauksesta, ks. <https://avoin-data.eduskunta.fi/#/fi/dataset-search?filter=Asiantuntijalausunto> (viitattu 12.11.2022).

59. Haulla ”*kirjallisuus*” on edellä tuomioistuinkäytännön hakua vastaavalla tavalla haettu asioita, joissa viitataan jollain tavalla kirjallisuuteen. Tämän tuottamaa tulosta on rajattu siten, että valtiopäiväasiakirjoista vain asiantuntijalausunnot rajautuvat tarkasteluun, jonka jälkeen on rajattu vielä siten, että vain perustuslakivaliokunnan saamat asiantuntijalausunnot rajautuvat näkyville.

60. Lausunnoista kolme rajautuu pois, koska ne on eri syistä kirjattu kahteen kertaan. Viisi lausuntoa rajautuu pois, koska niissä sana ”kirjallisuus” mainitaan muussa yhteydessä. Tässä yhteydessä on huomioitava, että otantamenetelmän mukainen tarkastelu perustuu vain nimenomaisesti lausuttujen oikeuskirjallisuutta koskevien viittausten arvioon, mikä jättää huomiotta esim. ”ks. kirjan nimi” -tyyppiset viittaukset.

vastaavasta, lähempään tarkasteluun jää 99 asiantuntijalausuntoa.⁶¹ Kirjallisuusviittaukset sisältyvät 45 eri lausunnonantajan lausuntoihin. Pääosin aineistossa on yksi lausunto lausunnonantajaa kohden. Asiantuntijoista 13 on viitannut kirjallisuuteen 2–4 kertaa. Tätä useammin kirjallisuuteen ovat viitanneet *Pauli Rautiainen* (7 kertaa) ja *Veli-Pekka Viljanen* (5 kertaa).

Sen perusteella, millainen merkitys kirjallisuudella on ollut asiantuntijalausunnon osana, lausunnot voidaan luokitella karkeasti viiteen eri ryhmään:

1. Kirjallisuus itsenäisenä argumenttina;
2. Viittaus siihen, että kirjallisuudessa on analysoitu jotain käsitettä tai ilmiötä tarkemmin;
3. Viittaus siihen, että edes kirjallisuudessa ei ole asiasta kantaa tai kirjallisuuden kannat asiasta ovat ristiriitaisia;
4. Oikeuskirjallisuudessa on analysoitu esimerkiksi EIT:n ratkaisukäytäntöä ja
5. Muut tapaukset.

Seuraavassa kuvataan tarkemmin näitä ryhmiä ja niihin sisältyviä lausuntoja.

Kirjallisuus itsenäisenä argumenttina

Selkeästi suurin osa lausunnoista kuuluu ensimmäiseen ryhmään, jossa kirjallisuuteen on viitattu argumenttina. Tällöin asiantuntija on viitannut oikeuskirjallisuuteen osana omaa argumentaatiotaan oman argumenttinsa tueksi tai itsenäisenä argumenttina. Esimerkkinä tällaisesta voidaan todeta esimerkiksi *Teuvo Pohjolan* lausunto:

”Ehdotuksen säätämisarjostusperusteluissa on todettu, että omaisuuden suojaan puuttumisen vakavuutta arvioitaessa on otettava huomioon, että ’muutos kohdistuisi pieneen määrään yrityksiä (noin 100)’ ja ehdotukseen sisältyy sääntelyä, joka parantaisi pk-kuljetusyritysten liiketoimintamahdollisuuksia. Lausuma ja perustelu on kestävä, sillä oikeuskirjallisuudessa on katsottu jopa, että mitä pienempään joukkoon perusoikeusrajoitus kohdistuu, sitä tarpeellisempaa on huolehtia perusoikeussuojasta.”⁶²

Toisena esimerkkinä voidaan todeta Olli Mäenpään lausunto:

61. Muutaman kerran oikeuskirjallisuusmaininnat ovat liittyneet siihen, että todetaan, että hallituksen esityksessä on todettu oikeuskirjallisuudessa esitettyjä kantoja. Vastaavasti muutaman kerran viittaus on ollut luonteeltaan aiemman perustuslakivaliokunnan esittämän kirjallisuusviittauksen toistamista. Aineistossa on myös kerran ollut kyse sen mainitsemista, että lausunnonantaja toteaa, että hän ei tunne rikosoikeuden kirjallisuutta. Lisäksi aineistossa on ollut kahdeksan yksilöimätöntä ”tutkimuskirjallisuudessa on katsottu, että” ja 11 yksilöityä vastaavaa viittausta muuhun kuin oikeustieteelliseen tutkimuskirjallisuuteen.

62. Asiassa HE 40/2021 vp Teuvo Pohjolan lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 4–5.

”[–] Nimitysperusteiden asettamat vaatimukset on suhteutettava virkaan kuului viin tehtäviin ja toimivaltuuksiin. Lisäksi oikeuskirjallisuudessa on painotettu, että virkaan nimitettävältä on edellytettävä vähintään yleisten nimitysperusteiden edellyttämää kelpoisuuden vähimmäistasoa. Tältä kannalta on kyseenalaista, voidaanko lakiehdotuksen mukaisia kelpoisuusvaatimuksia pitää riittävinä takaamaan se, että reservipoliisilla on sellainen perustuslain 125 §:n 2 momentissa edellyttämä taito ja kyky, joka on vähimmäisedellytyksenä reservipoliisiin tehtäviä toteuttavaan virkasuhteeseen nimittämiseksi.”⁶³

Lausunnoista 47 on tällaisia, joissa oikeuskirjallisuusviittaus on ollut osa varsinaista lausunnonantajan argumentaatiota. Jossain määrin näitä voisi olla vielä jaettavissa lausuntoihin, joissa kirjallisuudella on enemmän itsenäinen rooli ja lausuntoihin, joissa lausuntojen rooli on enemmän argumentaatiota tukeva. Tällainen tarkempi jaottelu olisi kuitenkin siinä määrin arvostuksenvarainen, että jaottelu ei ole mielekäs. Joka tapauksessa voidaan kuitenkin sanoa, että enemmistössä asiantuntijalausuntojen kirjallisuusviittauksista on kyse siitä, että lausunnonantaja pyrkii kirjallisuusviittauksella joko tukemaan omaa argumentaatiotaan kirjallisuudella tai vetoaa kirjallisuuteen auktoritatiivisena lähteenä. Ainakin jossain määrin voitaneen katsoa, että asiantuntijalausunnoissa on pidetty oikeuskirjallisuutta sallittuna, täydentävänä oikeuslähteenä.

Kirjallisuus käsitteen tai asian selittäjänä

Aineistosta 12 lausunnossa kirjallisuusviittauksen tarkoituksena on ollut kuvata, että jotain käsitettä tai asiaa on selostettu tarkemmin kirjallisuudessa. Esimerkiksi *Raija Huhtanen* on lausunnossaan kuvannut, mitä oikeuskirjallisuudessa on lausuttu ns. heikennyskiellosta:

”Oikeuskirjallisuuden mukaan heikennyskielto on yksi sosiaalisiin perusoikeuksiin kytkeytyvä oikeusvaikutus, joka voidaan ymmärtää toimeksiantovaikutuksen kääntöpuoleksi. Lainsäätäjän toimivaltaa laskea sosiaaliturvajärjestelmän tasoa on kirjallisuuden mukaan arvioitava lisäksi niiden yleisten näkökohtien avulla, jotka perustuslakivaliokunta on muotoillut ja jotka koskevat perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä.”⁶⁴

Toisena esimerkkinä voidaan todeta Juha Lavapuron lausunto, jossa on viitattu siihen, mitä oikeuskirjallisuudessa on lausuttu perustuslain 124 §:n kriteerien tulkinnasta:

63. Asiassa HE 137/2018 vp Olli Mäenpään lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 3.

64. Asiassa HE 70/2015 vp Raija Huhtasen lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 2.

”Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin katsottu, ettei tällaisissa yksityisen edun nimissä tarjottavissa julkisissa palveluissa itse asiassa ole kysymys julkisen tehtävän hoitamisesta ja siihen liittyvästä julkisen vallan käyttämisestä.”⁶⁵

Kirjallisuudessa ei ole käsitelty asiaa tai ei ole yhtenäistä kantaa

Aineistossa kahdeksassa lausunnossa oikeuskirjallisuuteen viittaamisen tarkoituksena on ollut todeta, ettei oikeuskirjallisuudesta löydy kantaa asiaan, johon voisi tukeutua tai kyseinen kanta ei ainakaan ole yhtenevä. Tällaisesta voidaan todeta esimerkkinä *Janne Salmisen* lausunto, jossa on lausuttu, ettei kirjallisuudessa ole asialle vakiintunutta sisältöä

”Vaikkei sillä ole välitöntä valtiosääntöoikeudellista merkitystä, on lisäksi huomattava, että lakiin tai esitöihin ei sisälly määritelmää siitä, mitä julkisoikeudellisella ympäristövastuulla tarkoitetaan. Kirjallisuudessakaan ei ole sille vakiintunutta sisältöä. Kun käsitteen sisällöllä on merkitys konkurssisaatavien ja massavelkaisten vastuiden erottelun kannalta ja sitä kautta myös sekä omaisuuden suojaa koskevan perustuslain säännöksen kannalta että ympäristöperusoikeuden kannalta, määritelmän tulisi olla laissa.”⁶⁶

Lisäksi voidaan todeta toinen Salmisen lausunto, jossa on todettu, ettei asiasta ole perustuslakivaliokunnan käytäntöä, eikä oikeuskirjallisuutta:

”Tässä kyseessä olevista siviilihenkilöiden osallistumisesta kriisinhallintaan annetun lain tarkoittamista tai myöskään rauhanturvaajia koskevassa lainsäädännössä tarkoitetuista muista julkisoikeudellisista palvelussuhteista ja perustuslain 125.2 §:n soveltuvuudesta ei ole havaintojeni mukaan perustuslakivaliokunnan käytäntöä. Muista julkisoikeudellisista palvelussuhteista ei myöskään ole mitään olennaista oikeuskirjallisuutta.”⁶⁷

Oikeuskirjallisuudessa on analysoitu asiaa tarkemmin

Yhtenä tilanteena voidaan tunnistaa lausunnot, joissa on viitattu oikeuskirjallisuuteen sen vuoksi, että oikeuskirjallisuus antaa tarkempaa tietoa tietystä yksittäisestä kysymyksestä, kuten esimerkiksi oikeustapauksesta, johon lausunnossa viitataan. Tällaisia lausuntoja aineistossa on 11. Tällaisten viittausten tarkoituksena on ollut lähinnä kuvata, että missä asiaa on arvioitu tarkemmin, mutta sinänsä kirjallisuusviittaus ei ole ollut niin keskeinen osa argumentaatiota.

Esimerkiksi tällaisesta lausunnosta voidaan ottaa *Martin Scheininin* lausunto, jossa on informatiivisesti kuvattu, mistä on löydettävissä lisätietoa asiaa koskevasta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännöstä:

65. Asiassa HE 26/2016 vp Juha Lavapuron lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 4–5.

66. Asiassa HE 221/2018 vp Janne Salmisen lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 3.

67. Asiassa HE 112/2021 vp Janne Salmisen lausunto perustuslakivaliokunnalle, s.7.

”Oikeuskirjallisuudessa ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä laajemmin on käsitelty mm. Nigel Rodley – . Viittaan myös vankeinhoidon ammattilaisille suunnattuun brittiläiseen teokseen Andrew Cole, *A Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for prison staff* (2002), – .”⁶⁸

Muut tilanteet

Edellisen neljän luokittelun lisäksi on muutama asiantuntijalausunto, jotka eivät ole yhteismitallisia edellisten kanssa. *Asko Uoti* ei yksilöinyt lähdeviittauksin kirjallisuutta lausunnossaan esitykseen HE 241/2020 vp, mutta sen sijaan hän on esittänyt lausuntonsa päätteeksi lähdeluettelon.⁶⁹ Lisäksi kyse on ollut esimerkiksi sen toteamisesta, että lausunnonantaja ei ole perehtynyt erityisalan kirjallisuuteen, kuten Mikael Hidén on todennut lausunnossaan:

”En ole rikosoikeuden asiantuntija. En siten ole perehtynyt erilaisten rikosoikeudellisten säännösten taustaan, niiden soveltamisessa tuomioistuimissa ehkä syntyneisiin käytäntöihin ja niiden käsittelyyn kirjallisuudessa.”⁷⁰

Mainittujen muiden tilanteiden osalta voidaan todeta, että kyse on kohtalaisen vähälukuisesta määrästä, jossa on lähinnä todettu, että kirjallisuuteen on viitattu aiemmassa perustuslakivaliokunnan lausunnossa.⁷¹

3.3. Kirjallisuusviittausten taustasta perustuslakivaliokunnan lausunnoissa

Yhtenä näkökulmana voidaan kiinnittää huomiota vielä siihen, miten kirjallisuusviittaukset ovat päätyneet osaksi sellaisia perustuslakivaliokunnan lausuntoja, joissa valiokunta on nimenomaisesti viitannut kirjallisuuteen. Tässä yhteydessä on perusteltua arvioida kysymystä siitä, onko valiokunnan kirjallisuuteen viittaamisessa vastaavalla tavalla kyse asiantuntijoiden valiokunnan käyttöön tuomasta tiedosta. Tätä voidaan tarkastella arvioimalla nimenomaisen kirjallisuusviittauksen sisältävien perustuslakivaliokunnan lausuntojen ja mietintöjen käsittelyä varten perustuslakivaliokunnalle toimitettuja asiantuntijalausuntoja.

Pääosin kirjallisuusviittaukset asiantuntijalausunnoissa näyttävät olevan pääosin yksittäisiä yhden asiantuntijan esittämiä kirjallisuusviittauksia osana asian-

68. Asiassa HE 263/2016 vp Martin Scheininin lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 4–5.

69. Asiassa HE 241/2020 vp Asko Uotin lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 9–10.

70. Asiassa M 4/2019 vp Mikael Hidénin lausunto perustuslakivaliokunnalle 10.9.2020, s. 4. Hidén on antanut asiaan kaksi lausuntoa, joista viitataan mainitun päivämäärän lausuntoon.

71. Asiassa HE 16/2018 vp Pentti Arajärven lausunto perustuslakivaliokunnalle 5.4.2018, s. 5. Arajärvi on antanut asiaan kaksi lausuntoa, joista viitataan mainitun päivämäärän lausuntoon.

tuntijan argumentaatiota. Esimerkiksi tällaisesta voidaan ottaa Mikael Hidénin lausunto asiassa PeVL 30/2020 vp:

”Eduskunnan tiedonsaantia koskevien säännösten, lähinnä PL 47 §:n, niiden taustan ja niihin liittyvien käytännön soveltamistilanteiden osalta voin yleisesti viitata teoksessa Juridikkaa ja muotoja eduskuntatyössä, 4.p., 2019, s. 262–269 esittämäni.”⁷²

Valiokunta on ottanut lausuntoonsa viittauksen Hidénin lausunnossaan esille nostamaan kohtaan teoksesta:

”Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että valiokunnan mainitun kannanoton ja perustuslain 47 §:n säätämishistorian pohjalta voidaan pitää riidattomana, että tietojen saamisoikeus koskee myös salassa pidettäviä asiakirjoja ja että muutenkaan ei juuri voida perustella ajatusta, että ministerillä olisi mahdollisuus joillakin tiedon sisältöä koskevilla perusteilla kieltäytyä huolehtimasta tiedon saamisesta (Hidén 2019, s. 264).”⁷³

Valiokunta voi saada useita kirjallisuusviittauksia, mutta se ei välttämättä ota lausuntoonsa kuin osan näistä. Esimerkkinä tällaisesta voidaan todeta lausunto PeVL 57/2010 vp, jossa valiokunta on todennut:

”Hallinnollisten seuraamusten määräämistä on myös oikeuskirjallisuudessa pidetty riidattomasti perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuna merkittävänä julkisen vallan käytönä.”

Viittaus valiokunnan lausunnossa liittyy *Marietta Keravuori-Rusasén* kirjaan.⁷⁴ Viittauksen taustalla näyttäisi olevan kahden asiantuntijan, Veli-Pekka Viljasen ja *Mikael Koillisen* lausunnoissaan esittämä viittaus teokseen.⁷⁵ *Sakari Melander* viittasi kyseistä asiaa varten antamassaan lausunnossa rikosoikeuden puolen kirjallisuuteen, johon valiokunta ei ainakaan nimenomaisesti viittanut.⁷⁶

Kirjallisuusviittaukset eivät aina ole olleet yksilöityjä, mutta niiden taustalla on ollut asiantuntijalausunnoissa yksilöityä kirjallisuutta. Perustuslakivaliokunnan mietinnössä 21/2020 vp valiokunta on viittanut yksilöimättömästi kirjallisuuteen todeten ”Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että säännöksen tarkoitus ei näin ole, että kansanedustaja henkilönä asetettaisiin rikosoikeudellisesti eri-

72. Asiassa O 35/2020 vp Mikael Hidénin lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 1. Samaan asiaan antamassaan lausunnossa myös Veli-Pekka Viljanen nosti esille saman teoksen, mutta hieman eri kohdasta, kuin mihin valiokunta viittasi, Viljasen lausunnon s. 1.

73. PeVL 30/2020 vp, s. 6.

74. PeVL 57/2010 vp, s. 5/II.

75. Asiassa HE 223/2010 vp Veli-Pekka Viljasen lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 2; Mikael Koillisen samassa asiassa perustuslakivaliokunnalle antama lausunto, s. 7–8.

76. Asiassa HE 223/2010 vp Sakari Melanderin lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 2.

tyisasemaan suhteessa muihin kansalaisiin, vaan säännöksen tarkoitus liittyy kansanedustajan toimen suojaamiseen kansanvallan keskeisenä toimijana.” Tämän viittauksen taustalla voidaan tunnistaa asiantuntijalausunnoissa yksilöity viittaus.⁷⁷

Aineistosta on havaittavissa myös muutama lausunto, jota varten annetuissa asiantuntijalausunnoissa ei ole nimenomaisia kirjallisuusviittauksia. Perustuslakivaliokunnan mietinnössä 6/2015 vp perustuslakivaliokunta on viitannut nimenomaisesti kirjallisuuteen, vaikka sen kuulemat asiantuntijat eivät ole lausunnoissaan esittäneet kirjallisuusviittauksia. Kirjallisuusviittauksen taustalla vaikuttaisi olevan valiokunnan viittaama lausunto PeVL 51/2010 vp, jonka asiantuntijalausunnoista kirjallisuusviittaus vaikuttaisi olevan peräisin. Myöskään lausunnoissa PeVL 48/2010 vp ja PeVL 53/2010 vp valiokunnan kuulemien asiantuntijoiden lausunnoissa ei vaikuta olevan viittauksia kirjallisuuteen. Molemmissa on viitattu Marietta Keravuori-Rusasen teokseen ”Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle.”⁷⁸ Lisäksi lausunnossa 48/2010 on viitattu Matti Niemivuon ja Marietta Keravuoren teokseen ”Hallintolaki”.⁷⁹ Lausunnossa PeVL 2/2006 vp perustuslakivaliokunta on puolestaan viitannut teokseen Matti Pellonpään teokseen ”Euroopan ihmisoikeussopimus”⁸⁰, mutta tämä viittaus ei vaikuta olevan peräisin valiokunnan saamista asiantuntijalausunnoista. Voitaneen ajatella, että näissä on todennäköisesti ollut kyse joko suullisesti valiokunnan kuulemisessa esille tulleista näkökulmista tai valiokunnan aiemmissa kuulemisissa saamien viittausten toistamisesta, joita ei ole selvästi yksilöity. Vaihtoehtoisesti on mahdollista, että valiokunta olisi viitannut itsenäisesti kirjallisuuteen ilman tukea asiantuntijalausunnoista, mutta näin pienellä otoksella ei ole mahdollista arvioida sellaisen vaihtoehdon todennäköisyyttä.

77. Asiassa M 5/2019 vp Mikael Hidénin lausunto perustuslakivaliokunnalle, s. 2 ja Tuomas Ojasen lausunto samassa asiassa, s. 3.

78. PeVL 48/2010 vp, s. 4; PeVL 53/2010 vp, s. 2.

79. PeVL 48/2010 vp, s. 4.

80. PeVL 2/2006 vp, s. 3.

4. Yhteenveto

4.1. Valiokunnan ja tiedemaailman dialogista

4.1.1. Valiokunnan ja tiedemaailman dialogista hallitusmuodon aikana

Yhtenä näkökulmana oikeustieteen vaikutuksesta perustuslakivaliokunnan päätöksentekoon on syytä vielä tarkastella, millaista dialogia perustuslakivaliokunnan lausunnoissa on nähtävissä oikeuskirjallisuudessa lausutun kanssa. Kirjallisuudessa on kuvattu, että perustuslakivaliokunnan ja oikeustieteen välillä on käyty keskustelua erityisesti perustuslakivaliokunnan yleisten oppien kehittämisestä. Jyränki on todennut, että ”valtiosääntöoikeuden yleisiä oppeja kehitetään pääosin oikeuskirjallisuudessa mutta osin myös eräissä virallisissa asiakirjoissa, erityisesti eduskunnan perustuslakivaliokunnan mietinnöissä ja lausunnoissa”⁸¹. Esimerkkinä tällaisesta aiemmasta keskustelusta voidaan mainita poikkeuslakien välttämisen periaate ja perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset.

Poikkeuslakien käyttöä koskevia periaatteita on kehitelty vahvasti oikeuskirjallisuudessa. Esimerkiksi Jyränki on kuvannut, että oikeuskirjallisuudessa poikkeuslakien rinnastuminen lakina tavalliseen lakiin hyväksyttiin kirjallisuudessa 1910- ja 1920-lukujen vaihteessa ja ”eduskuntakäytännössä tämä doktriinin keskeinen osa omaksuttiin jännöksettömästi toisen maailmansodan alkuun mennessä”⁸². Viljanen on kuvannut, että poikkeuslakien käytön rajaaminen nousi oikeustieteessä keskusteluun jo 1970-luvun alkupuolella, mutta päätös poikkeuslakimenettelyn käyttöalan rajaamisesta tehtiin vasta perustuslakiuudistuksen osana 1990-luvun lopussa.⁸³ Viljasen mukaan ”perustuslakivaliokunnan omaksuma käytäntö [rajata poikkeuslakimenettelyn käyttöä] voidaan nähdä yrityksenä vastata poikkeuslakijärjestelmää kohtaan suunnattuun kritiikkiin luopumatta kuitenkaan järjestelmästä kokonaisuudessaan.”⁸⁴

Perustuslakivaliokunta on muotoillut perusoikeusudistusta koskevassa mietinnössään niin sanotut perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset.⁸⁵ Viljanen on kuvannut, että perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten testi korvasi aiemmin kirjallisuudessa kehiteltyjä ja valiokunnan käytännössä sovellettuja, kirjallisuudessa kehiteltyjä perusoikeuksien rajoitusarviointia koskevia testejä.⁸⁶

81. Jyränki 2003, s. 35.

82. Jyränki 2003 s. 278.

83. Veli-Pekka Viljanen, Poikkeuslakien välttämisen periaate. Lakimies 6–7/1999, s. 961–964.

84. Viljanen 1999, s. 964.

85. PeVM 25/1994 vp, s. 5.

86. Veli-Pekka Viljanen, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSOY Lakitieto 2001.

Osaltaan myös Viljanen on teoksellaan pyrkinyt systematisoimaan rajoitusedellytysoppia.⁸⁷

4.1.2. Keskustelu perusoikeuksien heikennyskiellosta ns. ”aito avioliitto”-kansalaisaloitteen yhteydessä

Eräs asia, jossa kirjallisuuteen viitattiin nimenomaisesti asiantuntijalausunnoissa, oli avioliittolain muuttamiseen tähdännyt ns. ”aito avioliitto”-kansalaisaloite (KAA 2/2016 vp). Aloitteessa ehdotettiin, että eduskunnan aiemmin hyväksymä avioliittolain muutos tulisi kumota. Asian käsittelyssä heräsi kysymys siitä, onko käsillä tilanne, jossa avioliittolain sukupuolineutraalius olisi tullut katsoa oikeudeksi, jota ei olisi voinut enää heikentää lainmuutoksella. Perustuslakivaliokunnan kuulemista asiantuntijoissa Veli-Pekka Viljanen totesi, että

”[– –] Kyse on siten nykyiseen oikeustilaan verrattuna olennaisesta samaa sukupuolta olevien parien oikeuksien heikentämisestä. Perustuslain kannalta merkittävää on, että heikennys kohdistuu heidän yhdenvertaiseen kohteluunsa suhteessa eri sukupuolta oleviin pariin, samoin kuin heidän perhe-elämänsä suojan tasoon. Perusoikeuksien yleisiin oppeihin sisältyy käsitys perusoikeuksien heikentämiskiellosta (ks. yleisesti esim. Pauli Rautiainen, Perusoikeuksien heikennyskielto, Oikeus 2013, s. 261–283). Tämän mukaisesti olennaiset heikennykset perusoikeuksien nykyiseen toteutumistasoon voivat olla ongelmallisia perustuslain näkökulmasta.”⁸⁸

Janne Salminen toi vastaavasti esille samaa asiaa koskevassa lausunnossaan heikennyskieltoa koskevan perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännön, mutta ei viitannut kirjallisuuteen, vaan lähinnä aiempaan lausuntokäytäntöön.⁸⁹ Saman asian lausunnoissa toisaalta *Markku Helin* esitti kritiikkiä myös heikennyskieltoa koskevan opin olemassaoloa kohtaan:

”Oikeuskirjallisuudessa on keskusteltu siitä, sisältyykö valtiosääntöömme yleinen perusoikeuksien heikentämiskiello. Tällaisen kiellon tuki oikeuslähteissä on kuitenkin hyvin vähäinen, ja kiellon rajaaminen asianmukaisella tavalla olisi vaikeaa. Lakeja muutettaessa käy useimmiten niin, että joidenkin oikeudet vähenevät ja joidenkin muiden taas lisääntyvät. Tulkinta, jonka mukaan perustuslaki sisältää perusoikeuksien heikentämiskiellon, voisi rajoittaa demokratiaa ongelmallisella tavalla. Henkilökohtaisesti pidän perusteltuna tulkintaa, jonka mukaan perusoikeuksien suojaamia oikeuksia voidaan heikentää, jos perusoikeuksien yleiset rajoittamisperusteet sen sallivat. [– –]”⁹⁰

87. Ks. tarkemmin Viljanen 2001, erityisesti s. 65–304.

88. Veli-Pekka Viljasen asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle asiassa KAA 2/2016 vp, s. 5.

89. Janne Salmisen asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle asiassa KAA 2/2016 vp, s. 4.

90. Markku Helinin asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle asiassa KAA 2/2016 vp, s. 2.

Perustuslakivaliokunta katsoi, että aloitteen sisältämä lakiehdotus olisi ollut säädettävissä tavallisessa lainsäätämisyksikössä, eikä valiokunta käsitellyt heikennyskieltoa koskevaa keskustelua kyseisessä lausunnossaan PeVL 1/2017 vp.

4.1.3. Heikentämiskielto muuten kirjallisuuden valossa

Heikennyskieltoa koskevaan keskusteluun on viitattu tarkastelujakson asiantuntijalausunnoissa yhteensä 10 kertaa. Viittaukset ovat osin hyvin lyhyitä, kuten *Toomas Kotkaksen* viittaukset ”oikeuskirjallisuudessa puhutaan perusoikeuksien heikennyskieltovaikutuksesta.”⁹¹ *Liisa Nieminen* taas on kiteyttänyt, että ”heikennyskielto on kirjallisuudessa johdettu perustuslain 22 §:n perusoikeuksien toteuttamisvelvollisuuden kääntöpuoleksi.”⁹² Rautiainen taas on kuvannut tarkimmin, mihin hän viittaa ja minkä asioiden katsoo olevan heikennyskieltoa koskevan opin sisältönä.⁹³ Viittaukset heikennyskieltoa koskevaan kirjallisuuteen liittyvät Tuorin ja Rautiaisen kirjoituksiin.⁹⁴

Heikennyskieltoa koskevan opin olemassaoloon kriittisesti perustuslakivaliokunnan lausunnoissa on suhtautunut Markku Helin, joka kommentoi asiaa lausunnossa:

”Oikeuskirjallisuudessa on keskusteltu siitä, sisältyykö valtiosääntöömme yleinen perusoikeuksien heikentämiskielto. Tällaisen kiellon tuki oikeuslähteissä on kuitenkin hyvin vähäinen, ja kiellon rajaaminen asianmukaisella tavalla olisi vaikeaa. Lakeja muutettaessa käy useimmiten niin, että joidenkin oikeudet vähenevät ja joidenkin muiden taas lisääntyvät. Tulkinta, jonka mukaan perustuslaki sisältää perusoikeuksien heikentämiskiellon, voisi rajoittaa demokratiaa ongelmallisella tavalla. Henkilökohtaisesti pidän perusteltuna tulkintaa, jonka mukaan perusoikeuksien suojaamia oikeuksia voidaan heikentää, jos perusoikeuksien yleiset rajoittamisperusteet sen sallivat.”⁹⁵

Heikennyskieltoa koskeva keskustelu on esimerkki tilanteesta, jossa valiokunnan kuulemat asiantuntijat ovat tuoneet lausunnoissaan valiokunnalle esiin kirjallisuudessa muotoiltua oppia. Valiokunta ei ole nimenomaisesti mainin-

91. Toomas Kotkaksen perustuslakivaliokunnalle antamat lausunnot asioissa HE 80/2015 vp ja HE 169/2016 vp.

92. Liisa Niemisen lausunto perustuslakivaliokunnalle asiassa HE 80/2015 vp. Kohtalaisen samalla tavalla viittauksen on esittänyt myös Raija Huhtanen lausunnossa perustuslakivaliokunnalle asiassa HE 70/2015 vp.

93. Pauli Rautiaisen lausunnot perustuslakivaliokunnalle asioissa HE 123/2017 vp ja HE 160/2018 vp.

94. Esimerkiksi Raija Huhtanen on lausunnossaan hallitusten esitystä HE 70/2015 vp viitannut seuraavasti: ”Tuori, Kaarlo: Sosiaaliset oikeudet (PL 19 §). Teoksessa Hallberg, Pekka ym. (toim.): Perusoikeudet. Oikeuden perusteokset. WSOYpro 2011, 718–719.” Toinen viitattu kirjoitus on ollut Pauli Rautiainen, Perusoikeuden heikennyskielto. Oikeus 3/2013, s. 261–283.

95. Markku Helinin lausunto perustuslakivaliokunnalle asiassa KAA 2/2016 vp.

nut heikennyskieltoa koskevaa oppia.⁹⁶ Rautiainen on kuvannut valiokunnan muotoilleen opin sisällön, vaikka valiokunta ei ole nimenomaisesti lausunut opin olemassaolosta. Ottaen huomioon, että valiokunta ei ole viitannut suoraan heikennyskieltoa koskevaan oppiin ja lausunnoista löytyy myös kritiikkiä opin olemassaoloa kohtaan, voidaan todeta, että keskustelu asiasta on vielä käynnissä.

4.2. Kirjallisuusviittausten määrästä ja laadusta

Kirjallisuusviittauksia valiokunnan lausunnoissa on edellä todetusti ollut noin kaksikymmentä, mikä on suhteellisen pieni määrä perustuslakivaliokunnan tarkastelujaksolla antamiin lausuntoihin nähden.⁹⁷ Tämän lukumäärän perusteella voidaan todeta, että kirjallisuudella on lähinnä poikkeuksellinen rooli valiokuntalausunnoissa. Kyse on ollut erityisesti sellaisten perustuslain säännösten tulkinnasta, joiden tulkinnasta on ollut lukumääräisesti vähän perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöä, jolloin valiokunta on tukeutunut kirjallisuudessa lausuttuun.

Valiokunnan kuulemat asiantuntijat ovat viitanneet vuodesta 2015 alkaen noin sadassa lausunnossa oikeuskirjallisuuteen. Tämä on edelleen lukumääräisesti enemmän kuin mitä valiokunta on ottanut näkyville lausuntoihinsa. Jossain määrin voidaan siis ajatella, että asiantuntijat tuovat aktiivisesti esille kirjallisuudessa esitettyjä kannanottoja, mutta valiokunta ottaa kantoja nimenomaisesti näkyville vain erityisestä syystä.

Valiokunnan ja oikeustieteen välillä on käyty aktiivisempaa dialogia aiempina vuosina. Viime vuosina dialogi on ollut hiljaisempaa. Perusoikeuksien heikennyskiellosta käyty keskustelu on ollut konkreettinen esimerkki yleisten oppien kehittäneen vuoksi käytävästä dialogista viime vuosien aikana.

4.3. Johtopäätökset: oikeuskirjallisuuden merkityksestä perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnassa

Edellä esitetyn tarkastelun perusteella voidaan todeta, että perustuslakivaliokunnan lausunnoissa ja mietinnöissä oleva nimenomainen julkilausuttu viittaus oikeuskirjallisuuteen on harvinainen, mutta ei poikkeuksellinen. Useimmiten on ollut kyse sellaisten säännösten tulkinnasta, jotka ovat kansallisiin lähtökohtiin

96. Vrt. valiokunta viittaa valiokunnassa vakiintuneisiin tulkintaoppeihin nimenomaisesti, kuten esimerkiksi valiokunnan viittaus poikkeuslakimenettelyyn liittyvään ns. valtiosääntöoikeudelliseen aukkoteoriaan PeVL 29/2022 vp, s. 3.

97. Esimerkiksi vaalikaudella 2015–2019 oli yhteensä 222 lausuntoa Ks. eduskunnan valiokuntien tilastotiedot vuosilta 2015–2019 <https://www.eduskunta.fi/FI/valtiopaivaasiat/tilastojajaraportteja/Sivut/tilastoja-aiemmilta-valtiopaivilta.aspx> (viitattu 14.11.2022).

liittyvää sääntelyä, eikä asiaan liity kansainvälisiä ihmisoikeussitoumuksia. Kyse ei ole aina ollut erityisen poikkeuksellisista tulkintakysymyksistä, vaan enemmän siitä, että asiasta on vähän tulkintakäytäntöä, minkä vuoksi valiokunta viittaa kirjallisuuteen. Kirjallisuuden merkitystä voidaan luonnehtia argumentaatiota täydentäväksi lähteeksi.

Valiokunnan kuulemat asiantuntijat viittaavat huomattavasti useammin kirjallisuuteen kuin mitä kirjallisuuden kannanottoja lopulta päätyy osaksi valiokunnan mietintöä tai lausuntoa. Asiantuntijat tuovat kirjallisuuden kannanottoja valiokunnan tietoon nykyisin kohtalaisen aktiivisesti. Kyse ei ole kuitenkaan rutiinista, eikä valiokunnan kuulemien asiantuntijoiden lausunnoissa ole säännömukaisesti myöskään kirjallisuusviittauksia. Yhtenä näkökulmana voidaan ajatella, että valiokunta on pidättäytyväinen viittaamaan nimenomaisesti johonkin tiettyyn kirjallisuuden kannanottoon, ellei tulkinta ole siinä määrin vahvasti hyväksytty, että valiokunta on valmis antamaan tulkinnalle institutionaalista painoarvoa ottamalla sen osaksi omaa lausuntoaan tai mietintöään.⁹⁸

Valiokunnan on katsottu tosiasiaissa ottaneen myös eräitä tieteellisessä keskustelussa esitettyjä kantoja tosiasiaissa osaksi lausuntokäytäntöään, vaikka se ei nimenomaisesti viittaisi niihin. Esimerkiksi perusoikeuksien heikennyskieltoa koskien keskustelussa on esitetty, että valiokunta olisi tosiasiaissa hyväksynyt heikennyskiellon ratkaisukäytäntönsä, vaikka se ei ole nimenomaisesti maininnut asiaa. Heikennyskieltoa koskeva keskustelu on yksi aineistosta tunnistettava esimerkki yleisten oppien kysymyksestä, josta käydään aktiivista valiokunnan kuulemien asiantuntijoiden ja valiokunnan välillä kirjallisuuden perusteella.

Kokoavasti voidaan todeta, että perustuslakivaliokunnan kuulemat asiantuntijat perustavat lausuntonsa pääosin muihin lähteisiin kuin oikeuskirjallisuuteen vedoten. Oikeuskirjallisuudella on kuitenkin asiantuntijalausunnoissa merkityksellinen rooli täydentävänä lähteenä. Valiokunta viittaa oikeuskirjallisuuteen ajoittain erityisesti silloin, kun on kyse kannanotosta sellaiseen kysymykseen, johon perustuslain esityöt tai valiokunnan aiempi lausuntokäytäntö ei ole tarjonnut selkeää ja vakiintunutta vastausta. Asiantuntijoiden lausunnoissa esitetyt kirjallisuusviittaukset toteuttavat eräänlaista välityssuhdetta, jolla asiantuntijat tuovat valiokunnan ratkaisuharkintaan tietoa oikeustieteellisen tutkimuksen kannanotoista käsillä olevaan asiaan. Valiokunnan kuulemat asiantuntijat vaikuttavat olevan ennen kaikkea oikeudellisen käytännön edustajia valiokunnassa, mutta tuovat tarpeen mukaan valiokunnan käsittelyyn myös tieteellisen käytännön näkökulman. Tämän perusteella voitaneen esittää, että kirjallisuudella on ainakin jossain määrin oikeuslähdeluonnetta perustuslakivaliokunnan ”oikeuslähdeopissa”. Oikeuskirjallisuudella näyttäisi olevan rajatusti roolia myös muissa tilanteissa kuin käsitteenmuodostuksessa ja yleisten oppien kehittäjä koskevilla kysymyksissä.

98. Vrt. Virolainen 2012, s. 29.

Tämän kirjoituksen perusteella voidaan todeta, että oikeuskirjallisuudella on nähtävissä perustuslakivaliokunnan mietinnöissä ja lausunnoissa ainakin jonkinlaista tuomioistuinratkaisuja vastaavaa sallitun oikeuslähteen roolia. Oikeustieteellisen tutkimuksen näkökulma turvaa perustuslakivaliokunnassa sen perustuslain 74 §:n mukaisen tehtävän oikeudellisuuden toteutumista. Oikeuskirjallisuudella voidaan katsoa olevan tunnistettavissa oleva rooli valiokunnan työskentelyssä, vaikka valiokunta suhtautuukin pidättyvästi nimenomaisten kirjallisuusviittausten tekemiseen.

Role of legal literature in the decision-making of the Constitutional Law Committee of the Parliament of Finland

LAURI KOSKENTAUSTA, LL.M., Doctoral Researcher, University of Helsinki

The article examines the significance of legal literature in the decision-making of the Constitutional Law Committee of the Parliament of Finland. Legal literature has traditionally played a minor role in Finnish judicial practice, but it has nonetheless been accepted as a source of law that can be cited. That said, there is no legal obligation to cite legal literature. As for the Constitutional Law Committee, it has been stated that the Committee mainly relies on its decision-making on the travaux préparatoires of the Constitution and on its own previous practice. Legal literature has been considered to have significance mainly in the development of general doctrines and formation of concepts that take place in the Committee. The author notes that the Constitutional Law Committee has referred to legal literature in its reports and statements 20 times since the present Constitution entered into force in 2000, while the experts heard by the Committee have referred to legal literature in their statements about 100 times since 2015. The references in the Committee's opinions have mainly related to the interpretation of a few sections of the Constitution. In contrast, the experts heard by the committee have referred to legal literature in very different situations and for different reasons. The author states that the Committee and the experts seem to consider that legal literature is a permitted source of law, at least to some extent.

De lege ferenda -tutkimuksesta metodina ja tieteenä

HAKUSANAT: de lege ferenda, oikeuspolitiikka, oikeustieteen metodi, feminismi, legitimititeetti

1. Johdanto

Väitöstutkimuksessani Seksuaalinen itsemääräämisoikeus: Rikosoikeuden muutos ja feministisen oikeusfilosofian mahdollisuus (2022) tutkin seksuaalista itsemääräämisoikeutta rikosoikeuden suojeluobjektina sekä erityisesti sen suhdetta vapaaehtoisuuden puuttumiseen raiskauksen tunnusmerkistökijänä. Tutkimuksen aiheesta tekee erityisen sen, että sinä aikana, jona tutkimukseen sisältyvät artikkelit on julkaistu (2017–2020), suostumus tai vapaaehtoisuuden puute ei ole ollut osa raiskauksen tunnusmerkistöä Suomessa. Vasta kun jätin työni johdantoinen esitarkastukseen kesällä 2022, uutta tunnusmerkistöä koskeva lakimuutos hyväksyttiin eduskunnassa ja kävi selväksi, mikä sen lopullinen muoto tulee olemaan.¹

Tyypillisesti tällaista oikeustieteellistä tutkimusta, jonka kohteena on tuleva laki, kutsutaan *de lege ferenda* -tutkimukseksi erotuksena lainopille, joka tutkii oikeutta voimassa olevan oikeuden (*de lege lata*) näkökulmasta. *De lege ferenda* -tutkimuksesta puhutaan myös oikeuspoliittisena tutkimuksena, tosin osa oikeustieteilijöistä haluaa erottaa nämä käsitteellisesti toisistaan. Väitöstutkimusprosessina sai minut pohtimaan oikeuden muutokseen ja tulevaisuuteen suuntaavan oikeustieteellisen tutkimuksen kohdetta, lähteitä, metodia ja legitimitettiin. Miten perustelen omat argumenttini tulevan lain tarpeesta ja sisällöstä (argumenttien legitimititeetti) ja toisaalta tutkimukseni merkityksen tieteelliselle yhteisölle (tutkimuksen legitimititeetti)? Entä miten ymmärrän tutkimuksessani oikeuden ja politiikan, ja toisaalta arvojen ja tieteen väliset suhteet? Ottaen huo-

* Minni Leskinen, OTM (väit.), VT, Turun yliopisto.

1. Laki rikoslain muuttamisesta 723/2022 (hyväksytty 27.6.2022, voimaan 1.1.2023); ks. myös hallituksen esitys eduskunnalle seksuaalirikoksia koskevaksi lainsäädännöksi 13/2022 vp; vrt. Seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistus. Tekijät Sami Kiriakos, Minna Kimpimäki, Julia Korkman, Miia Lehtinen, Sakari Melander, Katariina Paakkanen, Otava Piha, Riikka Rask, Yrjö Reenilä ja Liisa Tarvainen. Oikeusministeriön julkaisuja, Mietintöjä ja lausuntoja 2020:9 (OMML 2020:9).

mioon, että tutkimukseni on kirjoitettu naisoikeuden kriittisessä traditiossa, mietin myös sitä, poikkeaaako tutkimukseni jotenkin aiemmasta *de lege ferenda* -tutkimuksesta, onko olemassa *de lege ferenda* -tutkimuksen eri haaroja?

Vaikka erilaiset kannanotot *de lege ferenda* ovat varsin vakiintunut osa oikeustieteellistä tai ainakin lainopillista tutkimusta, on *de lege ferenda* -tutkimuksesta käyty yllättävän vähän oikeusteoreettista tai metodologista keskustelua.² Siinä missä lainoppi voi nojautua lainsäätäjän auktoriteettiin (legaliteettiin),³ ei *de lege ferenda* -tutkimus vaikuttaisi pohjautuvan – ainakaan ensisilmäyksellä – mihinkään vastaavaan auktoriteettiin. Tämän havainnon perusteella kannanotot *de lege ferenda* edellyttäisivät oikeastaan enemmän teoreettisia perusteluja esittäjältään kuin perinteinen oikeusdogmatiikka. Tuula Linna on väitöskirjassaan Ulosottorealisoinnista *de lege ferenda* (1987), joka on yksi harvoista tulevaa lakia koskevista kotimaisista väitöstutkimuksista, katsonut, että myös *de lege ferenda* -tutkimuksen tavoitteeksi tulee asettaa argumentaation rationaalinen hyväksyttävyyys ja legitimi oikeusjärjestys.⁴ Linnan väitöskirja kuvastaa omaa aikaansa, jossa diskursiivisella rationaliteetilla oli voimakas sija suomalaisessa oikeusajattelussa tulkintakannanottojen ja tieteen legitimiuden takeena.

Erityisesti oma tieteenalani, feministinen oikeustiede ja oikeusfilosofia, perustuu kriittisyyteen suhteessa vallankäyttöön, niin konkreettiseen kuin semanttiseen, eikä hyväksy sellaisen neutraalin position⁵ olemassaoloa, josta myös

2. Esimerkiksi Ari Hirvosen laatimassa metodioppaassa *de lege ferenda* -tutkimusta ei eritellä lainkaan, vaan todetaan, että lainoppineet osallistuvat aktiivisesti myös lainvalmisteluun palvelen näin oikeudellisia käytäntöjä. Ari Hirvonen, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2011, s. 33.
3. Toisaalta lainoppinutkaan ei voi nojautua pelkkään legaliteettiin ja puhtaaseen oikeuspositivismiin, kuten laillisessa järjestyksessä säädetyt kolmannen valtakunnan lait hyvin selvästi osoittivat. Ks. esim. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), teoksessa Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe. Herausgegeben von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson. C.F. Müller Verlag 2003, s. 211–219.
4. Tuula Linna, Ulosottorealisoinnista *de lege ferenda*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 50. Linna viittaa Aulis Aarnion teokseen Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus 1982, s. 59.
5. Erityisesti tämä näkyy Michel Foucault'n filosofiasta inspiroituneessa diskurssianalyttisessä tutkimustraditiossa, ks. esim. Helena Jokila, Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta. Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktio. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010. Feministinen filosofia ei kuitenkaan tukeudu vain yhteen traditioon. Tuuji Pulkkinen katsoo, että feministinen teoria jakautuu tällä hetkellä kolmeen "filosofiapuolueeseen": 1) fenomenologis-eksistentiaalisesti suuntautuneisiin, 2) deleuzeläisesti suuntautuneisiin ja 3) perustahakuisuutta karttaviin. Tuuji Pulkkinen, Selittäminen vai interventio – kriittinen luenta Darwinin roolista Elisabeth Groszin ajattelussa. *Tiede & Edistus* 2/2020, s. 110–132, 111–112. Kaikilla Pulkkinen typologisoiduilla traditioilla on oma suhteensa sukupuoleen, filosofian metodiin ja tieteseen.

diskursiivinen rationaalisuus ponnistaa.⁶ Feministisen filosofian eräänä peruslähtökohtana voidaan pitää sitä, että universaaliksi ja neutraaliksi mielletty filosofinen traditio perustuu feminiinisen/toisen olossulkemiseen,⁷ mikä edellyttää kaiken itsestään selväksi asetetun kriittistä tarkastelua. Feministisen filosofian keskeisenä tehtävänä voidaan pitää epäoikeudenmukaisuuksiin puuttumista, joista yksi on *Jean-François Lyotardin* teoretisoima mahdottomuus ilmaista koetua vääryyttä kielen vallitsevissa käytänteissä.⁸ Myös oikeustieteessä feministinen traditio on kritisoinut pitkään seksuaalirikosoikeutta naisten eletyn kokemuksen unohtamisesta: lainsäädännön eksplisiittisesti tai tulkintojen implisiittisesti sisältämät raiskausmyytit eivät vastaa uhrien todellisuutta ja jättävät heidät pahimmillaan vaille oikeussuojaa.⁹ Tästä näkökulmasta legitimiteetin lainaaminen oikeusjärjestykseltä näyttää erityisen problemaattisena. Miten voisin perustella tutkimukseni legitimiteettiä sellaisen järjestyksen legitimiteetillä, joka esitetyn kritiikin valossa ei täytä oikeudenmukaisuuden vaatimusta?¹⁰

Siinä missä lainoppi on perinteisesti perustellut olemassaoloaan tiedontuottajana voimassa olevasta oikeudesta ja palvelut näin lainkäyttöä, *de lege ferenda* -tutkimukselle on saatettu analogisesti osoittaa tehtäväksi tuottaa tietoa tai ratkaisusuosituksia lainsäätäjälle. Myös Linna perusteli oman tutkimuksensa legitimiteettiä sillä, että tutkija voi tuottaa lainsäätäjälle perusteltuja ja punnittuja keinoja lainsäädännölle asetetun tavoitteen saavuttamiseksi. *Raimo Siltala* toteaa teoksessaan *Oikeustieteen tieteenteoria* (2003), että *de lege ferenda* -tutkimus ”avustaa lainsäätäjää tuottamalla ja arvioimalla erilaisia lainsäädännöllisiä ratkai-

6. Viittaan erityisesti Aulis Aarnion näkemyksiin, ks. esim. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. D. Reidel Publishing Company 1987. Kaarlo Tuorin kriittisessä oikeuspositivismissa on puolestaan Habermasin kommunikatiivisen teorian ohella otettu vaikutteita esimerkiksi Michel Foucault'n filosofista. Ks. Kaarlo Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Werner Söderström Lakitieto Oy 2000, s. 204.
7. Ks. esim. Luce Irigaray, *Speculum of the Other Woman*. Cornell University Press 1987; Adriana Cavarero, *In Spite of Plato. A Feminist Rewriting of Ancient Philosophy*. Polity Press 1995.
8. Jean-François Lyotard, *The Differend. Phrases in Dispute*. Manchester University Press 1988, viitattu artikkelissa Tuija Pulkkinen, *Feelings of Injustice: The Institutionalization of Gender Studies and the Pluralization of Feminism*. *Differences* 27(2) 2016, s. 103–124, 113; ks. myös Tuija Pulkkinen, *Vulnerability and the Human in Judith Butler's and Adriana Cavarero's Feminist Thought: A Politics of Philosophy Point of View*. *Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory* 23(2) 2020, s. 151–164, 161.
9. Ks. esim. Heini Kainulainen, *Raiskaus – myyttejä ja todellisuutta*, s. 214–231 teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.), *Sukupuolistunut väkivalta. Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma*. Vastapaino 2017; Jokila 2010.
10. Tosin esimerkiksi Tuorin mukaan myös kritiikki legitimoit kohdettaan. Kaarlo Tuori, *Law, Power and Critique*, s. 7–29 teoksessa Kaarlo Tuori – Zenon Bankowski – Jyrki Uusitalo (eds), *Law and Power. Critical and Socio-Legal Essays*. Deborah Charles Publications 1997, s. 29. Ajatus on peräisin Thomas Wilhelmssonilta, jonka mukaan kriittinen oikeustiede on paradoksi, koska mikrokritiikki voi johtaa makrolegitimaatioon. Thomas Wilhelmsson, *Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*. Lakimiesliiton Kustannus 1987, s. 32.

sumalleja eli ”mahdollisia maailmoja”, joihin tuleva oikeudellinen sääntely voisi perustua”.¹¹ Siltalan ja Linnan kuvaukset eivät kuitenkaan tunnu vastaavan omaa kokemustani *de lege ferenda* -tutkimuksen tekemisestä. Vaikka tutkimukseni tarkoitus on ollut osallistua yhteiskunnalliseen keskusteluun seksuaalirikosoi-keuden muutoksesta, en ole koskaan ajatellut avustavani lainsäätäjää¹² tai voinut olla edes varma, kuka artiklelejani mahdollisesti lukee. Siltalan näkemys vaikut-taisikin perustuvan oletamaan vuorovaikutussuhteesta, jonka varaan kriittinen oikeuden ja sukupuolen tutkija ei ole koskaan voinut laskea.¹³ Toisaalta sellaisenkin ”mahdollisten maailmojen” tutkiminen voi olla tieteellisesti perusteltua, joihin lainsäätaja suhtautuu tai on aiemmin suhtautunut kriittisesti tai torjuvasti.

Mitä enemmän pohdin *de lege ferenda* -tutkimuksen luonnetta, sitä enem-män alkoi vaikuttaa siltä, että se kytkeytyy tavalla tai toisella lukuisiin 1900-luvun lopun ja 2000-luvun alun keskeisiin oikeustieteellisiin debatteihin: tulkintateori- oista oikeusjärjestyksen legitimizeettiin, oikeuden poliittisuudesta oikeustieteen tieteellisyyteen sekä metodipluralismista oikeuslähdepluralismiin. Vielä 1900-lu- vun lopulla oli mahdollista kuvata *de lege ferenda* -tutkimusta asetetun tavoitteen ja valittujen keinojen rationaalisena jatkumona, sosiaalisena insinööritieteenä,¹⁴ jolle riittävää oli Jerzy Wróblewskin lainsäädäntöteorian mukaisesti sisäinen rati-onaalisuus.¹⁵ Tällä vuosituhanella ei kuitenkaan tunnu mahdolliselta keskus- tella *de lege ferenda* -tutkimuksesta keskustelematta myös arvoista ja oikeuden etiikasta.¹⁶ Perehtyminen *de lege ferenda* -tutkimusta koskeviin kannanottoihin

11. Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 131. Myös Linna korostaa dlf-tutkimuksen lainsäätäjää palvelevaa tehtävää olettaen, että lainsäätaja pystyy vastaantottamaan tutkimustietoa. Linna 1987, s. 3–4.
12. Kuten Ari Hirvonen (2011, s. 33) muistuttaa, tieteellisyys on kuitenkin ensisijaista suhteessa palvelutehtävään. Ks. myös samansuuntaisesti Panu Minkkinen, Oikeus- ja yhteiskuntatieteel- linen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7–8/2017, s. 908–923.
13. Johanna Niemi on tuonut esille, kuinka hänen ensimmäinen seksuaalirikosoi-keutta koskeva artikkelinsa Naisia, miehiä vai henkilöitä: seksuaalirikokset ja sukupuoli (Oikeus 2/1998, s. 4–19) ei herättänyt keskustelua omana aikanaan eikä sen jälkeenkään. Artikkelissa Niemi arvioi hallituksen esitystä 6/1997 vp uudeksi rikoslain 20 luvuksi. Johanna Niemi, Frivillighet och sexualbrott: en systematisk analys. JFT 4–5/2021 s. 333–352, 334.
14. Siltala 2003, s. 132. Alf Rossin mukaan oikeuspolitiikka on sovellettua oikeussosiologiaa tai oikeustekniikkaa. Alf Ross, Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. 2. oplag. Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck 1966, s. 418; Alf Ross, On Law and Justice. Translated by Jakob V.H. Holtermann. Oxford University Press 2019, s. 417.
15. Ks. Jerzy Wróblewski, Einführung in die Gesetzgebungstheorie. Manz Verlag 1984, s. 12.
16. Eettinen käänne viittaa 1900-luvun loppupuolella länsimaissa filosofissa lisääntyneeseen kiinnostukseen etiikkaa kohtaan, ja se liitetään erityisesti Emmanuel Levinas’n ajatteluun, jossa etiikka on ensimmäinen filosofia. Ks. esim. Sara Heinämaa – Johanna Oksala, Johdanto, s. 7–20 teoksessa Sara Heinämaa – Johanna Oksala (toim.), Rakkaudesta Toiseen. Kirjoituksia vuositu- hannen vaihteen etiikasta. Gaudeamus 2001. Oikeustieteessä Levinas’n filosofian merkitykseen on kiinnittänyt huomiota Susanna Lindroos-Hovinheimo väitöskirjassaan Despairing Justice and the Ethics of Legal Interpretation. Helsingin yliopisto 2011. Filosofi Sami Pihlström, johon viittaa myöhemmin tässä artikkelissa, lähestyy puolestaan eettisen vastuun ensisijaisuutta

kuitenkin osoittaa, että *de lege ferenda* -tutkimuksen ja arvojen suhde on kaikkea muuta kuin teoreettisesti selvä.

Tarkastelen tässä artikkelissa *de lege ferenda* -tutkimusta sekä omakohtaisen deskription että muiden esittämien näkemysten kautta, joita reflektoin omiin sitoumuksiini tutkijana. Lähdän liikkeelle *de lege ferenda* -tutkimuksen määritelmästä, metodista ja lähteistä, jonka jälkeen siirryn tarkastelemaan keskustelujen tieteellisyydestä ja tutkimuksen johtopäätösten arvosidonnaisuudesta. On kuitenkin oltava varovainen, ettei tästä muodostuisi perinteisen ja vaihtoehtoisen vastakkainasettelua. Mitään sellaista vakiintunutta tai perinteistä tapaa ajatella *de lege ferenda* -tutkimusta ei ole, jota vasten ”uusi tapa” ajatella voitaisiin asettaa. Teoreettisia näkemyksiä on ylipäättään esitetty vähän eivätkä ne ole koherentteja. Toisaalta artikkelin tarkoitus ei ole esittää normatiivista teoriaa siitä, mitä kriteerejä tutkimuksen tulisi täyttää ollakseen ”oikeaa” *de lege ferenda* -tutkimusta. Artikkelin keskeinen väite on, että oikeustieteen ja erityisesti *de lege ferenda* -tutkimuksen tekeminen edellyttää aina normatiivisia valintoja. Tutkijalla on lisäksi tutkimuksen taustalla normatiivisia käsityksiä siitä, mitä oikeus on, mitä tiede on ja mitä oikeustiede on. Vastuullinen tiede on vastuuta näistä valinnoista.

2. *De lege ferenda* -tutkimuksen määritelmästä ja metodista

2.1. Mitä *de lege ferenda* -tutkimus on?

De lege ferenda -tutkijana minua on hämmäntänyt varsin vähäinen tieteellinen kiinnostus sen erityispiirteitä kohtaan. Siinä missä lainopista yleensä todetaan, että se on oikeuden systematisointia ja tulkintaa, *de lege ferenda* -tutkimuksesta ei ole vastaavaa vakiintunutta määritelmää. *De lege ferenda* -tutkimukselle ei välttämättä edes anneta oikeustieteen metodologiaa koskevia esityksissä kovin suurta itsenäistä merkitystä tai roolia. Esimerkiksi Tapio Määttä toteaa, että *de lege ferenda* -kannanotot ovat tyypillisesti lainopin sivutuotteina syntyneitä suosituksia.¹⁷ Ruotsissa on vastaavasti havaittu, että kannanottoja *de lege ferenda* esitetään lainopillisessa tutkimuksessa tehtyjen havaintojen pohjalta, esimerkiksi

(kantilaisen) pragmatismien näkökulmasta. Ks. esim. Sami Pihlström, Ihmisen maailma. Esseitä humanismista, totuudesta ja ajattelun tilasta. niin & näin 2021. Myös Pihlströmin filosofiassa metafysiikka on viimeinen, ei ensimmäinen filosofia. Sami Pihlström, Pragmatist Metaphysics: An Essay on the Ethical Grounds of Ontology. Continuum 2009, s. 88.

17. Tapio Määttä, Metodinen pluralismi oikeustieteessä – ympäristöoikeudellisen tutkimuksen suuntaukset ja menetelmät, teoksessa Tarmo Miettinen (toim.), Oikeustieteellinen opinnäyte – Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta. Edilex-sarja 2015/45, s. 151.

kun oikeustila tai säännöt ovat epäselviä, vanhentuneita tai epäkoherentteja.¹⁸ Myös oikeustieteellisissä tutkielmissa on usein lopussa *de lege ferenda* -kannanottoja, joiden pääasiallisena tarkoituksena on osoittaa opiskelijan omaa ajattelua.¹⁹ Näin ymmärrettynä *de lege ferenda* -tutkimus on perinteisen lainopin jatke, jolla ei ole välttämättä muuta (ainakaan julkilausuttua) tavoitetta kuin lainopin itsensä tunnustamat koherenssin ja konsistenssin ideaalit, tai tutkijan osaamisen osoittaminen.

Raimo Siltala esittää teoksessaan Oikeustieteen tieteenteoria (2003) *de lege ferenda* -tutkimuksen olevan lainopin, eli tulkintatieteen, lähitiede.²⁰ Teoksen Oikeudellinen tulkintateoria (2004) sanastossa *de lege ferenda* on selitetty samaan tapaan *de lege latan* kanssa. Merkittävin ero on, että tulkinnan kohde sijaitsee tulevaisuudessa:

De lege ferenda liittyy määreenä oikeudelliseen tutkimukseen tai oikeudelliseen tulkintalauseeseen, jonka semanttisena referenssinä on tulevaisuudessa (mahdollisesti) laadittavan lain oikeudellinen validiteetti ja jonka semanttisena intensiona on tulevaisuudessa (mahdollisesti) laadittavan lain tulkinnallinen merkityssisältö.²¹

Ei ole kuitenkaan mitenkään selvää, että *de lege ferenda* -tutkimuksessa, ainaakaan silloin kun kohteena on laaja lainsäädännöllinen muutos tai täysin uusi sääntely, edettäisiin pohtimaan tulevaisuudessa laadittavan lain tulkinnallista merkityssisältöä. Esimerkiksi Tuula Linna on ottanut omassa *de lege ferenda* -tutkimuksessaan hyvin erilaisen kannan kuin Siltala. Linnan mukaan *de lege ferenda* -tutkimuksen kohteena ja johtopäätöksensä ei ole tuleva laki ja sen tulkinta, vaan ongelma ja sen parhaaksi katsottava ratkaisu:

Totuusarvoista lausumaa ("lainsäädäntöväitettä") tulevan lainsäädännön sisällöstä ei voida esittää. Tulevan oikeusnormin osalta ei voida puhua voimassaolosta, vaan ainoastaan hyväksyttävyydestä. Nimitän *lainsäädäntöehdotukseksi* lausetta, jossa otetaan kantaa *de lege ferenda* sekä tavoitteen että keinon suhteen, ts. tavoite- ja keinovalinta justifioidaan. Lainsäädäntöehdotus sisältää lausuman, jonka mukaan on rationaalista hyväksyä tietyn tavoitteen T toteuttava keino k_1 uudeksi lainsäädännöksi.²²

18. Claes Sandgren, Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006, s. 440–485 teoksessa Claes Peterson (red.), Juridiska fakulteten 1907–2007: En minnesskrift. Juridiska fakulteten, Stockholm 2007, viitattu artikkelissa Reinhold Fahlbeck, Kan forskning ske de lege ferenda? Några ord om vetenskap och den lag som bör införas. Juridisk Tidskrift 2016(1), s. 526–532, 527.

19. Antti Kolehmainen, Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä. Edilex-sarja 2015/29, s. 18.

20. Siltala 2003, s. 104.

21. Raimo Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 654; vrt. Siltala 2003, s. 879.

22. Linna 1987, s. 10. Linnan mukaan dlf-tutkimus ei – ainakaan hänen harjoittamassaan muodossa – sisällä varsinaisia lakiehdotuksia eli normilauseita.

Linnan mukaan *de lege ferenda* -tutkimuksen kohde on yhteiskunnallinen ongelma, joka aiotaan ratkaista oikeudellisella keinolla. Oikeustieteilijän pääasiallinen tehtävä on systematisoida sekä justifioida tapoja ratkaista havaittu ongelma.²³ Tutkimuksen keskiössä ei ole tällöin tulevan lain tulkinta vaan tavoitteen ja keinon suhde, ja tämän suhteen rationaalisuus.²⁴ Linnan mukaan ei ole edes välttämätöntä, että *de lege ferenda* -tutkimuksessa päädytään yhteen suositukseen, vaan tiedonintressi koskee erilaisten vaihtoehtojen punnintaa. Toisaalta ehdotetun ratkaisun hyväksyttävyyden sidotaan siihen, miten hyvin se toteuttaa joko ulkoapäin asetetun tai tutkijan itsensä asettaman tavoitteen. Linna ei kuitenkaan tee väitöskirjassaan varsinaisia lainsäädäntöehdotuksia, joita hän pitää teknisinä.²⁵ Tästä voi olla myös eri mieltä, ja ainakin asiantuntijalausunnoissaan oikeustieteilijät esittävät myös konkreettisia sanamuotoja ja näkemyksiä niiden tulevasta tulkinnoista. En siis sulki tulevan lain sanamuotoa ja sen tulkintaa kokonaan pois *de lege ferenda* -tutkimuksen piiristä kuten Linna tekee, mutta usein tämä osa tutkimuksesta tulee ajankohtaiseksi vasta lakimuutoksen ollessa jo loppusuoralla, jolloin ollaan jo varsin lähellä sitä tilannetta, että *de lege ferenda* -kannanotot muuttuvat *de lege lata* -kannanotoiksi.²⁶

Linnan lähestymistapa *de lege ferenda* -tutkimukseen on tavoiterationaalinen, 1980-luvun oikeuspolitiikkaa edustava lähestymistapa.²⁷ Tutkija ikään kuin simuloi lainsäätäjän työtä tarjoten tälle vaihtoehtoja tulevaksi laiksi rationaalisuuden ja loogisen päättelyn ihanteisiin sitoutuneen punninnan tuloksena. Toisaalta ero lainsäätäjään tehdään juuri siinä, että tutkijan ei tarvitse säätää lakia eli päättää sen sanamuodosta – hän voi keskittyä halutessaan suurempiin linjoihin. Linna hahmottelee *de lege ferenda* -tutkimuksen kenttää tavoitteiden

23. Linna 1987, s. 9.

24. Linna 1987, s. 10. Linna nojautuu Aulis Aarnion oikeusteoreettisiin näkemyksiin rationaalisuuden merkityksestä esitettäessä tiettyjä arvoarvostelmia tosiasiaväitteiden lisäksi.

25. Esimerkiksi Petter Aspin *Sex och samtycke* (Iustus Förlag 2010) on erinomainen esimerkki tulevaan suuntautuvasta oikeustieteellisestä tutkimuksesta, jossa lain muotoilu jätetään lainsäätäjälle. Suostumusta lähestytään oikeudellisena käsitteenä, ja pohditaan esimerkiksi sen muodostumista, pätevyyttä ja tahallisuutta suhteessa sen puuttumiseen.

26. Ks. esim. Minni Leskinen, Vapaaehtoisuus seksuaaliseen kanssakäymiseen Saksan ja Ruotsin oikeuskäytännön valossa. *Defensor Legis* 6/2020, s. 958–976. Artikkelissa esitetyt kannanotot työryhmämietinnöstä OMML 2020:9 olisivat varsin lähellä kannanottoja *de lege lata*, ellei työryhmän ehdotusta uudeksi laiksi olisi muutettu vapaaehtoisuuden osalta ratkaisevasti hallituksen esitykseen 13/2022 vp.

27. Linna nojaa Aarnion tulkintateorian lisäksi muun muassa Jerzy Wróblewskin lainsäädäntöteoriaan. Keskustelua oikeuspoliittisesta tutkimuksesta ja sen luonteesta käytiin ylipäätään 1970- ja 1980-luvuilla enemmän kuin nykyään. Esimerkiksi Antti Kivivuori nojasi poliittisen oikeustieteen näkemyksessään voimakkaasti Alf Rossin oikeusteoriaan ja korosti lainsäätäjän tulevien ratkaisujen behavioraalista, poliittisiin valtasuhteisiin perustuvaa, ennustamista – ja samaan aikaan metodista vapautta. Ks. Antti Kivivuori, Poliittinen oikeustiede, s. 93–99 teoksessa Juha Pöyhönen (toim.), *Suomalaista oikeusteoriaa*, osa II. Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 4. Helsingin yliopisto 1978.

ja keinojen valinnanvapauden kautta.²⁸ Kaikkein vapainta *de lege ferenda* -tutkimus on silloin, kun tutkija itse asettaa sekä tavoitteen että valitsee siihen sopivat keinot.²⁹ Siltala tuo esille, että *de lege ferenda* -tutkimuksen ja oikeuspoliittisen tutkimuksen välille on joissakin tilanteissa haluttu tehdä eroa juuri sillä perusteella, ovatko ne vapaita asettamaan omat tavoitteensa (oikeuspolitiikka) vai ei (*de lege ferenda* -tutkimus), mutta erottelu ei ole vakiintunut.³⁰ Siltala katsoo, että kun *de lege ferenda* -tutkimus sekä asettaa tavoitteen että siihen johtavat lainsäädännölliset keinot, se vertautuu tavoitteelliseen yhteiskunnalliseen ohjaamiseen (*social engineering*).³¹

De lege ferenda -tutkimusta on myös kuvattu oikeustiede ja... (*law and...*) -näkökulman kautta.³² Tällöin ohjaustavoitteet eivät tule oikeustieteestä itsestään vaan kokonaan toiselta tieteenalalta. Esimerkkinä Siltala on käyttänyt oikeustaloustieteellistä lähestymistapaa, jossa voimassa olevaa oikeutta punnitaan suhteessa taloustieteellisiin kriteereihin.³³ Tapio Määttä käyttää tästä ympäristöoikeuden kontekstissa nimitystä ohjaustutkimus, millä viitataan siihen, että lainsäädäntöä ja sen tarvetta punnitaan ja tutkitaan juuri ohjausvaikutuksen näkökulmasta. Tämä edellyttää nähdäkseni tiettyjä olettamia: 1) lainsäädännön tehtävänä on ohjata yhteiskuntaa ja sen jäsenten käytöstä, 2) ohjausvaikutus voidaan tieteellisesti ennustaa ja 3) lainsäädäntö on ohjauskeinona ainakin josain määrin tehokas. Saksankielisessä metodikirjallisuudessa *de lege lata* -metodiopin (*Methodenlehre*) rinnalle asetetaan lähteestä riippuen juuri ohjausoppi (*Steuerungslehre*) tai Jerzy Wróblewskin jalanjäljissä kehitetty lainsäädäntöoppi (*Gesetzgebungslehre*), jonka tarkoituksena on teoreettisella tasolla mallintaa lainsäätäjän rationaalista lainsäädäntömallia.³⁴

Myös omalta tutkimuskohteeltani rikoslainsäädännöltä edellytetään vaikuttavuutta, mutta lainsäätäjän ratkaisut eivät perustu puhtaaseen ohjaustietoon. Niissä on mukana arvovalintoja, joilla osoitetaan esimerkiksi teon paheksuttavuutta. Tutkimustiedon mukaan rangaistustason muutoksilla ei voi ohjata

28. Pohjoismaisesta aiempien vuosikymmenten keskustelusta dlf-tutkimuksen vapautta koskien ks. esim. Jan Hellner, *Argumentation de lege ferenda*. Svensk Juristtidning 1975, s. 401–420.

29. Esimerkiksi Linna (1987, s. 50) näkee tutkimuksen suorittamisen kannalta optimaalisena tilanteen, jossa lainsäädäntöprosessiin osallistuvan tahon antamat tavoitteet ovat yhteneväiset tutkijan oman, perustellun rationaalisuuskäsityksen kanssa.

30. Siltala 2003, s. 132 alaviite 59.

31. Siltala 2003, s. 132.

32. *Law and -näkökulmasta* ks. myös Sabine Frerichs, *Oikeus yhteiskuntateoreettisessa ajattelussa: lyhyt historia*, s. 9–44 teoksessa Toomas Kotkas – Susanna Lindroos-Hovinheimo (toim.), *Yhteiskuntateorioiden oikeus*. Tutkijaliitto 2010. *Law and -näkökulman kritiikistä* ks. Kaarlo Tuori, *Properties of Law: Modern Law and After*. Cambridge University Press 2021, s. 50.

33. Siltala 2003, s. 107, 126–127.

34. Saksankielinen oikeustieteellinen metodikirjallisuus (*Juristische Methodenlehre*) käsittelee kuitenkin – hyvin samoin kuin Suomessa – lähes pelkästään laintulkintaa ja oikeuslähdeoppia eli tuomarin työskentelymetodia.

rikollisuuden määrää,³⁵ silti esimerkiksi rikoslain 20 luvun kokonaisuudistuksessa seksuaalirikosten rangaistustasoa nostetaan. Rikosoikeudessakin voi tehdä kriminologista ohjaustutkimusta, mutta *de lege ferenda* -tutkimus harvoin tyhjenee pelkkiin yleis- tai erityispreventiivisiin argumentteihin. Voi myös olla, että teoreettiset premissit oikeuden ja yhteiskunnan suhteista voivat erota riippuen oikeudenalasta, jonka näkökulmasta tulevaa lakia ja sen tarvetta tarkastellaan. Rikosoikeudella on voimakas liittymä moraaliin ja yhteiskunnan arvoihin, joihin tutkija joutuu ottamaan oman kantansa. Taustalla voidaan nähdä myös oikeusteoreettinen keskustelu siitä, onko teleologia ylipäätään käännettävissä – ainakaan koskaan täysin – normatiivisuudeksi.³⁶

Oman tutkimukseni, feministisen oikeustieteen ja seksuaalirikosoikeuden, näkökulmasta kuvaukset *de lege ferenda* -tutkimuksesta lainopin jatkeena, saksalaisena rationaalisena lainsäädäntöteorianana (*Gesetzgebungslehre*) tai yhteiskunnan tehokkaana ohjaamisena (*social engineering*) eivät tuntuneet tavoittavan sitä, millaisille ajatuksille tutkimukseni perustuu. Niiden lisäksi esittelen tässä vielä neljännen tyyppin tehdä *de lege ferenda* -tutkimusta, joka pohjautuu oma-kohtaiseen kokemukseen *de lege ferenda* -tutkimuksen teosta naisoikeuden ja feministisen filosofian ajattelutraditiossa.³⁷

Seuraavassa taulukossa esitetyt *de lege ferenda* -tutkimuksen eri muodot ovat tyyppiteltyjä, ja käytännössä *de lege ferenda* -tutkimus on todennäköisesti yhdistelmä näitä. Esimerkiksi Tuula Linnan tutkimus voitaisiin sijoittaa kolmanteen eli oikeuspoliittiseen kategoriaan, koska sen kohteena on tavoitteen ja keinon suhde (kustannustehokas realisointi ulosotossa). Toisaalta Linna toteaa, että *de lege ferenda* -tutkimusta ei voi tehdä ilman reunaehtojen ymmärrystä (lainopilinen näkökulma), ja hän on nähdäkseni myös sitoutunut tiettyyn rationaaliiseen ratkaisumalliin, jonka tulisi ohjata lainsäätämistä ylipäätään (lainsäädäntöteoreettinen näkökulma). Myöskään oma tutkimukseni ei edusta pelkästään tai puhdaspiirteisesti neljättä vaihtoehtoa, vaan naisoikeuden traditiolle ominaisesti siinä on sekä kriittisiä, poliittisia että lainopillisia elementtejä.³⁸ Tutkimuk-

35. Ks. esim. Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuskäytännön hinta. Tiede, taide ja köyhä kansa 2007; Arviomuistio rikoslain viimeaikaisesta kehityksestä ja tulevista kehitystarpeista. Eräät seksuaali-, väkivalta-, talous- ja rattijuopumusrikokset. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 7/2018, s. 32.

36. Ks. esim. Hannu Tapani Klami, Legal Justification and Control. Law and Philosophy 4(2) 1985, s. 199–215; Hannu Tapani Klami, Ihmisen säännöt: tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turun yliopisto 1983.

37. Traditiosta ks. esim. Kevät Nousiainen, Oikeuden systeemi ja naisen arki, s. 15–57 teoksessa Riitta Turunen (toim.), Naisnäkökulmia oikeuteen. Gaudeamus 1992, Kevät Nousiainen, Equalizing Images? Gendered Imagery in Criminal Law. Suomen Antropologi 3/1999, s. 7–24; Johanna Niemi-Kiesiläinen, Oikeus ja sukupuoli, s. 324–352 teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.), Oikeuden tuolla puolen. Lakimiesliiton Kustannus 2002.

38. Naisoikeuden synty Pohjoismaissa liittyy voimakkaasti 1970-luvun poliittiseen aktivismiin ja oikeuspoliittisiin keskusteluihin, ja sen suhde lainsäädäntöön ratkaisukeinona vaihtelee

sen peruslähtökohta on kuitenkin yhteiskunnallisiin valtarakenteisiin liittyvä epäoikeudenmukaisuus, pyrkimys sen korjaamiseen oikeutta muuttamalla ja herkkyyden säilyttäminen omalle tutkimukselliselle vallankäytölle. Kutsun sitä tässä epistemologis-eettiseksi, koska ajattelen, että tieteellistä tietoa ei voi erottaa tietämisen eettisistä reunaehdoista.

Taulukko 1. De lege ferenda -tutkimuksen tyyppimuodot.

	Lainopillinen	Teoreettinen	Oikeuspoliittinen	Epistemologis-eettinen
Epäkohta	Laissa on aukko tai säännöt eivät ole koherentteja	Lainsäätäjän toiminta ei täytä asetettuja kriteerejä	Laille asetettu tavoite ei toteudu	Kokemus oikeudesta on epäoikeudenmukainen, oikeus ei vastaa reaali-todellisuuteen
Ideali	Systeemi	Lainsäädäntö oikeudellisena käytäntönä	Yhteiskunnan ohjaus	Solidaarisuus / toiseuden kuuleminen
Suhde traditioon ³⁹	Säilyttävä	Jäsentävä	Dynaaminen	Kriittinen
Tiedekäsitys ⁴⁰	Lainoppi (Law)	Oikeusteoria (metataso)	Oikeus ja... (Law and...)	Oikeus osana yhteiskuntaa (Law as...)

Olen taulukossa sijoittanut kritiikin neljänteen tyyppiin. Perustellusti voidaan kuitenkin kysyä, eikö kaikki *de lege ferenda* -tutkimus perustu pohjimmiltaan kritiikkiin, koska tutkimuksen johtopäätöksenä on muutosehdotus? *De lege ferenda* -tutkija joutuukin pohtimaan omaa suhdettaan kritiikkiin ja valtaan. Esimerkiksi *Kaarlo Tuori* on esittänyt, ettei fundamentaalikriittinen, oikeutta vallankäyttönä kritisoiva, oikeustiede ole mahdollista, koska kaikki kritiikki johtaa kritiikin kohteen ja sen vallankäytön legitimaatioon.⁴¹ Tuorin teoriassa kritiikki on oikeuden sisäinen jännite, joka ilmenee oikeuden tasojen välisinä

riippuen tutkijasta ja aikakaudesta. Ks. esim. Tove Stang Dahl, *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence*. Norwegian University Press 1987.

39. Traditiolla viitataan tutkijan oman oikeusyhteisön traditioon, sensus communikseen. Eri traditioiden käsitteestä ks. esim. Kaarlo Tuori, *Oikeuden ratio ja voluntas*. WSOY 2007, s. 67–74. Traditiosta sensus communiksena ks. Jarkko Tontti, Hans-Georg Gadamer – oikeus, traditio ja tulkinta, s. 219–238 teoksessa Jarkko Tontti – Kaisa Mäkelä (toim.), *Filosofien oikeus II*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001.

40. Ks. esim. Frerichs 2010.

41. Tuori 1997; Wilhelmsson 1987.

sedimentaatio- ja rajoitussuhteina. Tuori katsoo, että oikeuden kaksi syvempää tasoa (oikeuskulttuuri ja syvätaaso, tai oikeuden ratio) rajoittavat pintatasoa ja äkillisiä lainsäädännöllisiä muutoksia (pintataso, oikeuden voluntas).⁴² Syvätaaso on kuitenkin Foucault'n teorioihin nojaten *épistémè*, alitajunta tai tietomuoto, jota emme voi valita ja johon emme voi vaikuttaa, vaikka se vaikuttaa oikeuteen.⁴³ Tuorin teoksissa on myös vahvasti läsnä ulkoinen ja sisäinen näkökulma sekä suppea ja laaja oikeusyhteisö, joiden pääsy oikeudelliseen diskurssiin eroaa toisistaan.

Tuorin oikeusteoria, vaikka se ei ota suoraan kantaa *de lege ferenda* -tutkimukseen, voi auttaa hahmottamaan *de lege ferenda* -tutkimuksen reunaehtoja. Tuorin tasomalli ja etenkin syvätason merkitys eivät kuitenkaan kuvaa sitä, miten itse näen oikeudellisen muutoksen ja sen tutkimuksen. Oikeudellisilla periaatteilla tai oikeuskulttuurilla voi joissain tapauksissa argumentoida muutoksen puolesta, mutta oikeustieteen kriittinen potentiaali ei useinkaan kumpua oikeudesta itsestään. Ajattelen Jarkko Tontin tavoin, että oikeustiede on hermeneutiikkaa ja että (itse)kriittinen suhtautuminen oikeuteen ei ole mahdollinen ilman vahvaa *sensus communiksen* tajua ja sen antamaa kykyä tuottaa kritiikkiä.⁴⁴ Silti kysymys on ihmisten säännöistä ja näin ollen ne ovat myös ihmisten muutettavissa, vaikka kaikkien jo sisäistettyjen konventioiden haastaminen voi olla vaikeaa. Myös Tontin mukaan tulkitsijan vastuussa on kysymys itseäänselvyyksien haastamisesta ja sen kysymisestä, miksi tietty ratkaisu tuntuu itsestään selvältä.⁴⁵ Hahmottelemassani neljännessä *de lege ferenda* -tutkimuksen tyypissä oikeustieteen tekeminen perustuu eettisille sitoumuksille, joilla on oikeuden ulkopuolinen moraalifilosofinen ja kokemuksellinen ulottuvuus. Toisaalta lainopillinen tai oikeuspoliittinen *de lege ferenda* -tutkimus eivät nekään ole neutraaleja tai vailla moraalisia kannanottoja. Myös systeemin koherenssin ja konsistenssin edistämiseen, lainsäädännön rationaalisuuteen tai oikeuden ulkopuolisiin ohjauseriaatteisiin sitoutuminen ovat pohjimmiltaan moraalisia valintoja.⁴⁶

42. Tuorin mukaan sellainen kriittinen oikeustiede, jossa oikeus nähdään vain eri tahojen (pinnallisena) strategisena toimintana, ei tavoita oikeuden sisäisiä jännitteitä. Tuori 2007, s. 5–6.

43. Tuori 2000, s. 204. Oikeuden syvärakenne vaikuttaisi Tuorilla olevan oikeuden sisäänrakennetun kriittisyyden yksi keskeinen lähtökohta oikeuskulttuurin ohella, vaikka syvärakenteen objektoiva rekonstruktio ei Tuorin mukaan vaikuta epistemen sisältä käsin mahdolliselta.

44. Jarkko Tontti, Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law. University of Helsinki Printing House 2002, s. 275.

45. Tontti 2002, s. 286.

46. En tässä artikkelissa tee tarkkaa jaottelua etiikan ja moraalin välillä vaan niistä puhutaan lähes synonyymeinä vapautteen liittyvinä valinnan mahdollisuuksina, joihin sisältyy vastuu. Esimerkiksi deleuzeläisessä traditiossa etiikan ja moraalin välinen erottelu on filosofisesti merkittävä, ks. esim. Janne Toivoniemi, Deleuze ja etiikka. ”Elämää suurempien arvojen” kritiikki, s. 110–132 teoksessa Sara Heinämaa – Johanna Oksala (toim.), Rakkaudesta toiseen. Kirjoituksia vuosituuhannen vaihteen etiikasta. Gaudeamus 2001.

2.2. De lege ferenda -tutkimuksen lähteet

Edellisessä alaluvussa viittasin Raimo Siltalan määritelmään *de lege ferendasta* tulevaisuudessa säädettävän lain tulkinnallisena merkityssisältönä. Lainsäädäntömuutokseen sijoittuvassa tutkimuksessa voi päästä kommentoimaan työryhmän ehdotuksia tai hallituksen esityksiä, jotka eivät vielä ole voimassa, jolloin tutkimuksen kohteena ja lähteenä on tulevaisuudessa säädettävä laki, mutta tosiasiaassa *de lege ferenda* -tutkimuksen keskeisenä lähteenä ja ensiaskeleena toimii useimmiten voimassa oleva oikeus. Oli lähtökohtana sitten oikeuden epäkoherenssi, lain ration toteutumattomuus tai oikeuden koettu epäoikeudenmukaisuus, edellyttävät ne analyysia siitä, miten voimassa oleva oikeus toimii ja millä tavoin se ei toimi. Oikeus *de lege lata* onkin argumentti *de lege ferenda*, totesi tanskalainen *Preben Stuer Lauridsen* jo 1970-luvulla.⁴⁷

Kun tutkija lähtee miettimään vaihtoehtoja tulevalle lainsäädännölle, tyypillinen vaihtoehto on katsoa, miten ongelma on ratkaistu muualla. Tuula Linnan mukaan *de lege ferenda* -tutkimuksen keskiössä ovatkin vieraat oikeusjärjestykset.⁴⁸ Linnan mukaan kysymys ei kuitenkaan ole oikeusvertailusta *proper*, koska tietoa muiden oikeusjärjestysten sisällöstä käytetään välineenä eli ideoiden lähteenä. Linna kuvaa muiden oikeusjärjestysten tutkimusta eräänlaiseksi hypoteettiseksi transplantaatioksi, jossa pohditaan, mitä tapahtuisi, jos muualla käytössä oleva ratkaisu todella valittaisiin lain tarkoituksen toteuttavaksi keinoksi myös Suomessa.⁴⁹ Voimassa olevan oikeuden ja muiden maiden lainsäädännön ohella Linna luettelee lähteikseen oikeuskäytännön, viranomaisten käsitykset, oikeushistorian ja tutkijan intuition.⁵⁰ Toisaalta Linna esittää, että ei ole oikeastaan merkityksellistä, mistä keino keksitään, koska se on vasta hypoteesi, jonka soveltuvuus suhteessa valittuun tavoitteeseen testataan *de lege ferenda* -tutkimuksessa.⁵¹ Ajattelen, että valitessaan referenssejä esimerkiksi muista oikeusjärjes-

47. Preben Stuer Lauridsen, *Studier i retspolitisk argumentation*. Juristforbundets Forlag 1974, s. 371, viitattu teoksessa Linna 1987, s. 187. Lauridsenin mukaan todistustaakka siitä, että muutos on tarpeellinen, on sen puolesta puhujilla.

48. Myös Siltalan mukaan esitetyt lainsäädäntösuositukset perustuvat tavallisesti joko oikeusvertailvaan aineistoon tai tutkijan omiin reaaliin argumentteihin, jotka puolestaan perustuvat siihen, mitkä tutkijan mielestä ovat tulevan lain tulkinnan yhteiskunnalliset vaikutukset. Siltala 2003, s. 131–132.

49. Linna 1987, s. 183–184. Ks. esim. Minni Leskinen, Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus? Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa. *Lakimies* 3–4/2020, s. 373–399. Linnankin keskeinen referenssi on Ruotsi, koska oikeusjärjestysten rinnastettavuus helpottaa hänen mukaansa oikeudellisten ratkaisujen hypoteettista siirtämistä järjestyksestä toiseen.

50. Linna 1987, s. 187.

51. Linna 1987, s. 182. Olen tästä jonkin verran eri mieltä, koska ajattelen, että jo keinon valinta sisältää normatiivisen aspektin. Tämä pitääkin ymmärtää suhteessa Linnan (1987, s. 181) esittämään käsitykseen, että tavoite on arvo ja keino on realitodellinen.

tyksistä, tutkija tekee kuitenkin jo arvosidonnaisia valintoja, joita tavoitteen ja keinon välinen ”tehokkuustestaus” ei korvaa.

Olen tutkimuksessani käsitellyt seksuaalirikosoikeuden muutosta useista eri näkökulmista ja käyttänyt laajasti eri lähteitä, jotka olen koonnut esimerkinomaisesti jäljempänä olevaan taulukkoon. Taulukon tarkoituksena on sekä kuvata *de lege ferenda* -tutkimusta että osoittaa, että tarkastelu ei ole lineaarista (epäkohta → tavoite → keino → laki) vaan kehämäistä, jossa eri näkökulmat tarkentavat sekä ongelman, tavoitteen, keinojen että lopullisen lakimuotoilun ymmärrystä. Tutkija voi legitimiä käyttää sekä perinteisiksi katsottuja lainopillisia lähteitä (ratio legis, oikeuskäytäntö, kriminalisointiperiaatteet, kansainvälinen oikeus), oikeuden yleistieteitä (oikeushistoria, oikeusvertailu) että muiden tieteiden tuloksia (filosofia, sosiologia, psykologia) pohtiessaan tutkimuksen kohteena olevaa ongelmaa. Kokemukseni mukaan *de lege ferenda* -tutkimus ei asetukaan selkeästi oikeustieteessä ylläpidettyyn jaotteluun lainopin ja oikeus- ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen välillä.⁵² Tutkimuksessani olen erityisesti filosofian kautta pyrkinyt osoittamaan, että ei voida arvioida, suojaako laki tehokkaasti oikeushyvä (seksuaalinen itsemääräämisoikeus), jos suojelun kohteen filosofisia lähtökohtia ei ole avattu. Oikeuden ymmärrys itsestään on vain yksi ja usein riittämätön tapa lähestyä asiaa.

52. Jaottelusta ja sille annetuista merkityksistä ks. esim. Kaarlo Tuori, Oikeustieteen laatukriteerit. Lakimies 6/2019 s. 787–790; Minkkinen 2017.

Taulukko 2. De lege ferenda -tutkimuksen lähteitä, esimerkkinä seksuaalirikosoikeus.

Lähde	Esimerkki lähteen käytöstä
Filosofia	Mitä itsemääräämisoikeus on, ja mitä se voisi (moraali)filosofisesti olla
Ratio legis	Miten itsemääräämisoikeus on lain tavoitteena määritelty ja miten sitä toteutetaan (sisäinen rationaalisuus), miten sitä voisi toteuttaa paremmin (tavoite-keino-tarkastelu)
Muut tieteenalat ja kirjallisuus	Mitä seksuaalinen väkivalta on, mitä seksuaalisella väkivallalla loukataan, miten oikeuskäsittely koetaan
Oikeuskäytäntö	Miten seksuaalinen väkivalta hahmottuu konkreettisissa ratkaisuissa, mihin kiinnitetään huomiota, miten laki toimii ja ei toimi
Kansainvälinen oikeus	Mitä ihmisoikeussopimukset velvoittavat kriminalisoimaan, miten niissä määritellään seksuaalinen väkivalta ja itsemääräämisoikeus, täyttääkö rikoslaki veloitteet
Soveltava oikeusvertailu	Miten muualla on muutettu lakia ja miten sitä on alettu soveltaa oikeuskäytännössä, miten uudistukset toimisivat Suomen kontekstissa ottaen huomioon oikeusjärjestyserot
Oikeushistoria	Miten rikoslakia on muutettu eri vuosikymmeninä, millaisia ehdotuksia on tehty aiemmin ja miten niistä on argumentoitu, miten muutos suhtautuu traditioon
Lakiehdotukset	Miten työryhmän ehdotus toimisi käytännössä, vastaako ehdotus / hallituksen esitys esitettyyn kritiikkiin ja muutoksen taustasyihin
Kriminalisointiteoria	Miten ehdotus / esitys suhtautuu kriminalisointiperiaatteisiin, periaatteiden tulkinta ja ohjaava vaikutus lain sisältöön

Edellä esittämäni omakohtaiset esimerkit kuvastavat tavoitetta ymmärtää oikeudellista ongelmaa monitahoisesti, sekä oikeudellisena, yhteiskunnallisena että (moraali)filosofisena ongelmana. Tuula Linnan kolmenkymmenenviiden vuoden takaista kuvausta, että *de lege ferenda* -tutkimus on ongelmakeskeistä tutkimusta, voikin pitää onnistuneena.⁵³ Lähteiden ja tutkimuksen monitahoisuuden kuvaus ei kuitenkaan ratkaise sitä kysymystä, mikä on *de lege ferenda*

53. Ongelmakeskeinen lähestymistapa oikeuteen ja lainoppiin liitetään usein Urpo Kankaan väitöskirjaan Lesken asemasta ja myös Kangas itse kuvaa omaa tutkijanuraansa juuri ongelma-keskeisen lähestymistavan kautta. Urpo Kangas, Minun metodini, s. 90–109 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT 1997, s. 96–98.

-tutkimuksen johtopäätös. Mitä oikeastaan tarkoitetaan kannanotolla *de lege ferenda*? Tähänkään kysymykseen ei ole löydettävissä vakiintunutta, auktoritaatiivista vastausta. Johtopäätös voi olla havainto lainsäädännöllisestä ongelmasta, epäselvyydestä tai aukosta. Se voi olla analyysi ongelman eri aspekteista, jotka pitää tulevassa laissa ratkaista. Se voi olla myös hyvin konkreettinen kannanotto, että ongelmaa koskevan lain tietyn pykälän tiettyyn momenttiin tulee lisätä jokin seikka, jota ei lakia alun perin säädettäessä ole osattu huomioida. Lainsäädäntöprosessin vaiheesta johtuen myös väitöstutkimukseni on operoinut *de lege ferenda* -tutkimuksen eri tasoilla: (1) ongelman ymmärtäminen laajasti (muutos-tarve), (2) ongelman käsitteellistäminen oikeudellisesti, (3) ongelman lainsäädännöllinen ratkaiseminen ja odotettavissa olevat tulkinat.⁵⁴ Näitä eri tasoja voi halutessaan ajatella perinteisin termein ulkoisena, sisäisenä ja teknisenä tasona, jotka kuitenkin ovat kehämäisessä suhteessa toisiinsa.

3. *De lege ferenda* -tutkimuksen tieteellisyys ja oikeuden moraalinen ongelma

3.1. Onko *de lege ferenda* -tutkimus tiedettä?

De lege ferenda -tutkimusta koskevissa lähteissä nousee esiin kysymys *de lege ferenda* -tutkimuksen ja erityisesti sen johtopäätösten tieteellisyyden ehdoista. Keskustelua on herättänyt se, miten poliittiseksi tai subjektiiviseksi mielletty kannanotto tulevan lain sisällöstä voisi olla tieteellinen. Tämä on yllättävää, koska *de lege ferenda* -tutkimusta on toisaalta pidetty lainopin tieteellisenä jatkeena. Lainoppia harvemmin syytetään subjektiiviseksi, vaikka myös lainoppiin sisältyy tutkijan subjektiivisia näkemyksiä ottaen huomioon, ettei nykyoikeustiede perustu yhden ainoan oikean ratkaisun ideologiaan.⁵⁵ Lainoppia kohtaan esitetty tieteellisyyden puutetta koskeva kritiikki liittyy yleensä siihen väitteeseen, että lainoppi tyytyy vain tuottamaan käsikirjoja tuomareille eikä nouse kansainvälistä

54. Analogioita siihen, miten muut kuvaavat tutkimuksen tekemistä, on löydettävissä. Jopa analyttisen lainopin edustaja Simo Zitting kuvaa tutkimuksen tekemistä kolmen varsin samantyyppisen vaiheen kautta: 1) problemointi, 2) explicaatio ja 3) argumentaatio, vaikka analyttinen lainoppi ja feministinen *de lege ferenda* -tutkimus ovat varsin kaukana toisistaan. Ks. Leena Kartio, Esineoikeuden esine tutkimuspöydällä, s. 110–130 teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. WSLT 1997, s. 121.

55. Yhden oikean ratkaisun opin hylkääminen liitetään Siltalan (2003, s. 95) mukaan Suomessa yleensä Kaarle Makkosen väitöskirjaan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie* (1965).

tiedeyhteisöä kiinnostavaksi.⁵⁶ On paradoksaalista, että *de lege ferenda* -kannanottojen tieteellisyttä on ainakin analyttisessä perinteessä kyseenalaistettu, vaikka toisaalta niitä ainakin nykyään toivotaan lainopin tieteellisyuden lisäämiseksi. Tuore esimerkki *de lege ferenda* -tutkimuksen tieteellisyuden ehtoja koskevasta keskustelusta on emeritusprofessori *Reinhold Fahlbeckin* ja professori *Torben Spaakin* vuonna 2016 Juridisk Tidskriftissä käymä lyhyt mutta havainnollinen debatti,⁵⁷ johon palaan Alf Rossin jälkeen.

3.1.1. Alf Ross ja oikeuspolitiikka

Keskustelu *de lege ferenda* -tutkimuksen tieteellisyydestä palautuu oikeuspolitiikan käsitteeseen, ja skandinaavisen realismin perintöön. Tanskalaisen *Alf Rossin* klassikkoteoksen *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi* (1953) vaikutusvalta näky esimerkiksi juuri Tuula Linnan 1980-luvun lopun väitöskirjassa ja myös muissa ajan oikeusteoreettisissa julkaisuissa.⁵⁸ Oikeuspolitiikasta keskusteltiin tosin esimerkiksi 1970-luvulla tavalla, joka 2020-luvun näkökulmasta tuntuu vieraalta: yhteiskuntaluokat ovat ajan saatossa vaihtuneet yksilöiden oikeuksiin ja ihmisoikeuksiin.⁵⁹ Rossin edustama skandinaavinen realismi suhtautui skeptisesti toisen maailmansodan jälkeisiin ihmisoikeuksien julistuksiin moraalihengellisen metafysiikan (luonnonoikeuden) paluuna ja korosti poliittisen etusijaa suhteessa oikeudelliseen.⁶⁰ Yhtä lailla Ross kritisoi toisaalta myös *Hans Kelsenin* Puhdasta oikeusoppia (1934), jonka mukaan oikeustieteilijän tehtävänä on tarjota vain loogis-syntaktinen analyysi lain sanamuodon mukaan mahdollisista tulkinnoista. Vaikka skandinaavinen realismi ei Suomessa muuttunut missään vaiheessa oikeustieteen valtavirta-ajatteluksi, Rossin ajatukset ovat edelleen mielenkiintoinen lähtökohta sen ajatteluun, mikä on tutkimuksen johtopäätöksen suhde toisaalta tieteeseen ja toisaalta moraliin,

56. Panu Minkkinen (2017, s. 914) katsoo, että oikeustieteen kansallinen erityistehtävä, jolla Minkkinen viittaa lainkäytön palvelemiseen, on ”impivaaralainen” asenneongelma. Sellaista oikeustiedettä, joka paremmin täyttää kansainväliset kriteerit, Minkkinen kuvaa termeillä *law and society* ja *law in context*. Ks. myös Juha Häyhä, Johdanto, s. 15–34 teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. WSLT 1997.

57. Fahlbeck 2016; Torben Spaak, Fahlbeck om *de lege ferenda* -forskning. *Juridisk Tidskrift* 2016(2), s. 533–541.

58. Aulis Aarnio kuvaa Rossin teosta yhdeksi parhaista tuntemistaan oikeusteoreettisista teoksista ja omaa tuotantoaan keskusteluksi Rossin kanssa ja Rossia vastaan. Ks. Aulis Aarnio, *Alf Ross ja realistinen oikeustiede*, teoksessa Kimmo Nuotio (toim.), *Oikeusteoreettisia katkelmia*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 55–76.

59. Ks. esim. Kivivuori 1978.

60. Ks. esim. Johan Strang, *Scandinavian Legal Realism and Human Rights: Axel Hägerström, Alf Ross and the Persistent Attack on Natural Law*. *Nordic Journal of Human Rights* 36(3) 2018, s. 202–218. Hägerströmin ja Rossin eroista ks. Hannu Tolonen, *Eräitä näkökohtia skandinavisesta oikeusrealismista*, s. 89–106 teoksessa Hannu Tolonen, *Oikeuden kaleidoskooppi*. Kirjoituksia oikeudesta ja sen historiasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008.

ja tarkoittaako tutkimustuloksen altistuminen tutkijan moraalisille valinnoille sitä, ettei johtopäätös voi olla tiedettä.

Rossin mukaan oikeuspolitiikan tutkimus jakautuu kolmeen vaiheeseen. Ensimmäisessä vaiheessa tutkitaan poliittisesti vaikutusvaltaisten ryhmien asenteita ja tavoitteita (*indstillinger og målsætninger*).⁶¹ Toiseksi Rossin mukaan tulee tarkastella sitä, miten oikeus vaikuttaa yhteiskunnassa (*operativ opfattelse*).⁶² Tieteellisen oikeuspolitiikan tulee siis ymmärtää, mihin suuntaan yhteiskuntaa halutaan oikeudella ohjata, ja toisaalta, miten oikeus ohjaa yhteiskuntaa. Rossin näkemyksen mukaan juuri ohjausvaikutuksesta tulisi olla enemmän tieteellistä tietoa, koska oikeuspoliitikko joutuu usein operoimaan tältä osin enemmän kokemus- kuin tietoperäisesti. Rossia kauhistuttaa ajatus juristista julistajana tai reformaattorina – tieteentekijän ideaali on sosiologinen teknologi, yhteiskunnallisen tahdon tulkinnan ja yhteiskunnan ohjaamisen insinööritieteen taitaja.⁶³ *De lege ferenda* -tutkimusta ts. oikeuspolitiikkaa tekevää oikeustieteilijää Ross kuvaava paradoksaalisella termillä tieteellinen oikeuspoliitikko (*en videnskabelig retspolitik*).⁶⁴

Oikeuspoliittisen tarkastelun kolmas ja viimeinen askel on johtopäätösten muotoilu, joiden sisältönä on lainsäätäjälle annettava ohje. Tässä kolmannessa askeleessa käy selvimmän ilmi tieteellisen oikeuspolitiikan paradoksi. Oikeuspolitiikka edellyttää lainsäädäntöehdotusta, mutta siihen ei ole pääsyä sellaisella loogisella metodilla, joka täyttäisi Rossin tieteelle asettamat kriteerit. Rossilla ei ole muuta vaihtoehtoa kuin edellyttämänsä tieteen puhtauden nimissä asettaa tieteen ja politiikan raja premissin ja lainsäädäntöehdotuksen väliin:

Men netop fordi forholdet mellem argumenter og konklusion ikke er af logisk karakter, er retspolitikens tredje og sidste led *ikke af videnskabelig eller teoretisk karakter*, men udtryk for en personlig reaktion af *besluttende* karakter. Dette alogiske spring markeres yderligere derved, at beslutningen typisk fremgår ved afvejning af en mangfoldighed af forskellige, indbyrdes inkommensurable hensyn.⁶⁵

61. Ross 1966, s. 424; Ross 2019, s. 419. Rossille myös ”kansakunta” ei ole ideologia vaan sosiologin fakta. Jos ei olisi jotain jaettua arvopohjaa (faktana), ei olisi yhteiskuntaa vaan se hajoaisi.

Ross 1966, s. 425. Tästä seuraa, että vallitseva ideologia on myös tutkittavissa ja todettavissa.

62. Ross 1966, s. 426. Ross viittaa tällä kausaalisuhteisiin oikeudellisen sääntelyn ja ihmisten käyttäytymisen välillä, ja oikeuspolitiikkaan oikeustekniikkana. Ross 1966, s. 418; Ross 2019, s. 413.

63. Toisaalta Ross suhtautuu skeptisesti law and...-näkökulmaan, koska hän ajattelee, että oikeustieteilijä voi olla vain oman tietensä asiantuntija. Ross 1966, s. 420.

64. Ross 1966, s. 461.

65. Ross 1966, s. 429. Lainaus kuuluu englanniksi käännettynä: “But precisely because the relation between argument and conclusion is not a logical one, the third and final link in legal politics is not of a scientific or theoretical nature, but is the expression of a personal reaction of a decision-making nature. This alogical leap further manifests itself in the fact that the decision typically emerges through the weighing of many different, incommensurable considerations.” Ross 2019, s. 426.

Eri sääntelyvaihtoehtojen punninta ja lakien muotoilu ei Rossin mukaan ole lainkaan teoreettista vaan itse asiassa *praktista* osaamista, joka edellyttää oikeudellisen materiaalin ja tradition tuntemusta.⁶⁶ Ross on kuitenkin sitä mieltä, että *de lege ferenda* -tutkija voi tieteen puhtausta loukkaamatta ottaa tämän kolmannen askeleen ja osallistua lopulliseen valintaan. Sen edellytyksenä kuitenkin on, että tutkija ei postuloi johtopäätöksiään tieteellisiksi totuuksiksi sekä selkeästi indikoi astuvansa tieteen maailmasta politiikan maailmaan.⁶⁷ Koskaan tieteellisen oikeuspolitiikan ei tule sortua pitämään omaa oikeudentunnettaan (*retsfølelse*) oikean oikeuden mittarina.⁶⁸ Rossin ideaali tieteellisestä oikeuspolitiikasta on loppuun asti rationaalinen teknologi (*en rationel teknolog*), joka ei ole konservatiivinen eikä progressiivinen, vaan ainoastaan tarjoaa tietonsa ja taitonsa muiden, eli poliittisesti valtaa pitävien käytettäväksi.⁶⁹ Rossin ajattelu vaikuttaisi perustuvan siihen, että irrisionaaliseksi julistettujen asenteiden ja uskomusten (syy) suhde tulevaan lakiin (seuraus) voidaan alistaa tieteelliselle tarkastelulle, kun taas päätös siitä, miten lainsäätäjän tulisi toimia, on moraalinen (tunne)reaktio, jolla ei ole logiikkaa. Tieteen rossilainen puhtaus edellyttää, että tällaiset elementit erotetaan siitä.⁷⁰

Teoksensa viimeisessä luvussa Ross esittää käsityksensä *de lege ferenda* -tutkimuksen suhteesta moraaliiin ja oikeudenmukaisuuteen, mikä osaltaan avaa vielä tarkemmin hänen ajatteluaan. Ross erottelee tarpeisiin perustuvat argumentit (*behovsfunderede indstillinger*) moraalista argumenteista (*moraliske indstillinger*).⁷¹ Moraalinen asenne on täysin vastakkainen suhteessa tarpeisiin (hyve-eettinen näkökulma) ja voi olla niiden kanssa voimakkaassakin ristiriidassa, toisin sanoen se ei ole rationaalinen. Ross kuvaa moraalialia välittömäksi, laskelmoimattomaksi ja intresseistä vapaaksi (tunne)reaktioksi toimintaohjeeseen (normiin), kun taas oikeudenmukaisuuden tunne (*retsfølelse*) on vastaava hyväksynnän tai hylkäämisen reaktio suhteessa oikeusjärjestykseen. Ross myös kuvaa moraalialia sosiaalisen ympäristön luomaksi eikä vaikuta uskovan sen sisäsyntyisyyteen sen enempää kuin sen rationaalisuuteenkaan.⁷²

Rossin oikeusfilosofiassa huomio kiinnittyy siihen, että tuomitsemisen ja lainsäätämisen ilmiselvistä eroista huolimatta tuomari ja lainsäätäjät samaiste-

66. Ross 1966, s. 420; Ross 2019, s. 418.

67. Ross 1966, s. 429.

68. Ross 1966, s. 461.

69. Ross 1966, s. 472; Ross 2019, s. 467.

70. Ross tunnustautuukin tässä mielihyvin Kelsenin seuraajaksi, ja toteaa, että ”ideen om videnskabens renhed er hjørnestenen i videnskabsmandens professionelle ethos”. Ross 1966, s. 431.

71. Ross 2019, s. 444–455.

72. Ross (1966, s. 459; 2019, s. 454) viittaa Immanuel Kantin tunnettuun sitaattiin sisäisestä moraalikyvystä, jota filosofi ei lakkaa hämmästelemästä. Rossille jokainen arvo tai moraalikannanotto on ulkoapäin annettu. Vrt. Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, s. 107–302 teoksessa Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie. Immanuel Kant Werke in sechs Bänden, Band IV. Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, s. 300 (KpV A 289).

taan. Tieteellisen oikeuspolitiikon käytännön kannanotto on ennuste siitä, miten lainsäätäjän (tai tuomarin) tulee olettaa toimivan asenteidensa perusteella, olettaen että hän hyväksyy hänelle esitetyt operatiiviset uskomukset.⁷³ Aulis Aarnio on kritisoinut Rossia todeten, että Rossin ennusteisiin lainsäätäjän käyttäytymisestä liittyy itseään toteuttava funktio: kun esitetään arvaus, miten lainsäätäjä toimisi, saattaa se johtaa lainsäätäjän toimimaan juuri siten.⁷⁴ Aarnion mukaan realismi ei pysty ratkaisemaan sitä, että ottaessaan huomioon oikeuden toimijoiden normatiiviset premissit, se muuttuu hermeneutiikaksi eikä pysty lopulta välttämään niitä arvoarvostelmia, jotka se pyrki sulkemaan tieteen ulkopuolelle.⁷⁵

Aarnion kritiikin mukaan rossilainen oikeuspoliittinen ennuste ei palvele tuomaria ja on vaikea nähdä, miten myöskään lainsäädäntöprosessiin osallistuvia, joilla on edessään konkreettinen lainsäädäntöuudistus, palvelisi ennuste siitä, millaisiin lainsäädännöllisiin ratkaisuihin yhteiskunnalliset enemmistö- tai valtaideologiat lainsäätäjän psykologisina tai irratioonalisina tunnereaktioina johtaisivat.⁷⁶ Aarnio rakentaa oman tulkinnan teoriansa regulatiiviselle periaatteelle, jossa siinäkin on olemassa varsin rossilainen enemmistöajattelu: ”Perustelee kannanottosi niin, että mahdollisimman moni rationaalisesti asiaa harkitseva oikeusyhteisön jäsen voisi kaikki asianhaarat huomioon ottaen hyväksyä kannanottosi”.⁷⁷ Aarnionkaan regulatiivisen periaatteen siirtäminen *de lege ferenda* -tutkimukseen ei näkemykseni mukaan onnistu, koska argumentin hyväksyttävyyttä *de lege ferenda* ei voida sitoa vain rationaalisesti ajattelevien oikeusoppineiden käsityksiin kuin ehkä rajatuissa oikeusaukkoja koskevissa lainoppia täydentävissä tarkasteluissa, joista voidaan olettaa vallitsevan konsensus.⁷⁸

3.1.2. Fahlbeck–Spaak-debatti

Ruotsissa on käyty tuoreempaa keskustelua *de lege ferenda* -tutkimuksen tieteilisyydestä, jossa on myös noussut esille oikeustieteen puhdistaminen arvovalinnoista, jotta se täyttäisi tieteen kriteerit. Emeritusprofessori Reinhold Fahlbeck intoutui vuonna 2016 kysymään, voiko *de lege ferenda* -tutkimus olla

73. Ross 1966, s. 428.

74. Aarnio 2003, s. 74.

75. Rossin ajattelun laajemmasta analyysistä ks. Markku Helin, Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988.

76. Aarnion mukaan tällaisella tieteellä ei edes tee mitään, koska tuomaria ei kiinnosta ennuste siitä, miten hän tulee tuomitsemaan. Tuomari haluaa apua sen selvittämiseen, miten hänen pitää tuomita. Aulis Aarnio, Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta, s. 35–56 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT 1997, s. 48.

77. Aarnio 1997, s. 51; Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria. WSOY 1989, s. 285.

78. Rikosoikeudessa lienee saavutettu konsensus siitä, että raiskauksen tulee perustua vapaaehtoisuuden puutteeseen, mutta en usko, että vapaaehtoisuuden sisällöstä in concreto on konsensus edes juristien keskuudessa.

tieteellistä kolmen tarkentavan kysymyksen kautta: 1) voiko tulevaa lakia tutkia tieteellisesti, 2) voiko tutkimuksen legitimiinä tarkoituksena olla kannanottojen esittäminen siitä, millainen laki pitäisi säätää ja 3) voiko hyväksyttävä oikeustieteellinen tutkimus esittää tuloksenaan, että koko paradigman, jolle tietty oikeudenala perustuu, tulisi muuttua?⁷⁹

Fahlbeckin ydinongelmana vaikuttaisi olevan poliittisen, oikeudellisen ja tieteellisen suhde: jos koko oikeudenala pitäisi muuttua, miten siihen voidaan päätyä tieteellisesti uskottavalla tavalla? Fahlbeck päätyy vastaamaan omiin kysymyksiinsä esittämällä *de lege ferenda* -tutkimukselle neljä kriteeriä. Kriteerit voidaan tiivistää seuraavasti: 1) tutkimuksen aiheena on oltava kiistaton lainsäädännön muutostarve,⁸⁰ 2) aineiston tulee olla objektiivista ja osoittaa se, mitä tulee muuttua, 3) metodin tulee olla tieteellinen eikä tutkijalla saa olla johtopäätösten suhteen mitään ennakkokäsityksiä, ja 4) tuloksilla tulee olla itsenäinen tieteellinen arvo eivätkä ne saa sisältää arvovalintoja.⁸¹

Fahlbeckin esittämä näkemys eroaa esimerkiksi Alf Rossin näkemyksestä siinä, että Fahlbeck näkee mahdolliseksi neutraalit ja tieteellisen päättelyn tuloksena syntyvät *de lege ferenda* -johtopäätökset eli lainsäätäjälle esitetyt lainsäädäntösuositukset, joilla ei ole mitään tekemistä tutkijan arvojen kanssa. Hän ei kuitenkaan eksplikoi, mikä metodi tähän voisi johtaa muuten kuin että tuo metodi on leimallisen deduktiivinen. Kaikkien johtopäätösten eli *de lege ferenda* -ehdotusten tulee seurata objektiivisesti, arvovapaasti ja adekvaatisti tutkimusmateriaalia, ja myös kaikkien materiaalista nousevien ehdotusten tulee olla mukana. Tutkija ei siis myöskään saa valikoida johtopäätöksiään. Sinänsä paradigman muutokseen ei ole poissuljettu, jos johtopäätökset on ankkuroitu tutkimusaineistoon ilman tutkijan subjektiivisten arvovalintojen vaikutusta.

Fahlbeckin normatiivinen kriteeristö sai osakseen lähes välitöntä kritiikkiä. Professori Torben Spaak vastasi omalla debattipuheenvuorollaan Fahlbeckin näkemyksiin, ja piti lähes kaikkia niistä ongelmallisina etenkin, jos ne on tarkoitettu normatiivisiksi *de lege ferenda* -tutkimuksen tieteellisyyden edellytyksiksi. Spaak kritisoi Fahlbeckin näkemystä todeten ensinnäkin, että epäkohdan riidattomuutta tai merkittävyyttä ei voida asettaa tieteellisyyden kriteeriksi.⁸² Pienemminkin ongelman esiintuominen voi olla tieteellisesti perusteltua. Mitä

79. Innoittajana toimi Harry Salonahon taloustieteellinen väitöskirja, jonka vastaväittäjänä Fahlbeck toimi. Salonaho itse ei pyri luomaan kriteeristöä *de lege ferenda* -tutkimukselle vaan tuo esille, että hänen tekemissään haastatteluissa todettiin, että työoikeudessa *de lege ferenda* -tutkimusta tehdään liian vähän. Mahdolliseksi syyksi arveltiin, että tutkijat pelkäävät leimautuvansa joko työntekijä- tai työnantajapuolen kannattajiksi. Harry Salonaho, *Förändringsbehov i Finlands arbetslagstiftning och arbetsmarknadsmekanismer*. Svenska handelshögskolan 2015, s. 142, 204.

80. Fahlbeckin mukaan tämä tarkoittaa, että *de lege ferenda* -tutkimuksen mahdolliset kysymyksenasettelut ovat huomattavasti rajatummalla kuin perinteisellä oikeusdogmatiikalla.

81. Fahlbeck 2016, s. 532.

82. Spaak 2016, s. 535.

tulee aineiston ja *de lege ferenda* -johtopäätöksen väliseen suhteeseen, Spaakin mukaan Fahlbeckin ongelmana on Humen giljotiini: faktoista tehdään päätelmiä siitä, miten asioiden tulisi olla.⁸³ Fahlbeckin yritys on hahmotelma ”puhdasta” tiedettä, jossa kerätystä aineistosta (empiria) voitaisiin tehdä päätelmiä tulevan lain sisällöstä (normi). Kuten Spaakin esille tuoma Humen giljotiini osoittaa, kerätty materiaali ja johtopäätökset ovat kuitenkin Sein/Sollen -jaottelun eri maailmoista.

Spaakin mukaan on myös vaikea kuvitella, että jokaista *de lege ferenda* -ongelmaa kohden olisi jokin empiirinen aineisto, josta päätelmiä voitaisiin tehdä. Jos empiirinen aineisto koostuu esimerkiksi asiantuntijahaastattelusta, kuten Fahlbeckin artikkelia innoittaneessa *Harry Salonahon* väitöskirjassa, eivätkö johtopäätökset kuvasta tällöin heidän normatiivisia näkemyksiään siitä, miten lainsäädäntöä tulisi muuttaa? Lopuksi Spaak toteaa, että jos Fahlbeckin kriteerijä pyrittäisiin todella noudattamaan loppuun asti, myös perinteinen oikeusdogmatiikka jouduttaisiin jättämään tieteen käsitteen ulkopuolelle. Spaakin mukaan Fahlbeckin ajattelua johtaa harhaan muun muassa se, ettei Fahlbeck pohdi, mihin metaettiseen teoriaan hän sitoutuu esittäessään kysymyksen, voivatko arvot olla tiedettä. Spaak palaa skandinaavisen realismin toiseen keskeiseen teoreetikoon *Axel Hägerströmiin*, joka vuonna 1911 totesi, että ”moralvetenskapen icke kan vara en lära i moral, utan blott en lära om moralen”.⁸⁴ Jos tieteen kriteerit asetetaan esimerkiksi arvonihilismistä käsin, tulisi sen tapahtua tietoisesti ja avoimesti. Kuten Spaak toteaa, arvonihilistinen lähestymistapa johtaa väistämättä siihen, ettei arvoja koskeva arvostelma voi koskaan olla osa loogisesti pätevää päättelyketjua. On kuitenkin muitakin metaettisiä lähestymistapoja, eikä niistä vallitse yksimielisyyttä.⁸⁵

Viimeistään Fahlbeck–Spaak-väittelyä lukiessani ymmärsin, että *de lege ferenda* -tutkimus kertoo jotain oikeustieteen itseymmärryksen vaikeudesta ihmisten välisiin suhteisiin puuttuvan järjestelmän tutkimuksena, josta tutkija ei voi ulkoistaa itseään. Oikeustiede ei kuitenkaan ole yksin, vaan myös moni muu tiede pohtii ihmisen luomia normatiivisia järjestyksiä ja ihmisen osaa niiden tutkijana. Käytännöllisen filosofian professori *Sami Pihlström* pohti virkaanastujaisesityksessään vuonna 2007, onko etiikka tiede. Pihlström filosofina ei kuitenkaan näe ongelmaa siinä, etteikö moraaliarvostelma voisi olla tieteellinen:

Moraalisen keskustelun ja moraaliin sitoutumisen käytäntöjemme perusteellinen, (itse)kriittinen tarkastelu osoittaakin nähdäkseni varsin vakuuttavasti, että moraalin sitoutuminen on sitoutumista objektiiviseen totuuteen, olkoonkin, että tuo totuus itse voi olla jotakin käytäntöpitoista, tavoitteelliseen toimintaamme ankkuroitunutta,

83. Spaak 2016, s. 538.

84. Axel Hägerström, *Om moraliska föreställningars sanning*, teoksessa Martin Fries (red.), *Axel Hägerström, Socialfilosofiska uppsatser*. Bonniers 1939, s. 65, viitattu artikkelissa Spaak 2016, s. 540.

85. Spaak 2016, s. 541.

kuten Yhdysvalloissa syntyneessä pragmatismien perinteessä on 1800-luvun lopulta lähtien korostettu. Tämä ei kuitenkaan tee moraalista totuudesta sen vähempää objektiivista kuin tavanomaiset tieteelliset totuudet.⁸⁶

Kuten Pihlström tuo esille, myös itsensä jättäminen valinnan ulkopuolelle eli pelkkä vaihtoehtojen esittelemineen, on yhtä lailla moraalinen kannanotto – aivan kuin todella olisi niin, että tutkijan näkemyksen mukaan kaikki vaihtoehdot olisivat yhtä oikeita ja objektiivisesti tosia. Pihlströmin näkemyksen mukaan tällainen etiikan opettaminen, jossa arvositoumus subjektiivisena kannanottona jätetään subjektiivisen ja objektiivisen kahtiajaossa henkilökohtaisen alueelle ja siitä vaietaan ei-tieteellisenä, edustaa ”moraalin luonteen vaarallista väärinymmärtämistä”. Sitoutuminen moraaliseen periaatteeseen tai toimintaohjeeseen ei ole henkilökohtainen mieltymys tai subjektiivinen tuntemus vaan subjektin sitoutumista objektiivisesti oikeaan, toteaa Pihlström.⁸⁷ Feministisen filosofian ja naisoikeuden tradition näkökulmasta kysymys on lisäksi siitä, että neutraaliksi asetettu tiede perustuu ulossulkemisen logiikalle, jossa epätoivottu (moraaliseksi yksityisajatteluksi tai tunnereaktioksi leimattu) ajattelutapa sivuutetaan tieteellisyyden nimissä.

3.2. Oikeustieteen moraalinen ongelma

Oikeastaan mikään muu kysymys ei ole puhututtanut 1900-luvun loppupuolen oikeusfilosofiaa ja oikeusteoriaa yhtä paljon kuin modernin oikeuden suhde moraalisiin.⁸⁸ Onkin mielenkiintoista, että samaan aikaan, kun arvokeskustelulle on tilausta oikeusdogmatiikassa, saatetaan edelleen esittää argumentteja, että oikeustieteilijän *de lege ferenda* -tutkimusta tehdessään ei tulisi tieteen nimissä astua

86. Sami Pihlström, Onko etiikka tieteenä mahdollinen? Virkaanastujaisesityelmä 17.10.2007, Jyväskylän yliopisto. Saatavilla: <https://www.jyu.fi/ajankohtaista/arkisto/2007/10/tiedote-2009-09-11-01-57-09-709319/pihlstrom17.10.07.doc> (viitattu 19.11.2022).

87. Ibid. Pihlströmin ajattelu edustaa pragmatismia, ja väitöstutkimuksessani sidon feministisen oikeustieteen fenomenologis-eksistentiaaliseen traditioon. Filosofisina traditioina nämä eroavat merkittävästi toisistaan. Yhdyn kuitenkin Pihlströmin näkemykseen siitä, että pragmatismia ja fenomenologiaa yhdistää kiinnostus tieteen sekä inhimillisten arvojen ja merkitysten suhteeseen modernissa maailmassa, sekä kantilaisen kriittisen perinteen edelleen työstäminen. Pihlström 2021, s. 179–180.

88. Esimerkiksi Kaarlo Tuorin kriittinen oikeuspositivismi lienee viimeisiä suuria tarinoita oikeusjärjestyksen legitimaatiosta. Tuorin teoriassa keskeiset oikeudet ja arvot ovat sedimentoituneet osaksi pinnan alaista hitaammin muuttuvaa oikeuskulttuuria, mistä käsin ne sekä rajoittavat että legitimoivat modernia oikeutta. Tuori 2000, s. 234–236; Tuori 2007, s. 42. Esimerkiksi Ari Hirvosen oikeusfilosofia on postmodernimpaa teoretisointia etiikan mahdollisuudesta suurten totuuksien jälkeen. Ks. esim. Ari Hirvonen, *After the Law*, s. 192–238 teoksessa Ari Hirvonen (ed), *Polycentricity – The Multiple Scenes of Law*. Pluto Press 1998.

politiikan tai arvovalintojen puolelle. *Hannu Tolonen* katsoi jo vuonna 1997, että oikeuden periaatesuuntautuminen ja kansainvälistyminen ovat johtaneet siihen, että arvoihin ja oikeudenmukaisuuteen liittyvillä teorioilla on selvästi enenevää merkitystä.⁸⁹ Pidänkin mahdollisena, että nuoremmalle juristisukupolvelle arvotautuneiden periaatteiden ja oikeuksien maailma on niin itsestään selvä, ettei oikeuden ja moraalien välillä nähdä sellaista ristiriitaa, joka lamaannuttaisi tai rajaisi tutkijan itseymmärrystä oman tutkimuksensa mahdollisuuksista.

Yhtä lailla näkökulma, jonka mukaan lainoppi (*de lege lata*) olisi neutraalia lain tulkintaan keskittyvää tiedettä, on vanhentunut eikä vastaa nyky-ymmärryksen mukaista oikeudellisten lähteiden ja argumentaatiotapojen pluralismia. Käytän esimerkkinä tästä paradigman muutoksesta *H.L.A. Hartin* klassikkoesimerkkiä kieltolauseesta, joka kieltäisi ajoneuvot yleisessä puistossa.⁹⁰ Esimerkki on tuottanut huomattavan paljon, osin saivartelevaa, keskustelua,⁹¹ mutta Hartin alkuperäinen positivistinen positio oli, että jokaisella säännöllä on selvä ydinalue, jonka tulkinnassa ei vaadita teleologiaa saati oikeuden sekoittamista moraalisiin tai utilitaristisiin tulkinta-argumentteihin.⁹² *Lon L. Fullerin* vastakkaista tulkintänäkökulmaa edustava vastaus oli, että lain tulkinnallisen selvän ydinalueen hahmottaminen on itse asiassa seurausta siitä, että tulkitsija ymmärtää lainsäätäjän tarkoituksen.⁹³ Aulis Aarnio käyttää myös omassa laintulkintaa koskevassa tuotannossaan Hartin esimerkkiä ”kiperästä tulkintatilanteesta” kysyen muun muassa, kattaako kiellon tulkinta esimerkiksi moottorikäyttöiset invalidiajoneuvot. Aarnio toteaa Hartiin nojaten, että ”olemme tulleet kiellon ääreisalueelle, jossa syntyy epävarmuus siitä, miten asetettua kieltoa on luettava”.⁹⁴

89. Hannu Tolonen, *Oikeus ja sen tulkinnat*, s. 279–297 teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. WSLT 1997, s. 287.

90. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*. *Harvard Law Review* 71(4) 1958, s. 593–629.

91. Ks. esim. Pierre Schlag, *No Vehicles in the Park*. *Seattle University Law Review* 23 1999, s. 381.

92. Hartin mukaan amerikkalaista oikeustiedettä vaivaa liiallinen keskittyminen rajatapauksiin (penumbra), vaikka osa tapauksista on selkeitä. Hartin mukaan moottorikäyttöinen auto on ns. standarditapaus, johon peilaten tuomari joutuu päättämään, miltä osin esimerkiksi polkupyörällä, rullaluistimilla, leikkiautoilla tai lentokoneilla on siihen nähden yhtäläisyyksiä ja epäyhtäläisyyksiä. Hart 1958, s. 607–615.

93. Fuller tuo esille, että juuri säännöksen tarkoitus (esimerkiksi puiston turvallisuus tai hiljaisuus) tuottaa ymmärryksen siitä, mitkä piirteet objektissa ovat ratkaisevia. Esimerkiksi sillä ei ole merkitystä, onko auto merkiltään Ford vai Cadillac, koska äänekäävät autot merkistä riippumatta eivät kuulu puistoon. Toisaalta teleologian kautta on mahdollista hahmottaa, että esimerkiksi toisen maailmansodan aikainen kuljetusauto voisi olla sallittu puiston keskellä muistomerkkinä siitä huolimatta, että siinä on toimintakuntoinen moottori ja se on ajoneuvo, koska sillä ei ole tarkoitus ajaa. Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*. *Harvard Law Review* 71(4) 1958, s. 630–672, 663.

94. Aulis Aarnio, *Tulkinnan taito*. Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY 2006, s. 37–38.

Huomionarvoista on, että Hart–Fuller-debatti ei käsittele mitenkään liikuntavammaisten henkilöiden apuvälineitä vaan heidän käyttämänsä esimerkit ovat rullaluistimet, polku- ja kolmipyörä, lentokone, leikkiauto ja museoauto. Vuonna 2022 tuntuu oudolta, että Aarnio on voinut nostaa esiin esimerkin ”moottorikäyttöisen invalidiajoneuvon” sallittavuudesta puistossa ottamatta edes alaviitteessä esille sitä elettyä kokemusta, joka liittyy vammaisten ulossulkemiseen yhteiskunnasta. Tuo eletty kokemus on johtanut siihen, että nykyään on sekä kansainvälisoikeudellisia sopimuksia että kansallista syrjinnän kieltävää lainsäädäntöä, joiden valossa kiperästä tulkintatilanteesta puhuminen tuntuu absurdilta.⁹⁵ Toisaalta vaikka oikeus ei olisi inkorporoinutkaan näitä periaatteita itseensä, herää kysymys arvoista ja oikeuden täytäntöönpantavuudesta ja vastarinnasta: jos kieltä loukkaa ihmisarvoa, voidaanko ajatella, että sitä todella noudatettaisiin, vaikka emme keksisi yhtäkään juridista argumenttia sitä vastaan? Olisiko laki tältä osin oikeutta?⁹⁶ Ja jos sanamuodon mukainen tulkinta johtaisi tällaiseen kestävämpään tilanteeseen, eikö oikeustieteilijällä ole vastuu tuoda esille lakimuutoksen tarve *de lege ferenda*? Ei siksi, että sanamuoto on epäselvä vaan koska tulkinta olisi niin ilmeisessä ristiriidassa sen kanssa, mitä pidetään oikeudenmukaisena.⁹⁷

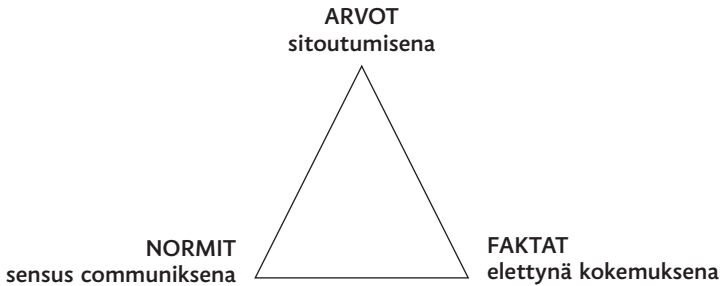
Hannu Tolonen on kuvannut oikeuden ”anatomiaa” normien, arvojen ja faktojen kolmiona, jonka kärkien suhteita ja ristiriitoja eri oikeustieteelliset suuntaukset ratkovat kukin eri tavoin.⁹⁸ Tolosen kolmio on havainnollinen feministisen oikeustieteen näkökulmasta, koska feministinen oikeustiede operoi sekä normien, arvojen että faktojen maailmassa. Väitöstutkimuksessani olen käsitteellistänyt normatiivisuutta hermeneuttisena *sensus communiksena*, arvoperustaa sitoutumisena toisen kohtaamiseen ihmetyksen ja rakkauden käsitteiden kautta sekä sukupuolta elettyinä kokemuksena, joka pyrkii ylittämään mielen ja ruumiin dikotomian. Feministisessä filosofiassa tapoja hahmottaa arjen ja normimaailman suhde on muitakin, mutta yhdistävää niille on sitoutuminen epäoikeudenmukaisuuden poistamiseen, eli arvojen toimiminen välittäjänä faktojen ja normin välillä.

95. YK:n Yleissopimus vammaisten henkilöiden oikeuksista ja valinnainen lisäpöytäkirja, SoPS 27/2016 (voimaan Suomessa 10.6.2016); yhdenvertaisuuslaki 1325/2014. Toki myös H.L.A. Hartin positivistisen laintulkinnan kautta on mahdollista päästä siihen johtopäätökseen, että tulkinnan ydinalueella (moottorikäyttöinen toimiva auto) ei ole merkittäviä yhtäläisyyksiä sähkökäyttöisen apuvälineen kanssa, mistä syystä kieltolause ei sovellu tapaukseen.

96. Kuuluisan Radbruch-säännön mukaan tuomarin on tuomittava säädettyä lakia vastaan ja materiaalsen oikeudenmukaisuuden puolesta, jos säädetty laki on sietämättömän epäoikeudenmukainen tai jos säädetty laki tietoisesti sivuuttaa oikeuden käsitteeseen sisältyvän kaikkien ihmisten yhdenvertaisuuden. Ks. Radbruch 2003.

97. Ajattelen, toisin kuin Ross, ettei oikeustieteilijä voi erottaa omaa oikeudentajuaan tavastaan harjoittaa tiedettä.

98. Tolonen 1997, s. 282.



Kuvio 1. Tolosen oikeuden anatomia sovellettuna feministiseen *de lege ferenda* -tutkimukseen.

Väitöstutkimuksessa tekemäni havainto on, että vaikka moni ongelma tulee ilmi lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä tarkastelemalla, epäkohta, johon tulee puuttua *de lege ferenda*, ei hahmotu tyydyttävästi perinteisen sääntöjen tulkintaan keskittyvän *de lege lata* -tutkimuksen sivutuotteena. Lainopin ideaalit oikeusjärjestyksen koherenssista ja oikeudellisten aukkojen sulkemisesta ovat vain yksi *de lege ferenda* -tutkimuksen näkökulma. Ongelma voi ilmetä lain sanamuodon mukaisessa tulkinnassa, mutta usein havainnossa on myös mukana faktainen elementti (kokemus oikeudesta⁹⁹) sekä arvoelementti (arvostelma siitä, että kokemus oikeudesta on epäoikeudenmukainen). Seksuaalirikosoikeudessa faktuaalinen elementti on ollut esimerkiksi kokemus siitä, että rikos jää rankaisematta, koska uhri ei ole käyttäytynyt tilanteessa oikealla tavalla. Jokin on tällöin ilmiön oikeudellisessa sanoittamisessa epäonnistunut, mistä seuraa arvoarvostelma, että laki ei suojaa jokaisen itsemääräämisoikeutta. Moottorijoneuvoa koskevassa esimerkissä *de lege ferenda* -kannanoton varsinainen epäkohta ei nähdäkseen myöskään ole sanojen semanttinen sumeus vaan eletty kokemus, yhteiskunnan tietyistä toiminnoista ulossulkeminen, joka pitää ratkaista, jos sääntöä lähdetäisiin tulkitsemaan niin, ettei sähköpyörätuolilla voisi mennä yleiseen puistoon. Jos ihmisoikeusmyönteinen tulkintakaan ei riittäisi, johtaisi toisen kokemuksen kuulemiseen sitoutuminen lainsäädäntöehdotukseen *de lege ferenda*, jolla oikeustilaa pyrittäisiin muuttamaan.¹⁰⁰

Epäoikeudenmukaisuuden kokemuksesta kumpuavaan *de lege ferenda* -tutkimukseen on myös kohdistettu kritiikkiä. Ruotsissa emeritusprofessori *Lars Heuman* on kritisoinut kritiikkiin perustuvaa *de lege ferenda* -tutkimusta siitä, että sitoutuessaan tiettyyn kritiikkiin se ei punnitse tasapainoisella tavalla kaikkia

99. Oikeuden kokemuksesta oikeuslähdeopissa ks. Juha Karhu, Oikeudellinen kokemus oikeuslähteenä. *Lakimies* 7–8/2019, s. 1068–1075.

100. Suhtautuminen perus- ja ihmisoikeuksiin on muuttunut merkittävästi viimeisen parinkymmenen vuoden aikana, mitä kuvastaa hyvin Aarnion (2006, s. 311) esittämä argumentti, että perusoikeuksien asiallinen toteuttaminen on poliittisen järjestelmän, ei lainkäytön asia.

lakimuutoksen puolesta ja vastaan puhuvia argumentteja.¹⁰¹ Vaikuttaisi siltä, että Heumaninkin lähestymistapa perustuu ajatukseen *de lege ferenda* -tutkimuksen lainsäätäjää avustavasta tai simuloivasta roolista. Oikeustiede ei kuitenkaan ole sidottu samoihin argumentaatiotapoihin kuin lainsäätäjää eikä tutkimuksen tuloksen tarvitse olla sama kuin mihin lainsäätäjää olisi päätynyt. Vaikka hyväksyisi lainopin (*de lege lata*) tulkinnallisen erityistehtävän laintulkitsijan avustajana, ei sitä ole välttämätöntä soveltaa analogisesti *de lege ferenda* -tutkimukseen.

De lege ferenda -tutkimukseen soveltuvatkin sekä Jarkko Tontin että Hannah Arendtin ajatukset. Tontti korostaa oikeudellista tulkintaa itsekriittisenä dialektiikkana tradition kanssa, joka ei johda synteisiin vaan muuttaa sekä tulkittua että tulkitsijaa, kun taas Hannah Arendtin mukaan puhe on ihmisen ainutkertaisen ilmestymisen muoto, jonka seuraukset ovat ennalta arvaamattomat.¹⁰² *De lege ferenda* -tutkimus on oikeustieteilijän mahdollisuus ajatella ja tehdä tutkimusta suhteessa oikeuden traditioon, suhteessa toiseen ja suhteessa omiin sekä jaettuihin moraalikäsitteisiin, niin oikeuden sisäistämiin kuin sen ulkopuolisiin. En kuitenkaan näe mahdolliseksi sitä, että *de lege ferenda* -tutkija ulkoistaisi itsensä moraalisen piiristä vaan päinvastoin, *de lege ferenda* -tutkimus lähtee arvoihin ja sitoumuksiin perustuvasta oikeudellisesta epäkohtaa koskevasta havainnosta: jotain on vialla ja jos en lausu sitä ääneen, kuka sen sitten tekee?

4. Johtopäätökset

Olen tässä artikkelissa tuonut esille, että *de lege ferenda* -tutkimukseen on kohdistunut yllättävän vähän tieteellistä huomiota sen erityispiirteistä ja merkityksestä huolimatta. *De lege ferenda* -tutkimusta on pidetty lainopin lähitieteenä tai sen täydentäjänä. Usein lainopin ja *de lege ferenda* -tutkimuksen metodi on esitetty symmetrisesti siten, että ainoa ero on tulkinnan kohteen sijainti joko nykyisyydessä tai tulevaisuudessa. Siinä missä lainopin on ajateltu palvelevan tuomareita, *de lege ferenda* -tutkimuksen on ajateltu vastaavasti palvelevan lainsäätäjää eri sääntelyvaihtoehtojen punninnassa. Intressipoliittiset ja moraaliset kannanotot on pyritty erottamaan oikeustieteestä, mistä ääriesimerkkinä on tässä artikkelissa esitetty Alf Rossin arvonihilistinen oikeusrealismi. Toisaalta rationaalisuuteen tukeutuviissa malleissakin *de lege ferenda* -tutkimus on esitetty yhteiskunnan ohjaamiseen perustuvana tavoite-keino-punnintana, jossa tieteen etiikka on sitoutumista rationaalisen harkinnan sääntöihin. Artikkelin keskei-

101. Lars Heuman, Metodutvecklingen inom doktrinen. Juridisk Tidskrift 2020(1), s. 25–64.

102. Tontti 2002; Hannah Arendt, Vita activa: ihmisenä olemisen ehdot. Vastapaino 2021.

nen väite on, että aiemmat lähestymistavat eivät tavoita kaikkia *de lege ferenda* -tutkimuksen ulottuvuuksia.

Tässä artikkelissa *de lege ferenda* -tutkimusta on lähestytty feministisen oikeustieteen ja etiikan kautta. Eettinen vastuu toisesta on keskeinen feministinen lähtökohta. Oikeus nähdään tällöin ihmisiä palvelevana järjestelmänä, ihmisten sääntöinä, joiden epäoikeudenmukaisuuksiin tutkijalla on mahdollisuus ja myös velvollisuus puuttua. Epäoikeudenmukaisuus voi ilmetä positivistisesti ajatellen H.L.A. Hartin tulkinnallisilla raja-alueilla tai diskursiivisesti François Lyotardiin nojaten kyvyttömyytenä sanoittaa oikeudellisesti koettua vääryyttä. Etiikka ja tiede eivät sulje toisiaan pois, vaan päinvastoin juuri *de lege ferenda* -tutkimus mahdollistaa sen ajattelun, miten eettiset sitoumukset muuntuvat oikeuden säännöiksi ja oikeuden tieteeksi. Etiikkaa, oikeuden normatiivisuutta ja faktisiteettia ei kuitenkaan ole tässä ehdotettu samaistettaviksi, vaan eettinen sitoutuminen toimii välittäjänä faktan ja normin välillä tuottaen *de lege ferenda* -kannanottoja. *De lege ferenda* -tutkimuksen erottaminen selkeämmin lainopista palvelee oikeutta ja oikeustiedettä, kun lainoppi voi keskittyä omaan tehtäväänsä – koherenssin ja konsistenssin tuottamiseen oikeusvaltioperiaatteeseen sitoutuen –, kun taas *de lege ferenda* -tutkimus on mahdollisuus ajatella radikaalistikin uusia normatiivisia maailmoja tieteellisesti kunnianhimoisella tavalla.

Research de lege ferenda as a method and a discipline

MINNI LESKINEN, LL.D. in spe, University of Turku

The article discusses the method and theoretical framework of research de lege ferenda from a feminist legal philosophy point of view. Traditionally, research de lege ferenda (legal policy) has been distinguished from research de lege lata (legal dogmatics) by analogy. Whereas legal dogmatics has been understood as the interpretation and systematisation of laws and as assistance to adjudication, legal policy has been understood as the systematisation of how to regulate society in a desired way and as assistance to legislation. The author challenges the traditional point of view. Critical feminist research de lege ferenda is understood as a method of combining several sources stemming from law but also from the lived experience and other disciplines such as philosophy in order to comprehend the need for legal reform. Also the tradition of Scandinavian realism is briefly looked into in order to understand why legal policy has at least in history been excluded from legal scholarship as subjective and arbitrary, and how this problem has been solved by turning to moral nihilism and positivism. These views are challenged as well. The task of a researcher de lege ferenda who is committed to the point of view of the Other cannot be understood in terms of scientific positivism or social engineering but as the task of translating experienced injustice into recommendations de lege ferenda that are faithful to the ethical commitment of speaking out and combating injustice by legal reform. Ethical commitment and scientific value do not exclude each other, but are inseparable parts of doing research de lege ferenda in the 2020s.

Toistuvia pettymyksiä: pohdintaa perustuslain tulkinnan vaikeudesta

HAKUSANAT: perustuslaki, tulkinta, Robert Cover, perusoikeudet, väkivalta

”Lakia ei suurimmallakaan huolellisuudella voida koskaan kirjoittaa niin täydelliseksi, ettei se jättäisi sijaa tulkitsemiselle tahi ettei siihen syntyisi mitään aukkoja. Tieteen on tässä tultava käytännön avuksi ja määrättävä ne periaatteet, joiden mukaan tuo tulkitseminen on tapahtuva ja nuo aukot täytettävät.”¹

1. Johdanto

Tässä artikkelissa pohditaan suomalaista pettymystä. Oikeustieteen historiassa on ollut jo yli sadan vuoden ajan havaittavissa yrityksiä saada taltutettua oikeuden tulkinnan mielivaltaisuus, aukot, epämääräisyydet ja poliittisuus. Jokainen sukupolvi tuntuu silti pettyvän yhä uudelleen: eikö tulkinta olekaan objektiivista, ennakoitavaa, tarkkaa?²

Kotimaisessa keskustelussa nousi kesällä 2022 jälleen esille kysymys siitä, miten perustuslakivaliokunta ja sen käyttämät asiantuntijat soveltavat perustuslakia. Muun muassa rajavartiolain muuttamisen yhteydessä esitettiin väitteitä perustuslain tulkinnan poliittisuudesta.³ Kriitikoiden mukaan tulkinta on kaiken kaikkiaan liian epävarmaa. Lakia sovelletaan usein liian tiukasti tai yksinkertaisesti väärin. Lisäksi ongelmallisena on pidetty sitä, että perustuslain tulkinta muuttuu vuosien varrella.⁴

* *Susanna Lindroos-Hovinheimo*, OTT, professori, Helsingin yliopisto. Lämpimät kiitokset molemmille vertaisarvioitsijoille, joiden tarkkanäköiset huomiot olivat harvinaisen hyödyllisiä ja antoivat paljon ajattelun aiheita.

1. Frans Oskar(i) Lilius, Vanhoja ja uusia laintulkintesteorioja. *Lakimies* 1906, s. 106–111, s. 106.
2. Viimeaikaisista tarkasteluista ks. esim. Maija Aalto-Heinilä, Voiko oikeuslähteiden tulkinta olla objektiivista? *Lakimies* 6–7/2020, s. 903–924.
3. Ks. rajavartiolain muuttamisesta esim. Martin Scheinin: Valmiuslain ja rajavartiolain muutokset eli kuinka oikeusvaltio meni pesuveden mukana – osa 2: rajavartiolaki. *Perustuslakiblogi* 27.7.2022.
4. Kansanedustaja Ben Zyskowicz painotti Helsingin Sanomien haastattelussa, että valiokunnan tulkinta on kaiken kaikkiaan liian epävarmaa. Ensin tulkitaan niin, sitten näin. Erityisesti perusoikeuksista on tullut väline, johon jokainen vetoaa vuorollaan. Zyskowicz otti esimerkiksi,

Tässä kirjoituksessa tarkastelen oletuksia oikeuden tulkinnasta.⁵ Yksi syy pettymykseen saattaa nimittäin olla se, että oikeudelta ja sen tulkinnalta on toivottu jotain, mitä se ei pysty saavuttamaan. Artikkelin keskeinen tavoite on pohtia tarkemmin sitä, minkälaista perustuslain tulkinta on ja minkälaista se voi olla.⁶ On mahdollista, ettei perustuslain tulkinta koskaan ole ollut – eikä voi olla – varmaa, saatikka pysyvää.⁷ Kotimaisen valtiosääntödoktriinin historiasta voidaan päätellä, että perustuslain oikeasta tulkinnasta on taisteltu jo siitä lähtien, kun Suomi perustuslain sai – ja erimielisyyttä on ollut siitäkin, milloin se tapahtui.⁸

Pohdin oikeuden tulkinta ensin yleisellä tasolla ja keskityn sen jälkeen perustuslain tulkintaan. Perustuslain tulkinnan mahdollisesta poliittisuudesta ja arvaamattomuudesta sekä perusoikeusargumentoinnin oikeista tavoista on keskusteltu oikeustieteessä pitkään ja paljon.⁹ Tarkoitukseni on tarkastella pettymysten mahdollisia taustoja ja syitä niin, että perustuslain tulkinta nähdään osana oikeuden tulkintaa yleisesti. Toki perustuslain tulkinta on monella tapaa erilaista kuin muiden lakien tulkinta, ja siksi sen erityispiirteisiin on myös syytä kiinnittää huomiota.

Käyn artikkelissa keskustelua amerikkalaisen oikeusteoreetikko *Robert Coverin* (1943–1986) kanssa. Hänen oivaltavat kirjoituksensa perustuslain luonteesta

miten vaikeaa oli saada kiellettyä autossa tupakoiminen, kun kyydissä on lapsi. Ensin perustuslakivaliokunta päätti yksimielisesti, että kielto olisi vastoin perustuslakia. Kahdeksan vuotta myöhemmin perustuslakivaliokunta muutti yhtä yksimielisesti linjansa. Zyskoviczin mukaan ensimmäinen tulkinta oli ”päättön”. Samainen poliitikko Zyskowicz lausui rajavartiolaista seuraavasti: ”Itse luotan ja toivon, että kaikki muutkin tässä salissa luottavat siihen, että oli valtioneuvoston poliittinen kokoonpano mikä tahansa, valtioneuvosto käyttää tätä lakia vastuullisesti ja tämän lain tarkoituksen mukaisesti.” Lain tarkoitus nousee tämän juridisen näkemyksen mukaan johtavaksi tulkintaperiaatteeksi. Paavo Teittinen, Vielä kerran ehdolle? Helsingin Sanomat 10.7.2022.

5. Tarkastelu keskittyy tulkintateoriaan. Oikeuden tulkintaa ja siihen liittyvää teoretisointia ei voida kuin väkivalloin irrottaa oikeuslähdeopista ja hierarkiapohdintoista. Tässä kirjoituksessa olen kuitenkin jättänyt lähdeopilliset kysymykset sivuun, jotta tukintaa koskeva pääargumentti pysyisi mahdollisimman kirkaana.
6. Kirjoituksessa korostuu perustuslakivaliokunnan rooli, mutta se ei ole ainoa tulkitsija, jota tarkastellaan. Muut eduskunnan valiokunnat ovat myös tärkeitä toimijoita, kuten myös tuomioistuimet. Jotta analyysi olisi kattava, tulisi tietysti myös ylimpien laillisuusvalvojen tulkintotoimintaan kiinnittää huomiota, mutta siihen ei tässä artikkelissa ole mahdollisuuksia.
7. Ks. samoin Outi Suviranta, Perustuslakivaliokunta ja perustuslain ”ainoa oikea” tulkinta. Lakimies 1/2006, s. 87–88.
8. Ks. Antero Jyränki, Lakien laki: perustuslaki ja sen sitovuus eurooppalaisessa ja pohjoisamerikkalaisessa oikeusajattelussa suurten vallankumousten kaudelta toiseen maailmansotaan. Lakimiesliiton Kustannus 1989, s. 403–426.
9. Kotimaisesta keskustelusta ks. esim. Juha Lavapuro, Perustuslakikontrollin uudet muodot II – Keskustelevan normikontrolliajattelun edellytykset Suomessa. Lakimies 2/2009, s. 270–296; Kaarlo Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas. Alma Talent 2007; Pekka Lämsineva, Perusoikeuskeskustelun kriittiset pisteet. Lakimies 2/2004, s. 274–285.

ja sen tulkinnasta ovat kotimaisessa oikeustieteessä vähän tunnettuja.¹⁰ Vaikka amerikkalainen oikeusjärjestys poikkeaa huomattavasti suomalaisesta, on Coverilla kuitenkin yleispäteviä huomiota oikeuden tulkinnasta ja siihen liittyvistä hankaluuksista.

Artikkelissa keskitytään perustuslain tulkintaan suomalaisessa kontekstissa. Tämä rajausta on ollut välttämätön, vaikka aihe on yleismaailmallinen, kuten myös Coverin huomioista käy ilmi. Oikeudellisen tulkinnan epävarmuus on ollut myös EU-oikeusteorian keskiössä muun muassa *Thomas Wilhelmssonin* vieteriukko-vertauskuvan myötä, mutta siihen aihepiiriin en tässä pysty syventymään.¹¹

2. Pettymysten taustaa

Oikeuden tulkintateoria kietoutuu yhteen ratkaisuteorian kanssa, eikä niitä aina voi erottaa. Suurin osa vaikutusvaltaisimmista tulkintateoreetikoista, kuten *H.L.A Hart* ja *Ronald Dworkin*, on perinteisesti tarkastellut tuomarin tulkintaa ratkaisutilanteissa, ja sitä kautta tulkintateorian konteksti on muodostunut tuomarilähtöiseksi. Näin on ollut myös kotimaisessa keskustelussa, jossa muun muassa *Otto Brusiin*, *Kaarle Makkonen* ja *Aulis Aarnio* keskittyivät ensisijaisesti tuomarin tulkintaan.¹² Nämä teoriat toimivat kuitenkin melko hyvin myös muiden oikeudellisten toimijoiden tulkinnan kuvauksina.

Tulkinta nousi kansainväliseen oikeusteoreettiseen valokeilaan viime vuosisadan lopulla. Keskeiseksi kysymykseksi nousi silloin kielen ja oikeuden suhde.¹³ Kehitys juontaa juurensa toisaalta angloamerikkalaisessa kielifilosofiassa

10. Ks. kuitenkin Kati Nieminen, *The Law, the Subject, and Disobedience – Inquiries into Legal Meaning Making*. Helsingin yliopisto 2017; Julien Etxabe, *The Legal Universe After Robert Cover*. *Law and Humanities* 4(1) 2020, s. 115–147.

11. Thomas Wilhelmsson, *Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta*. *Oikeustiede – Jurisprudentia*, Aulis Aarnion juhlijulkaisu 1997, s. 357–374.

12. Ks. Otto Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. *Suomalainen lakimiesten yhdistys* 1938; Kaarle Makkonen, *Luentoja yleisestä oikeustieteestä*. *Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja* 1998; Kaarle Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia – Rakenneanalyytinen tutkimus*. Helsinki: Lainopillinen ylioppilastiedekunta 1981; Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria – Yleisen oikeustieteen oppikirja*. WSOY 1989 sekä Lindroos-Hovinheimo, *Miten lakia tulkitaan? – Erään oikeusteoreettisen kysymyksen suomalaista historiaa*. *Lakimies* 2/2011, s. 278–298.

13. Ks. HLA Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*. *Harvard Law Review* 71/1958, s. 593–629; Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*. *Harvard Law Review* 71/1958, s. 630–672; Ronald Dworkin, *Law as Interpretation*. *Critical Inquiry* 9/1982, s. 179–200; Stanley Fish, *Working on the Chain Gang – Interpretation in the Law and in Literary Criticism*. *Critical Inquiry* 9/1982, s. 201–216; Ronald Dworkin, *Law's Empire*. Hart 1998.

saavutettuihin tuloksiin ja toisaalta mannermaisen filosofian, erityisesti hermeneutiikan ja dekonstruktion avaamiin uusiin ajattelumalleihin. Kielifilosofiset oivallukset osoittivat muun muassa, ettei sanojen tarkkoja merkityksiä voida määritellä ja että kielellinen merkitys on aina kontekstisidonnaista.¹⁴

Oikeusteoriassa uudenlaiset käsitykset kielestä johtivat ongelmiin. Mistä olisi löydettävissä oikeuden tulkinnan kriteereitä, jos kielellisten merkitysten auktoriteetti oli murentunut? Onko niin, että yksiselitteisten kielellisten merkitysten kadottua tulkinta ei voi olla muuta kuin subjektiivista taikka poliittista? Onko oikeuden normatiiviselle sisällölle määriteltävissä minkäänlaisia kriteereitä, vai onko oikeuslähteiden merkitys aina liukasta ja epämääräistä?¹⁵

Moni oikeusteoreetikko on perinteisesti ollut sitä mieltä, että oikeuden tulkinnan kriteerit ovat sidottuja kieleen.¹⁶ Viimeistään Hartin teorian lyötyä läpi kävi kuitenkin ilmeiseksi, että kielelliset merkitykset ovat hankalia. Sanoilla ei ole tarkkoja merkityksiä, eikä tulkintaa ole helppoa sitoa semantiikkaan. Kielen luonteesta johtuvat ongelmat aiheuttavat oikeudelle paljon päänvaivaa.¹⁷ Ongelmat eivät ole samanlaisia muilla elämänalueilla.¹⁸ Oikeudellisen tekstin tehtävä on ilmaista mahdollisimman tarkasti, mikä on sallittua ja mikä kiellettyä. Tämä kytkeytyy oikeusvaltion periaatteeseen: ihmisten on voitava tietää, mitkä yhteiskunnan pelisäännöt oikein ovat. Tuomarin tai muun oikeudellisen ratkaisuntekijän tehtävä on tutkia, onko näitä pelisääntöjä noudatettu.

Kielen luonteesta johtuvat pulmat ovat kuitenkin vain yksi oikeudelliseen ratkaisutoimintaan liittyvistä hankalista kysymyksistä. Voimme nimittäin väittää, että vaikka kieli olisikin selkeää ja merkitykset yksiselitteisiä, niin oikeuden soveltaminen olisi silti hankalaa. Oikeus koostuu normeista ja normit ovat aina luonteeltaan yleisiä sääntöjä. Niiden soveltamiseen sisältyy välttämättä epävarmuutta. Todellisuus ei ole yleistettävissä. Yleisen normin ja yksittäisen tapauksen yhteensovittaminen on vaikeaa, eikä mikään sääntö voi määritellä omaa soveltamistaan. Tulkinnan hankaluudet johtuvat monista syistä, eivät pelkästään kielen luonteesta. Yhtä kaikki, oikeuden tulkinta saattaa näyttäytyä ahdistavan vapaana, hallintaa pakenevana, jopa mielivaltaisena.

Kotimaisessa tutkimuksessa tulkinnan avoimuuden kauhu on jäljitettävissä ainakin sata vuotta taaksepäin, mutta mikäli *Liliusta* on uskominen, painoi se

14. Ks. esim. Aarnio 1989 sekä Alexander Peczenick, *Rätten och förnuftet – en lärobok i allmän rättslära*. Norstedts andra upplagan 1988.

15. Ks näistä aiheista Susanna Lindroos-Hovineimo, *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*. Routledge 2012.

16. Esimerkiksi Makkonen ja Aarnio sisällyttävät kielellisiä tai semanttisia argumentteja tulkintaa ohjeistamaan.

17. Ks. esim. Susanna Lindroos-Hovineimo 2012 sekä Elina Paunio – Susanna Lindroos-Hovineimo, *Taking Language Seriously: An Analysis of Linguistic Reasoning and Its Implications in EU Law*. *European Law Journal* 16(4) 2010, s. 395–416.

18. Ks. esim. Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*. Sheed and Ward 1979; Neil MacCormick, *Institutions of Law*. Oxford University Press 2007.

juristien itseymmärrystä jo aiemmin. Siten nykyajan pettymyksissä ei ole kovinkaan paljon uutta. Kirjoittaessaan vuonna 1906 Lilius totesi, että mielipiteet tulkinnan periaatteista ovat aikojen kuluessa vaihdelleet, eikä hän pitänyt todennäköisenä, että niistä saavutettaisiin yksimielisyyttä. Hän itse hahmottelee tulkintaopin keskeiseksi ongelmaksi valinnan, joka on tehtävä lainsäätäjän taroituksen ja lain kirjaimen välillä.¹⁹

Brusiin on kotimaisista tulkintateoreetikoista kenties se, joka on suorimmin tarkastellut ongelmaa oikeuden tulkinnan mielivaltaisuudesta. Hän ei katsonut, että lain tarkoitus olisi riittävä hankalien aukkotapausten ratkaisemiseen. Oikeudellisen ratkaisun tekijä joutuu tekemään paljon hankalampaa arviota siitä, miten tapaus on ratkaistava. Tuomarin tulee konstruoida ratkaisunsa oikeusjärjestyksen kokonaisuus huomioiden ja yhteiskuntarealityt tuntien. Yhteiskuntarealityetit nousevat keskiöön. Tuomari ei saa tuomita oman ideologiansa mukaisesti. Hän ei esimerkiksi ”humaniteetti- tai maailmankatsomussyistä saa puoltaa yhteiskunnassa varjopuolelle jääneitä faktillisen yhteiskuntarakenteen, oikeusjärjestyksen, kustannuksella”.²⁰ Valitettavasti Brusiin ei pääteoksessaan *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* tarkastele perustuslain tulkintaa käytännössä lainkaan, vaan pelkästään lainkäyttöä yleisesti. Hänen mielestään tuomarin tai vastaavan oikeudellisen ratkaisijan harkinta on kaikilla oikeuden aloilla pääpiirteittäin samanlaista.²¹

Nykyaikana perustuslain tulkinta on koko lailla monimutkaisempaa kuin aiemmin, eritoten siksi, että oikeus on fragmentoitunut ja pluralisoitunut. Voidaan puhua useista konstituutioista, jotka limittyvät toisiinsa tai kasautuvat päällekkäin.²² Siten tämän päivän ongelmia on harvemmin normin puuttuminen ja useammin se, että normeja on aivan liikaa. Lisäksi normien taustalla vaikuttavien oikeuskulttuurien ja niihin sisältyvien yleisten oppien tunteminen on monessa tulkintatilanteessa välttämätöntä – puhumattakaan kaikista niistä kotimaisista, eurooppalaisista ja kansainvälisistä tuomioistuinten ratkaisuksista, joita tulkitsijan olisi hyvä tuntea. Voidaan kysyä, onko näin laajan materiaalin hallitseminen lainkaan mahdollista sen enempää tuomarille kuin perustuslakivaliokunnallekaan.

Toki vastalauseena voisi esittää, että perustuslain tulkinnan kohdalla normeja ei aina ole niin paljon kuin voisi kuvitella. Alemman asteisesta normistosta ei voida johtaa perustuslain sisältöä koskevia päätelmiä, joten alemman asteisen lainsäädännön normitilva ei heijastu perustuslain tulkintaan. Niinpä ei ole lain-

19. Lilius 1906, s. 106–111; Frans Oskar(i) Lilius, Vanhoja ja uusia laintulkintemisteorioja II. Lakimies 1906, s. 130–138.

20. Brusiin 1938, s. 109.

21. Brusiin 1938, s. 133–136; ks. myös Urpo Kangas, Piirteitä Otto Brusiinin ajatusmaailmasta. Helsinki 1976. Brusiinin teorian vaikuttavuudesta ks. Matti Rinne, Tohtori Brusiinin oikeusopillinen elämä. Teos 2011.

22. Esim. Suvi Sankari – Kaarlo Tuori (eds), *The Many Constitutions of Europe*. Routledge 2010.

kaan tavatonta, että erityisesti perustuslakivaliokunta on usein uuden äärellä.²³ Toisaalta, erityisesti perusoikeuksia koskevissa tilanteissa perustuslain tulkitsija on monesti tilanteessa, jossa kansainvälistä, eurooppaoikeudellista ja EU-oikeudellista normimateriaalia on valtavasti, eikä syvällistä ymmärrystä näistä kaikista ole helppoa saavuttaa.

3. Cover ja oikeuden väkivaltaisuus

Oikeusteoriassa esiintyy vaihtelua siinä, missä määrin tulkintateoria kytketään laajempaan kehikkoon siten, että tulkintatoiminnan kuvaus sidotaan yleisempään analyysiin oikeuden luonteesta. Robert Cover kuuluu niihin oikeuden ole-musta analysoiviin teoreetikoihin, joka on myös kehittänyt vaikuttavan kuvauksen oikeuden tulkinnasta.²⁴ Hänen mielestään on tärkeää hahmottaa tulkinnan kontekstuaalisuus, jotta tulkintatoiminta voidaan ymmärtää sellaisena, kuin se todellisuudessa on. Oikeus on omanlaisensa järjestys, ja oikeuden tulkinta on aivan omanlaistaan.

Lähtökohta Coverilla on, että oikeusjärjestys on aina tavalla tai toisella väkivaltainen.²⁵ Oikeus on valtion tai muun vallankäyttäjän pakkovallan väline, joka tunkeutuu ihmisten elämään hyvin konkreettisin tavoin. Lisäksi eri maiden oikeusjärjestysten historiallinen tausta on usein väkivaltainen.²⁶ Uusi oikeusjärjestys syntyy useimmiten väkivallan kautta, esimerkiksi sodan tai vallankumouksen lopputuloksena. Tällä tavoin perustuslait pohjautuvat yleensä väkivaltaan, sillä niiden säätämistä on usein edeltänyt jonkinlainen sotatila, vaikkapa sisällissota. Perustuslakiin kodifoidaan yhteiskunnallisten valtakamppailujen tulos. Tämä ei ole perustuslain ainoa ominaisuus, eikä se välttämättä määritä sen tulkintaa kaikissa arkisissa tilanteissa, mutta historiallinen tausta saattaa ajoittain suunnata tulkintaa, erityisesti kiperissä tulkintatilanteissa.

Tältä osin voidaan pohtia kotimaista narratiivia siitä, että perustuslain kirjaimella on taisteltu sortovaltaa vastaan. Legalismi ymmärrettynä tiukkana pe-

23. Kiitän vertaisarvioitsijaa tästä arvokkaasta huomiosta.

24. Robert Cover, *The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction*. *Capital University Law Review* 14(2) 1985, s. 179–204; ks. myös R. A. Burt, *Robert Cover's Passion*. *Yale Journal of Law & the Humanities* 17(1) 2005, s. 1–8.

25. Ks. myös Hèctor López Bofill, *Law, Violence and Constituent Power – The Law, Politics and History of Constitution Making*. Routledge 2021.

26. En tässä yhteydessä käy syvällisempää keskustelua konstituioivasta ja konstituoidusta vallasta. Niitä on pohdittu kotimaisessakin oikeusteoriassa runsaasti. Ks. esim. Kaarlo Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*. WSLT 2000; Ari Hirvonen, *Oikeus käy aikaa tilassa: retki Euroopan oikeuden legitimitettiin*. *Lakimies* 3–4/2021, s. 314–332.

rustuslain tulkintana liittyisi näin historialliseen kehitykseen, jossa perustuslailla turvattiin kotimaisia valtiosääntöisiä järjestelyjä Venäjän hallitsijan valtopyrkimyksiä vastaan.²⁷ Sikäli kuin tästä laintulkinnan tavasta tuli vallitseva vuosikymmenten ajan, on varsin ymmärrettävää, että perustuslailta edellytetään yhä tänäkin päivänä yksiselitteisiä vastauksia. Mielivaltaisen tulkinnan pelko selittyy ainakin osittain kotimaisen valtiosääntöoikeuden historiallisessa kehikossa.

Valtiosääntöhistoriaa tarkemmin tarkastellessa käy kuitenkin ilmi, että perustuslain tulkinta kehittyi kotimaisessa doktriinissa pikemminkin joustavaksi. Legalismi ei ollut suinkaan mikään tiukka tai tarkka oppi.²⁸ Valtiosääntö oppiaineena syntyi 1800-luvun loppupuolella, jolloin keskeisiä aiheita olivat Suomen kiistanalainen luonne itsenäisenä valtiona sekä Suomen ja Venäjän valtio-oikeudelliset suhteet.²⁹ Alusta alkaen valtiosäännön avoin ja jopa epämääräinen luonne olivat läsnä keskusteluissa.³⁰ Autonomian aikana tarvittiinkin usein luovaa tulkintaa, jota voidaan hyvin pitää poliittisena. Tätä kuvaa mainiosti vaikkapa vuonna 1890 annettu määräys, jolla Suomen postilaitos liitettiin keisarikunnan postilaitokseen. Suomessa tämä ymmärrettiin perustuslaillisten oikeuksien loukkaukseksi. Valtiopäivien lakivaliokunta totesi, että määräys ei ollut perustuslakien mukainen. Tähän lopputulokseen päästiin venyttämällä perustuslakien säädöksiä, sillä johtopäätöstä edelsi muun muassa oletus siitä, että venäläiset olivat perustuslain kehikossa ”ulkomaalaisia”, vaikka Suomi oli osa Venäjää.³¹

Ajatus legalismista kotimaista valtiosääntöhistoriaa ohjaavana oppina näytetty erityisen kummallisessa valossa, kun tarkastellaan vuoden 1917 tapahtumia. Silloin, Suomen valtion perustamisen kannalta merkittävänä aikana, valtiosääntöä tulkittiin erityisen luovasti. Näennäisen legalistiset argumentit aikaisempien hallitusmuotojen jatkuvuudesta oli nyt kumottava, kun tavoiteltiin itsenäisyyttä. – Tässä vaiheessa tosin yhteiskunnan tila oli poikkeuksellinen ja jopa kaoottinen, eikä Suomessa esimerkiksi ollut sellaista tahoja, jolla olisi selvästi ollut väkivallan monopoli.³²

27. Ks. myös Mikael Hidén, Puitteet ja perusta – havaintoja perustuslain muuttuvasta roolista. *Lakimies* 1/2014, s. 85–89.

28. Ks. Lars Björne, Suomalainen legalismi – tarua vai totta? *Lakimies* 1/2012 s. 146–152; Vesa Vares, ”Saken är i sig själv enkel”. P.E. Svinhufvuds och hans anhängares legalistiska politik och politiska legalism. *Historisk Tidskrift för Finland* 4/1999, s. 439–474.

29. Lars D. Eriksson, Valtiosääntöoikeus, s. 369–375 teoksessa Urpo Kangas (toim.), *Oikeustiede Suomessa 1900–2000*. WSLT 1998, s. 371. Ks. valtiosääntöoikeuden historiasta myös Ilkka Saraviita, Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus *Lakimies*-lehden lukijan kokemana. *Lakimies* 7–8/2002, s. 1277–1294.

30. Ks. esim. Robert Schweitzer, Måste det ske? Hanteringen av politiska och konstitutionella konflikter före februarimanifestet. *Historisk Tidskrift för Finland* 4/1999, s. 388–438.

31. Ks. Jyränki 1989, s. 449–450.

32. Ks. aiheesta myös Harri Karpén, Kuka oli Suomen perustava valta? *Luonnos* 11.10.2022, kirjoittajalla tallennettuna, s. 24.

Näistä valtiosääntöhistoriamme varhaisista vaiheista voidaan päätellä käsityksen siitä, että perustuslain tulkinta olisi aiemmin ollut ennakoitavampaa, täsmällisempää tai jotenkin varmaa, olevan virheellinen. Siitä lähtien, kun Suomella on perustuslakeja ollut, on tulkinta ollut jossain määrin avointa.³³

Mielenkiintoista on, että perustuslakivaliokunta syntyi juuri siksi, että perustuslakien tulkinta oli niin hankalaa. Vuoden 1867 valtiopäivillä asetettiin poikkeuksellisesti erityinen perustuslakivaliokunta. Se tarvittiin, sillä säädylle oli annettu ehdotus valtiopäiväjärjestyksen kokonaisuudistukseksi. Myös seuraavilla valtiopäivillä pohdittiin, pitäisikö lakivaliokunnalta pyytää lausunto siitä, mitkä ehdotettujen lakien pykälät oli käsiteltävä perustuslakina. Tarkoituksena oli oikean perustuslaintulkinnan hankkiminen lakivaliokunnalta. Muun muassa perustuslain asiantuntija *Leo Mechelin* oli sillä kannalla, että valiokunnan näkemys olisi tarpeen, sillä hän ei Jyrängin mukaan luottanut omiin arvioiteihinsa. Lopulta lakivaliokunnan lausuntoa ei pyydetty, mutta seuraavilla valtiopäivillä Mechelin uudisti ehdotuksensa ja tällä kertaa lakivaliokunnalta pyydettiin lausunto.³⁴

Tässä lausunnossa valiokunta otti kantaa vain siihen seikkaan, muuttaisiko käsiteltävänä oleva lakiehdotus voimassa olevaa perustuslakia. Lausunto oli ensimmäinen, jonka lakivaliokunta antoi toiselle valiokunnalle säädösehdotuksen suhteesta perustuslakeihin ja siitä muodostui malli myöhemmille perustuslakivaliokunnan lausunnoille.³⁵ Kehityksen taustalla vaikutti käsitys perustuslakien tulkinnan vaikeudesta. Oli noussut epäilyksiä siitä, oliko hallitus huomannut kaikki lakiesitysten perustuslakeihin liittyvät teemat. Sen lisäksi säädyt olivat itsekin epävarmoja perustuslakien tulkinnoissa, sillä monenlaiset tulkinnat voitiin oikeuttaa perustuslakien tekstien valossa.

Nykyisen perustuslain (731/1999, PL) 74 §:n mukaan perustuslakivaliokunnan keskeinen tehtävä on yhä sama: antaa lausunto valiokunnan käsitteilyyn tulevien lakiesitysten ja muiden asioiden suhteesta perustuslakiin. Myöhemmin tehtävänantoon on lisätty lausunnon antaminen lakiesitysten suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin. Lisäksi valiokunta harjoittaa EU:n toimivaltaan liittyvää perustuslakikontrollia.³⁶ Perustuslaki hiljenee siitä, mikä juridinen arvo perustuslakivaliokunnan näkemyksillä tarkalleen ottaen on, mutta sen antamia

33. Sisällissota ja sen jälkiselvittelyt muodostavat aivan erityisen luvun legalismin historiassa. Ks. tästä teemasta esim. Jukka Kekkonen, *Laillisuuden haaksirikko – Rikosoikeudenkäyttö Suomessa 1918*. Lakimiesliiton Kustannus 1991.

34. Jyräni 1989, s. 441–443.

35. Jyräni 1989, s. 441–443.

36. Ks. esim. Tomi Tuominen, Eduskunnan perustuslakivaliokunta Euroopan komission lainsäädäntöehdotuksen oikeusperustan arviointijana. *Oikeus* 50(3) 2021, s. 277–296. Toki perustuslakivaliokunnalle on asetettu myös muita tehtäviä kuin lakien perustuslainmukaisuuden valvonta, mutta niihin ei ole tarpeen syventyä tässä artikkelissa.

lausuntoja pidetään yleensä de facto eduskuntaa sitovina.³⁷ Sitovuus liitetään kotimaisessa valtiosääntödoktriinissa erityisesti perustuslakivaliokunnan ponsilausumiin, vaikka niidenkin de jure -sitovuus on jossain määrin avoin kysymys. Kaiken kaikkiaan voidaan kuitenkin todeta, että perustuslakivaliokunta on merkittävin perustuslain tulkitsija kotimaisen valtiosääntömme mukaan, vaikka tuomioistuimilla ja viranomaisilla on myös velvollisuus lakien perustuslainmukaisuuden jälkivalvontaan PL 106 ja 107 §:n mukaisesti.³⁸

Perustuslakivaliokunta on siten tärkeässä roolissa, kun tarkastellaan perustuslain tulkintaa Suomessa. Valiokuntaa voidaan soveltuvin osin verrata tuomioistuimeen sikäli, että valiokunnalla on tietynasteinen ratkaisupakko.³⁹ Lisäksi sen tulkintatoiminta on rajattu niihin asioihin, jotka sille esitetään. Perustuslakivaliokunta ei lähtökohtaisesti voi ottaa laintulkintakiistoihin kantaa omasta aloitteestaan, vaan asiat tulevat useimmiten vireille muiden valiokuntien pyynnöstä tai hallituksen esityksessä ilmaistun tarpeen vaatiessa.⁴⁰

Missä määrin perustuslain tulkintaa voidaan pitää väkivaltaisena? Cover kuvaa oikeuden väkivaltaisuutta monipuolisesti ja vakuuttavasti. Hänen kuuluisin esseensä *Violence and the Word* vuodelta 1986 on muodostunut klassikoksi jo sen takia, että hänen kirjoitustyylinsä on varsin tehokas. Cover analysoi oikeuden väkivaltaisuuden monia vivahteita yksityiskohtaisesti, mutta keskeinen argumentti on varsin yksinkertainen: oikeus on aina yhteydessä väkivaltaan ja tuskiaan. Oikeudelliset käytännöt ovat itsessään väkivaltaisia, niillä on väkivaltaan sidottu historiallinen alkuperä ja niiden päämäärät ovat väkivaltaisia.⁴¹ Toisin kuin oikeusteoriassa on yleensä ajateltu, Cover painottaa sitä, että oikeuden tulkinta on välttämättä väkivaltaista.

Cover analysoi niitä rakenteita, jotka tekevät oikeudesta väkivaltaisen. Näihin hän liittää ajatuksen oikeudellisten toimijoiden rooleista. Tuomari on keskeinen hahmo Coverin teoriassa, mutta hän painottaa, ettei kukaan tuomari tai muu

37. Ks. esim. Anssi Keinänen – Matti Wiberg, Perustuslakivaliokunta lausuntovaliokuntana ja asiantuntijoiden kuulijana. *Oikeus* 2012(41), s. 86–106.

38. Ks. Matti Pellonpään mielenkiintoinen vertailu erilaisista perustuslainmukaisuuden valvontatavoista Euroopassa. Matti Pellonpää, Perustuslakikontrollista neljässä Euroopan maassa ja Suomessa. *Lakimies* 6/2021, s. 911–945.

39. Abstraktissa perustuslakikontrollissa perustuslakivaliokunnan ratkaisupakko toki eroaa tuomarin ratkaisupakosta. Perustuslakivaliokunnalla on aivan erityinen mahdollisuus oikeudelliseen vallankäyttöön siten, että sillä on mahdollisuus vaieta asiasta, jonka tuomioistuin joutuisi ratkaisemaan. Silti voidaan toki keskustella siitä, onko tuomareillakin mahdollisuuksia vaieta joistakin asioista, ja missä tilanteissa näin on. Oikeudellisiin käytäntöihin sisältyviin hiljaisuuksiin olisi valtavan kiinnostavaa paneutua, mutta en valitettavasti pysty syventymään niihin tässä. Kiitos vertaisarvioitsijalle aiheen esille nostamisesta.

40. Ks. käytännöistä kuitenkin Maija Dahlberg, Perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvosten rooli perustuslainmukaisuuden valvontajärjestelmässä – valiokunnan työrukkanen vai merkittävä vallankäyttäjät? *Lakimies* 5/2021, s. 745–784.

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

oikeudellinen ratkaisuntekijä milloinkaan toimi yksin. Oikeudellinen ratkaisu on osa monimutkaista rakennetta, jossa sana ja teko yhdistyvät. Tuomari tulkitsee oikeuslähteitä ja ilmaisee ratkaisunsa kielen avulla. Nuo kielelliset teot muuttuvat konkreettiseksi toiminnaksi, jota ei suorita tuomari, vaan muissa rooleissa toimivat henkilöt. Tuomarit eivät pane tuomioita täytäntöön. Täytäntöönpanon hoitavat poliisit, vanginvartijat, ulosottomiehet ynnä muut virkamiehet. Siksi oikeus tulisi ymmärtää yhteistoiminnan muotona.

Coverin mukaan oikeusteoriassa on usein tapana verrata oikeuden tulkintaa ja soveltamista muihin tulkintatilanteisiin, esimerkiksi kirjallisuuden tulkintaan. Näin tekee muun muassa Dworkin.⁴² Silloin näkemysemme siitä, mitä oikeudessa tosiasiaa tapahtuu, on suppea tai jopa harhaanjohtava. Oikeuden tulkinta tapahtuu Coverin mukaan tuskan ja kuoleman kentällä.⁴³ Tulkinnan yhteys väkivaltaan saa monenlaisia muotoja jokapäiväisessä oikeuselämässä. Väkivaltaisuus voi olla sekä konkreettista että symbolista.

3.1. Oikeuden konkreettinen väkivaltaisuus

Oikeuden konkreettinen väkivaltaisuus viittaa siihen, että oikeus mahdollistaa väkivallan kohdistamisen ihmisiin ja muihin. Tuomari tulkitsee oikeutta ja tuon tulkinnan tuloksena joku menettää vapautensa, omaisuutensa, kotinsa tai lapsensa. Oikeuden avulla voidaan myös oikeuttaa jo tapahtuneet väkivaltaisuudet tai sellainen väkivaltainen toiminta, kuten esimerkiksi sodankäynti, johon ollaan ryhtymässä.⁴⁴ Kun oikeutta käytetään, se jättää jälkensä. Oikeus tuottaa tuskaa ja kärsimystä. Oikeus on luonteeltaan organisoitua yhteiskunnallista väkivaltaa.

Kun oikeustieteilijät kysyvät mitä oikeus on, heidän tulee tiedostaa tämä oikeuden perimmäinen väkivaltainen luonne. Usein, kun oikeustieteilijät yrittävät selittää, miten oikeuden tulkinta tapahtuu tai miten sen tulee tapahtua, he tarkastelevat tulkintatoimintaa vain tekstin tulkintana. Tulkinta tulee kuitenkin nähdä kontekstissaan eli niissä tosiasiallisissa yhteyksissä, joissa se tapahtuu. Nämä yhteydet sisältävät väkivaltaa.

Coverin mukaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan kolme tunnusmerkkiä ovat, että se on 1) käytännöllistä toimintaa, joka on 2) suunniteltu uhkaamaan väkivallalla ja myös käyttämään todellista väkivaltaa 3) tehokkain tavoin. Ajatukseen oikeudesta käytännöllisenä toimintana liittyy yllä mainittu näkemys rooleista. Tuomarin ratkaisu muuttuu teoksi toisten toimijoiden ansiosta. Jotta oikeus kielellisessä muodossa aiheuttaisi todellisia vaikutuksia maailmassa, tarvi-

42. Ks. esim. Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press 1977 sekä Dworkin 1998.

43. Robert Cover, *The Bonds of Constitutional Interpretation – Of the Word, the Deed and the Role*. *Georgia Law Review* 20(815) 1986b, s. 815–833.

44. Cover 1986b, s. 815–833.

taan monenlaisten toimijoiden verkosto. Jokainen tuomio saa käytännön merkityksensä tässä verkostossa. Samalla verkosto toimii myös tuomiota muokkaavana tekijänä. Cover nimittäin ajattelee, että tuomarin tulkintatoimintaa muokkaa tuomarin ymmärrys siitä, mitä muut oikeudelliset toimijat hänen tuomiollaan tekevät, eli miten tuomio tulee pannuksi täytäntöön.⁴⁵ Tuomarit laativat tuomioitaan niiden tulevia vaikutuksia silmällä pitäen siten, että he kiinnittävät huomiota tuomioiden institutionaaliseen kontekstiin.

Perustuslain tulkinta voi olla osa konkreettisen väkivallan rakentumista, mutta eniten annettavaa Coverin teorialla on kenties siinä, miten hän valottaa oikeusjärjestysten symbolista väkivaltaa.

3.2. Oikeuden symbolinen väkivaltaisuus

Oikeusjärjestys kantaa aina mukanaan symbolista väkivaltaa. Oikeuteen sisältyvät määritelmät ja kategorisoinnit luovat usein raa'allakin tavalla maailmaa. Oikeus rajaa sitä, mikä on oikein ja väärin, normaalia ja epänormaalia ja erottelee jopa sitä, mikä on olemassa ja mikä ei. Se asettaa olioita eri kategorioihin, luo kansalaisia, ulkomaalaisia, naisia ja miehiä, sulkee sisään ja ulos. Oikeuden sisäänrakennettu ja usein piilevä väkivaltaisuus on merkittävin syy siihen, miksi kriittinen suhtautuminen oikeuteen on oikeusfilosofiassa tärkeää.

Oikeuden symbolinen väkivaltaisuus liittyy siihen, että oikeus on Coverin mukaan oma normatiivinen maailmansa. Virkamiesten, tuomareiden, valio-kuntien ja muiden institutionaalisten toimijoiden käsitykset oikeudesta määrittelevät, mitä oikeus on ja miten sitä sovelletaan. Oikeus muodostaa merkitysten järjestyksen, normatiivisen maailman, joka on tietynlainen.

Normatiivisia maailmoja voi kunakin aikana kussakin yhteiskunnassa olla monia. Eri ihmisryhmät ja yhteisöt muodostavat omansa sen perusteella, min-kälaiset heidän tapansa, traditionsa, norminsa ja itsekäsityksensä ovat. Näistä syntyy yhteisön maailmankatsomus. Siinä yhteisön säännöillä ja periaatteilla on historia, merkitys ja tavoite. Jokaisen ihmisen normatiivinen maailma on hänelle merkittävä, hieman samalla tavoin kuin hänen käsityksensä fyysisestä ympäristöstään.⁴⁶ Olemme ja elämme aina jossain normatiivisessa maailmassa.

Eri yhteisöjen normatiiviset maailmat voivat törmätä, ja usein niin myös tapahtuu. Silloin jotkut joutuvat väistymään. Valtion oikeusjärjestys on lopulta se, joka pakottaa oman normatiivisuutensa muiden tilalle.⁴⁷ Se tapahtuu ensisi-

45. Cover 1986b, s. 815–833.

46. Ks. Robert Cover, Foreword: Nomos and narrative. *Harvard Law Review* 97(1) 1983, s. 4–68, 46; ks. toisin Thom Brooks, Let a Thousand Nomoi Bloom? Four Problems with Robert Cover's Nomos and Narrative. *Issues in Legal Scholarship* 6(1) 2006.

47. Voidaan ilman muuta kysyä, onko yhä näin, vaikka kansallisvaltioiden oikeudellinen merkitys on kutistunut. En tässä kirjoituksessa kuitenkaan voi paneutua tähän laajaan problematiikkaan.

jaisesti perustuslain avulla. Vallitseva oikeusjärjestys ei siis ole ainoa normatiivinen maailma yhteiskunnassa, mutta se kykenee sivuuttamaan ja tuhoamaan esimerkiksi vähemmistöyhteisöjen kilpailevia normeja. Oikeuden erityispiirre on se, että sen on hankala sisällyttää itseensä normipluralismia silloin, kun normatiiviset maailmat sisältävät toistensa kanssa ristiriitaisia normeja. Oikeusjärjestys ei siedä kilpailijoita.⁴⁸ Tämä oikeuden ominaispiirre heijastuu oikeuden tulkintaan. Oikeudellinen ratkaisu on aina tehtävä ja sen on oltava sisäisesti ristiriidaton. Näin oikeus sisältää aina symbolisen väkivallan elementin, sillä se pakottaa kaikille ihmisille yhden normatiivisen maailman.

Voidaan kysyä, onko tämä synnä pettymykselle. Vaikka perustuslain institutionaalista tulkintaa syytetäänkin arvaamattomuudesta, on kritiikin aiheena kenties myös se, että jokainen kiperän tulkintatilanteen ratkaisu ylläpitää aina tiettyä normatiivista maailmankuvaa. Toiset vaihtoehdot joutuvat väistymään. Rajavartioloilla voidaan säätää siitä, että rajat voidaan sulkea tai siitä, että rajoja ei voida sulkea, mutta ei sekä että.

Kotimaisesta oikeushistoriasta löytyy runsaasti esimerkkejä siitä, että valtiosääntöoikeudelliset tulkinnat ovat vastanneet erilaisia normatiivisia maailmankuvia. Omistusoikeus kuuluu vanhoihin perusoikeuksiin. Sen voidaan katsoa nauttineen perusoikeussuojaa kauemmin kuin Suomella omia perustuslakeja edes on ollut. Omistusoikeuden sisältö ja laajuus on kuitenkin vaihdellut huomattavasti vuosisatojen saatossa. Itsenäisyyden aikana omistusoikeuden tarkka merkitys kietoutui kiistaan saavutetuista oikeuksista. Eri tulkitsijat sitoivat näkemyksensä erilaisiin doktriineihin ajoittain tarkoitushakuisesti. Konservatiivit ymmärsivät omistusoikeuden pyhänä. Tällöin saavutetun edun käsite kiinnittyi politiikkaan, jolla pyrittiin ehkäisemään haitalliseksi arvioituja uudistuksia. Aluksi vasemmisto kannatti saavutetun edun heikentämistä, koska vasemmiston politiikka edellytti kajoamista yksityisten yhteisöjen omaisuuteen. Kun vasemmisto 1950-luvulla yhdisti saavutetut edut julkisen vallan takaamiin sosiaalipoliittisiin etuuksiin, alkoivat konservatiivit kritisoida saavutettujen etujen doktriinia.⁴⁹ Nämä valtiosääntöoikeudelliset kuperkeikat osoittavat, miten suuria eroja oppien välillä voi olla silloinkin, kun itse perustuslaki on merkittäviltä osiltaan muuttumaton.⁵⁰ Eri normatiiviset maailmankuvat kamppailevat ja se näkyy selvästi perustuslain tulkinnassa.

48. Cover 1983, s. 4–68.

49. Ks. erityisesti Ville Okkonen, Saavutettujen oikeuksien suoja ja omistusoikeusdoktriini vuoden 1919 hallitusmuodon jälkeen. Oikeus 50(1) 2021, s. 9–30.

50. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä esitöissä todettiin, että hallitusmuodon perusoikeussäännöstö vuodelta 1919 oli ollut joustava ja toimiva muuttuneissakin oloissa ja myös yhteiskunnallisesti vaikeina aikoina. Joustavuuteen antaa mahdollisuuden juuri sääntelyn tietty avoimuus. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeus-säännösten muuttamisesta HE 309/1993 vp, s. 5.

Perusoikeusuudistuksen yhteydessä ilmaistiin eksplisiittisesti, että perustuslaki ja sen tulkinta kiteyttävät suomalaisen yhteiskunnan merkittävimmät arvovalinnat. Esitöissä todetaan, että ”Perusoikeusuudistus pyrkii määrittämään yksilön ja julkisen vallan suhteet sekä suomalaisen yhteiskunnan perustavanlaatuiset arvot nykytilaa ja näköpiirissä olevaa tulevaisuutta silmällä pitäen.”⁵¹ Koska perustuslain muuttaminen on verrattain hankalaa, elää laki ajassa juuri tulkinnan kautta. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että vallitseva doktriini edustaa yleensä väistyvän sukupolven maailmankuvaa. Tulkinta on usein ainakin jossain määrin konservatiivista, vaikka se muuttuukin.

Oikeudellisen ratkaisutoiminnan väkivaltaisuus on erityisen ilmeistä rikosoikeudessa ja varsinkin silloin, kun tarkastelemme ratkaisua vastaajan näkökulmasta. Coverin mukaan onkin luonnollista, että monet niistä teoreetikoista, jotka ovat vähätelleet oikeuden väkivaltaisuutta, ovat keskittäneet huomionsa pelkästään tuomarin näkökulmaan.⁵² Jos sen sijaan kuvittelemme itsemme vastaajan asemaan, oikeus näyttättyy varsin erilaisena.

Rikosoikeuteen sisältyy erilaisia kategorioita, kuten oikeudenvastaisuus, tunnusmerkistönmukaisuus, syyllisyys ja rangaistus. Näiden avulla teon oikeudellinen merkitys hahmotetaan. Samalla oikeutetaan tuomio ja tuomarin rooli. Oikeuttaminen tapahtuu suhteessa tuomariin itseensä sekä muihin toimijoihin. Ajatus on, että tuomarin täytyy oikeuttaa väkivaltainen tekonsa myös itselleen. Se tapahtuu oikeudellisten kategorioiden ja käsitteiden avulla. Yksittäinen tuomari ei tee sitä yksin tai täysin itsenäisesti, vaan oikeuttamisen keinot löytyvät yhteiskunnassa vallitsevasta rangaistuksen ideologiasta.⁵³ Se tekee väkivaltaisen rangaistuksen hyväksyttäväksi. Tuomari osallistuu institutionalisoituun väkivallan koneistoon ja hänen roolinsa on merkittävä. Tuomari jakaa oikeutta ja samalla hän jakaa kärsimystä.

Perustuslain tulkinta on luonteeltaan erilaista kuin rikosoikeuden, mutta siinä voidaan nähdä samoja piirteitä. Tulkitsessa perustuslain merkityksiä ratkaisun tekijä sitoutuu tiettyihin kategorioihin, jotka ohjaavat tulkintaa. Perusoikeuksien soveltamisessa ratkaiseva merkitys on perusoikeuksien rajoittamisen edellytyksillä, jotka ovat kehittyneet oikeudellisissa traditioissa. Kotimaisiin rajoittamisedellytyksiin kuuluvat muun muassa edellytykset lailla säätämisestä, lain täsmällisyydestä ja tarkkarajaisuudesta sekä rajoituksen hyväksyttävyydestä ja suhteellisuudesta. Lisäksi edellytetään perusoikeuden ydinalueen koskemattomuutta, oikeusturvajärjestelyjen riittävyttä ja ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisesta. Näihin edellytyksiin nojautumalla soveltaminen sitoutuu joihinkin sääntöihin. Vaikka nekin ovat tulkinnalle avoimia, rajaavat ne silti tulkintaa ja tuovat siihen tiettyjä oikeusjärjestyksen edellyttämiä rakenteita. Niiden avulla

51. HE 309/1993 vp, s. 15.

52. Cover vastustaa tässä erityisesti Dworkinia. Cover 1986a, s. 1602.

53. Cover 1986a, s. 1618–1629.

ratkaisija voi perustella soveltamisratkaisun sekä itselleen että muille. Myös silloin, kun lopputuloksena on perusoikeuden rajoittaminen, jolla on tosiasiallisia negatiivisia vaikutuksia ihmisille, on se oikeutettavissa tämän juridisen kehikon avulla.

Perustuslakivaliokunnan toimintaa tarkasteltaessa voidaan todeta, että sen toiminnassa korostuu usein perustuslakikontrolli ja rajoitusedellytysopin soveltaminen. Valiokunnan kuuluu kuitenkin myös pitää huolta siitä, että ihmisoikeusvelvoitteet toteutuvat. Siten valiokunnan harjoittama perusoikeuksien valvonta on muutakin kuin rajoitusedellytysopin soveltamista.

Valiokunnan tasapainoilua oikeuden ja politiikan välillä voidaan havaita muissakin yhteyksissä kuin perusoikeuksien kohdalla. Perustuslain 124 §:ää koskevassa viimeaikaisesta käytännöstä löytyy mielenkiintoisia esimerkkejä. Pykälän mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle. Tarkoituksenmukaisuuden tulkinta on varsin hankalaa ja on vaikeaa nähdä, miten tämän termin merkitykset pysyisivät luontevasti rajattuina vain oikeuden sisäiseen näkökulmaan. Joku normatiivinen maailmankuva ohjannee aina myös sitä, mitä kaikkea tulisi pitää tarkoituksenmukaisena. Ongelma on ollut valiokunnan edessä muun muassa sosiaali- ja terveydenhuollon uudistamisen yhteydessä. Valiokunta on todennut, että tarkoituksenmukaisuusarvioinnissa tulee kiinnittää huomiota hallinnon tehokkuuteen ja muihin hallinnon sisäisiin tarpeisiin. Lisäksi tulee erityisesti pitää huolta yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen tarpeista. Myös hallintotehtävän luonne on otettava huomioon. Tarkoituksenmukaisuusvaatimus on valiokunnan mukaan silti nimenomaan oikeudellinen edellytys, vaikka sen arviointi on välttämättä sidoksissa sellaisiin tosiasiallisiin seikkoihin kuin tehokkuus ja hallinnon tarpeet.⁵⁴

3.3. Voiko väkivaltaa välttää?

Coverin argumentti on uskottava, sillä on vaikea kuvitella tuomarin taikka valiokunnan toimivan tyhjiössä. Tulkinta on sidottu oikeusjärjestyksen sisäänrakennettuihin sääntöihin ja periaatteisiin, sekä niihin konkreettisiin tilanteisiin, joissa tulkinta saa käytännön merkityksensä.⁵⁵ Mutta onko argumentti pelkästään kuvaileva, vai sisältääkö se myös arvottavan elementin? Onko Cover Brusiniin

54. Ks. PeVL 15/2018 vp, s. 6–8 sekä PeVL 17/2021 vp, s.19–22 ja niissä viitatus lausunnot.

55. Tulkintaa rakenteistavat ja ohjaavat erityisesti oikeuslähdeoppi ja oikeudelliset tulkinta- ja argumentaatio-opit sekä eri oikeuden alojen vallitsevat yleiset opit.

linjoilla siinä, että ratkaisun tekijän on otettava oikeudelliset ja yhteiskunnalliset realiteetit huomioon tehdessään ratkaisua?

Coverin mukaan oikeuden tuottama väkivalta on välttämätöntä ja se saattaa olla jopa tarpeellista.⁵⁶ Oikeus on riippuvainen sitä ympäröivistä yhteiskunnallisista rakenteista. Tuomarit tai valiokunnat eivät tee ratkaisujaan tyhjiössä, eikä heidän tulekaan tehdä. Coverin mukaan tuomarin tulee pitää silmällä sitä yhteiskuntatodellisuutta, jonka osa oikeus on. Vaikka oikeus onkin autonominen siten, ettei siihen saisi sisältyä mielivaltaista vallankäyttöä tai poliittista peliä, niin sen on Coverin mielestä oltava herkkä vaistoamaan ympäröivät yhteiskunnalliset tosiasiat.

Oikeus ei Coverin näkemyksessä ole vain normijärjestys. Se on osa elävää yhteiskuntatodellisuutta. Tulkinnat muuntuvat toiminnaksi, joka tuottaa konkreettisia lopputuloksia. Jotta se voisi tapahtua hyvin, tulee oikeuden olla itse-reflektiivistä. Tuomareiden ja muiden oikeudellista tulkintavaltaa käyttävien tahojen tulee olla tietoisia heitä ympäröivästä oikeudellisen toiminnan verkostosta ja suhtautua siihen kriittisesti. Normien tulkinnan ja soveltamisen tulee tapahtua niin, että konteksti otetaan huomioon. Tulkinta tapahtuu aina tilassa, jossa *sana* (oikeuslähde), *teko* (se toiminta, johon tulkinta johtaa) ja *rooli* (toimijoiden tehtävät verkostossa) yhdistyvät.⁵⁷ Tuomari muuntaa sanan teoksi erilaisissa rooleissa olevien toimijoiden avulla ja hänen tulee olla tietoinen siitä, mitä hänen sanoistaan seuraa.

Tässä yhteydessä voi olla mielenkiintoista pohtia tuomioistuinten roolia kotimaisessa järjestelmässämme. Perustuslainmukaisuuden tulee toteutua paitsi lakeja säädettäessä, myös niitä tulkittaessa ja sovellettaessa.⁵⁸ Voidaanko tuomioistuinvalvontaa pitää kodifioituna varaventiilinä, jonka avulla tuomari voi toteuttaa Coverin vaatimaa oikeuden itserefleksiivisyyttä?⁵⁹ Mielestäni näin voisi olla silloin, kun yksilön suojan mekanismit eivät syystä tai toisesta toteudu. Tilannekohtainen arvio olisi keskeisessä roolissa siten, että tuomari tarkastelisi niitä konkreettisia olosuhteita, joita lain soveltamisesta seuraa ja arvioisi kriittisesti niitä mekanismeja, jotka panisivat tuomiota täytäntöön. Jälkikäitevalvonta

56. Coverin kritiikin voimakkuutta on hankala arvioida, sillä hän suhtautuu hyväksyvästi oikeuden väkivaltaiseen luonteeseen esimerkiksi artikkelissa *Violence and the Word* ja vähemmän hyväksyvästi lyhyemmässä kirjoituksessa *Atrocious Judges: Lives of Judges Infamous as Tools of Tyrants and Instruments of Oppression*. *Columbia Law Review* 68(5) 1968, s. 1003–1008.

57. Cover 1986a, s. 1628–1629; Cover 1986b, s. 815–833.

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

59. Tuomioistuimille voisi kenties suoda nykyistä merkittävämmän roolin perustuslainmukaisuuden valvonnassa myös silloin, kun perustuslakivaliokunta on syystä tai toisesta jättänyt ottamatta kantaa johonkin merkittävään seikkaan. Tilanne voisi muodostua vaikka siten, ettei valiokunta kiireen takia kerta kaikkiaan ehtisi käsitellä kaikkia sille tulevia asioita ihan teillisellä huolellisuudella. Tässä palaamme kysymykseen siitä, mitä merkityksiä tulisi antaa perustuslakivaliokunnan vaikenemisille.

ei silloin olisi abstraktia, vaan se ottaisi huomioon erityisesti tuomion seuraukset ja sen institutionaalisen verkoston, johon tuomio kiinnittyisi.

Vaikka Cover on kriittinen oikeustieteilijä, on väkivaltaisuus hänen mielestään oikeuden välttämätön piirre. Väkiältä on osa yhteiskuntaamme ja poliittista järjestystämme ja siksi on hyvä, että sitä hallinnoidaan nimenomaan oikeuden avulla.⁶⁰ Väkivallan tulee olla oikeuden keskiössä ja oikeudellisten toimijoiden tulee olla siitä tietoisia. Oikeuden kautta väkivallan käyttö on läpinäkyvää ja siten myös hallittavissa. Vaihtoehto olisi sietämätön. Väkiältä ei saa olla oikeuden ulottumattomissa, jos se on joka tapauksessa osa yhteiskuntaa. Silloin emme voisi vaikuttaa siihen yhteisin keinoin järjestämällä vallankäyttö parhaaksi katsomallamme tavalla säännönmukaiseksi ja ennakoitavaksi.⁶¹

Oikeusjärjestys mahdollistaa sen, että väkivallasta tulee sekä hallittavaa että tehokasta. Tämä tarkoittaa myös sitä, että vastuu väkivallasta on yhteinen. Oikeuden tulee toimia niin, että siihen osallistuu monia eri toimijoita, joilla on kaikilla vastuu omista toimistaan. Kukaan yksilö ei voi, eikä saa, tuottaa yhteiskunnallista väkivaltaa yksin. Yhteiskunnan on yhdessä toteutettava väkivaltaiset tekonsa oikeuden avulla, jolloin väkiältä on järjestettyä ja hallittua.

4. Perustuslain tulkinnan erityispiirteet

Perustuslain tulkinnassa korostuu se, että tulkinta koskee usein oikeusjärjestyksen keskeisiä periaatteita. Perustuslakiin tiivistyy vallitseva maailmankäsitys siten, että se tulkinnan kautta saa ajankohtaisia merkityksiä. Normatiivinen ymmärrys yhteiskunnasta kannattelee perustuslakia ja määrittää sen sisältöä. Tämä ymmärrys on dynaaminen ja muuttuu aika ajoin, joskus nopeastikin. Siksi perustuslain tulkinnat eivät voi olla stabiileja, vaan ne elävät ajassa.

Vaikka yhteiskunnan arvojärjestys määrittääkin perustuslain yksityiskohtien tulkintaa, on syytä huomata, ettei arvojärjestys ole itsestään selvä, yksiselitteinen tai ristiriidaton. Kotimaisessa yhteiskunnassamme on eittämättä jonkinlainen vallitseva normatiivinen maailmankuva, mutta siihen sisältyvät painotukset

60. Ks. myös Brusiin 1938, s. 2: ”Oikeus on itse järjestäytyneen yhteiskunnan olemusta ilmentävä välttämättömyys. Valtion suhde oikeuteen on paradoksaalinen: oman valtapiirinsä alueella valtio toimii järjestyneen ei-anarkistisen yhteiselämän takaajana, mutta ulospäin sama valtio – mikäli sillä on käytettävänä riittävät voimakeinot – usein toimii alastoman väkivallan edustajana.” Brusiinin kuvauksesta puuttuu huomio siitä, että valtio myös sisäisesti toimii väkivallan edustajana, mutta voidaan toki katsoa, että oikeus pukee tuon väkivallan siten, ettei se ole alastonta.

61. Cover 1986a, s. 1628–1629.

vaihtelevat. Myöskään valtiosääntödoktriini ei ole Suomessa täysin homogeeninen, eikä perustuslain tulkinta tule koskaan valmiiksi.⁶²

Doktriinin huokoisuutta voidaan tarkastella historian valossa. Esimerkiksi voidaan ottaa näkemykset siitä keskeisestä seikasta, milloin Suomesta tuli valtio ja mitä valtiona oleminen valtiosääntöoikeudelliselta kannalta tarkoitti. Autonomian aikaiset valtiosääntöasiantuntijat olivat pääosin sitä mieltä, että Suomi oli Porvoon valtiopäivien jälkeen valtio. Erimielisyyttä esiintyi kuitenkin, kun piti selvittää mitä tämä tarkoitti, ja mikä perustuslakien asema tarkalleen oli. Joidenkin mielestä Suomi oli suvereeni valtio, joka oli reaaliunionissa Venäjän kanssa. Toiset esittivät, että Suomi oli kylläkin valtio, mutta ei suvereeni, vaan pelkästään autonominen. Siksi kyse ei ollut reaaliunionista, sillä sellainen oli mahdollinen vain kahden suvereenin valtion liittona.⁶³ Doktriini oli epäselvä.

Suvereenisuudestakin oli valtion syntyaikoina useita mielipiteitä. Moni piti suvereenisuutta selvänä, sillä Venäjän keisari oli Porvoossa säilyttänyt Suomen konstituution, uskonnon, perustuslait ja privilegit, eikä perustuslakeja voinut muuttaa ilman Suomen valtioneelinten suostumusta. Silti kysymys siitä, mitä suvereenisuus tarkoitti ja kenelle se kuului, oli hankala. Vahvimmin kannatettiin näkemystä, jonka mukaan suvereenisuus kuului valtiolle, ei esimerkiksi monarkille tai kansalle. Valtion valtaa saattoi rajoittaa vain perustuslailla. Sellaisten rajoitusten puuttuessa valtiovalta oli rajoittamaton.⁶⁴ Voidaan hyvin ymmärtää, että eri oikeudellisten doktriinien valossa käytännön tulkintaratkaisut saattoivat poiketa toisistaan. Doktriinien taustalla kaikuivat ideologiset oletukset lienevät myös olleen toisistaan erilaisia. Valtiosääntöoppien kehittyessä autonomian aikana kehittyivät myös perustuslakien tulkinnat. Muutokseen vaikuttivat paitsi oikeudellisen ajattelun uudet painotukset, myös yhteiskuntapoliittiset paineet ja kansainvälisten valtasuhteiden kehitys.

Perustuslain tarkkojen merkitysten määrittäminen on vaikeaa juuri siksi, että niitä ylläpitävä maailmankuva on usein pirstaleinen. Sen sisällä on monia näkemyksiä, jotka saattavat johtaa ristiriitaisiin käsityksiin perustuslain sisällöstä. Jokaista oikeudessa vahvimmin edustettua maailmankuvaa vastaa useita vaihtoehtoja, jotka voivat myös olla perusteltavissa lain ja vallitsevan doktriinin valossa.

62. Ajankohtaisen esimerkin perustuslain tulkintaongelmasta tarjoaa Pauli Rautiainen, Tarvitsimme perustuslakivaliokunnan kannanoton delegoituihin valtiovastuuksiin. *Lakimies* 5/2021, s. 835–839.

63. Jyränki 1989, s. 415–418; Aki Rasilainen, *Läran om den finska staten och frågan om rikslags-tiftningen*. *Historisk Tidskrift för Finland* 4/1999, s. 363–386. Ks. myös Eriksson 1998, s. 373. Valtiosääntöoppineet olivat luovia sikäli, että tutkimuksessa kehitettiin varsin monenlaisia näkemyksiä Suomesta. Eurooppaoikeutta tuntevia huvittanee, että Suomen oikeusasemasta esitettiin myös arviota *sui generis*, sillä Suomen ja Venäjän välisiä suhteita pidettiin täysin omalaatuisina.

64. Jyränki 1989, s. 417–418.

Erityisen selkeää normatiivisten maailmojen törmääminen on silloin, kun punnittava perusoikeuksia keskenään. Näissä tilanteissa käy ilmi, että perustuslailla säädetty perusoikeussuoja on usein käytännössä ristiriitainen, sillä kaikkia perusoikeuksia ei voida toteuttaa täysimääräisesti samaan aikaan. Rajavartiolaki on vain yksi esimerkki. Hallitus esitti muun muassa, että valtioneuvosto voisi päättää kansainvälisen suojelun hakemisen keskittämisestä rajalla yhteen tai useampaan rajanylityspaikkaan, jos se on välttämätöntä lyhyessä ajassa tapahtuvasta poikkeuksellisen suuresta maahantulijoiden määrästä tai vieraan valtion vaikutuksesta tapahtuvasta maahantulosta yleiselle järjestykselle, kansalliselle turvallisuudelle tai kansanterveydelle aiheutuvan vakavan uhan torjumiseksi. Perustuslakivaliokunta totesi, että säätämässä on otettava huomioon muun muassa oikeusturvaan ja käsittelyn asianmukaisuuteen liittyvät näkökohdat, etenkin siksi, että turvapaikanhakijoiden osalta kyse on usein erityisen haavoittuvassa asemassa olevista ihmisistä. Valiokunta korosti myös, että palauttamista koskevat velvoitteet edellyttävät hakijan tilanteen yksilöllistä arvioimista, lapsen edun huomioon ottamista ja perhe-elämän suojan toteutumista.⁶⁵ Vastakkain tämän yhden lakiehdotuksen yhteydessä ovat useat perusoikeudet ja oikeushyvät.

Cover kuvaa kirjoituksissaan eri maailmankuvien kamppailuja. Joku niistä saa vallitsevan aseman ja perustuslaillisen suojan. Toiset joutuvat väistymään. Tässä hänen näkemyksensä ovat kriittisiä tai jopa pessimistisiä: vähemmistöjen arvoalinnat jäävät usein ilman suojaa.⁶⁶ Maailmankuvan valinta ja sen yläpitäminen perustuslain tulkinnalla on siksi väkivaltaista. Kotimaisessa keskustelussa Liisa Nieminen esitti vuonna 1990 kysymyksen, voidaanko perustuslakia käyttää sorrettujen ryhmien päämäärien edistämiseen, vai onko se vain valtaa pitävien väline saavutettujen valta-asemien säilyttämiseksi.⁶⁷ Katsoisin, että kysymystä on syytä pitää esillä yhä.

Toivoa siitä, että vallitseva maailmankuva voi väistyä, löytyy viime keväältä korkeimmasta oikeudesta. Niin kutsutuissa Tenojoki-tapauksissa oikeus sovelsi perustuslain 107 ja 106 §:ää.⁶⁸ Syyttäjät vaati paikallisille saamelaisille rangaistusta kalastusrikkomuksesta ja luvattomasta pyynnistä. He olivat kalastaneet vastoin kalastuslain nojalla säädettyä valtioneuvoston asetusta sekä ilman Metsähallituksen lupaa. Perusteluissa tuomioistuimien nojasi vahvasti perustuslakivaliokunnan käytäntöön. Lopulta KKO totesi, etteivät saamelaisten kalastukseen kohdistuneet lakien ja asetusten vaatimukset olleet oikeasuhtaisia taikka välttämättömiä. Tuomioistuimien sanoi ratkaisunsa perustuslain 17 §:n 3 momenttiin, jonka mukaan

65. Valiokunnan lausunto PeVL 37/2022 vp (HE 94/2022 vp), kohta 17.

66. Cover 1983.

67. Liisa Nieminen, Perusoikeuksien emansipatoriset mahdollisuudet: Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus legaalistrategioiden rajoista. Lakimiesliiton Kustannus 1990, s. 14.

68. KKO 2022:25 ja KKO 2022:26.

saamelaisilla alkuperäiskansana on oikeus ylläpitää ja kehittää omaa kieltään ja kulttuuriaan. Syytteet hylättiin.

On toki muitakin historiallisia tilanteita, joissa voidaan havaita vallitsevan maailmankuvan muutoksia. Tasa-arvoisen avioliittolain säätäminen on kenties sellainen. Se on mielenkiintoinen varsinkin siksi, että se säädettiin kansalaisaloitteen pohjalta ja todistaa jossain määrin suurempaa demokraattista päätäntävaltaa kuin hallituksen esitysten kautta syntyneet lait. Tasa-arvoista avioliittolakia ei säädetty perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella, mutta lausunnon antoivat lakivaliokunta ja suuri valiokunta. Kaikkia kansalaisaloitteessa vaadittuja uudistuksia eduskunta ei hyväksynyt, mutta muutokset avioliittolain (234/1929) 1, 108 ja 115 §:ään säädettiin. Siten Suomessa avioliiton solmivat nykyään kaksi henkilöä, eivätkä enää mies ja nainen. Kamppailua maailmankuvista todistaa tässä yhteydessä muun muassa se, ettei lakivaliokunta olisi hyväksynyt näitäkään muutoksia. Sen lausunnossa todetaan, että asialla on suuri merkitys yhteiskunnassa. Valiokunta siis havaitsi, että tilanteessa on nimenomaan kyse erilaisten normatiivisten maailmankuvien yhteentörmäyksistä ja se halusi pitää kiinni valitsevasta:

”Avioliitto on vanha, perinteinen perheoikeudellinen instituutio ja parisuhdemuoto, jolla on suuri merkitys ihmisille ja yhteiskunnalle. Avioliiton muuttaminen miehen ja naisen välisestä liitosta sukupuolineutraaliksi aloitteessa ehdotetulla tavalla johtaisi perinteisen avioliittokäsitteen sisällön ja merkityksen muuttumiseen. Muutos koskisi perhelainsäädännön perusteita, ja sillä olisi huomattavaa periaatteellista merkitystä.”⁶⁹

Voidaan pohtia, onko uudistetulla avioliittolaila selkeää kytköstä perustuslain tulkintaan. Vastaus riippunee siitä, miten voimakkaasti hahmotetaan perusoikeuksien tunkeutuminen eri oikeudenaloille.⁷⁰ Oli niin tai näin, esimerkki valotetaan ainakin sitä, miten oikeus – ja sen tulkinta – on sidoksissa normatiiviseen maailmankuvaan, joka voi muuttua.

Siinä missä jonkinlainen normatiivinen maailmankuva aina määrittää perustuslain sisältöä, vaikuttaa perustuslain tulkinta ja soveltaminen myös maailmankuvaan. Tulkinta luo maailmaa ja maailma tulkintaa. Perustuslain tulkintaan erityisesti perustuslakivaliokunnassa sisältyy usein näkemyksiä siitä, minkälainen tulevaisuus olisi hyvä.⁷¹ Tulkinta on tavoitteellista ja tähtää parempaan

69. LaVM 14/2014 vp – M 10/2013 vp, Lakivaliokunnan mietintö kansalaisaloitteesta eduskunnalle avioliittolain, rekisteröidystä parisuhteesta annetun lain ja transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain muuttamisesta (KAA 3/2013 vp), s. 11.

70. Ks. esim. Markku Helin, Perheoikeuden siveellinen luonne. Lakimies 7–8/2004, s. 1244–1266; Lavapuro 2009, s. 280–281.

71. Ks. samoin Tuori: ” – valiokunta voi ja sen tuleekin ottaa huomioon yhteiskunnan ja sen arvopohjan muutokset. Tässä se on joustavampi kuin käänteisään hitaampi tuomioistuinjaosto.” Kaarlo Tuori, Perustuslakivalvonta ja oikeuden kehittäminen – ylin lainkäyttö valtiovallan kolmijaon rajoilla. Lakimies 1/2018, s. 103–111, 106; Saraviita: ”Valiokunnan lausunnoilla on

tulevaisuuteen.⁷² Tässäkään ei ole syytä olettaa yksinkertaisia lopputuloksia. Jonkin tulkintaratkaisun merkitykset heijastuvat yhteiskuntatodellisuuteen ja julkiseen keskusteluun moninaisin tavoin ja alati uusia merkityksiä tuottaen.⁷³ Mitä perustuslakivaliokunta lausui tai tuomioistuin päätti – ja mitä se tarkoitti – jää aina tulevien tulkintojen varaan.

Eikö tulkintaa sitten saataisi jollain tavalla säädettyä ennakoitavammaksi? Oikeusteoriassa on yritetty löytää jotain sääntöjä sille, mikä on oikea tapa tulkita lakia. Tähän mennessä mikään ehdotus ei ole saanut yksimielistä kannatusta, edes Suomessa. Cover toteaa, että oikeuden merkitysten metatasoa hallitsevat narratiiviset rakenteet ovat välttämättä määrittelemättömiä, eikä niitä voi säädellä. Ne ovat niitä oikeuden osia, jotka elävät pinnan alapuolella. Ne myös muuttuvat, sillä niitä kyseenalaistetaan usein.⁷⁴ Vaikka kaikki olisivat yhtä mieltä siitä, mitä perustuslaissa lukee, emme koskaan tule olemaan yhtä mieltä siitä, mitä se tarkoittaa.

5. Tulkinta ei ole vapaata

Silti perustuslain tulkinta ei ole täysin vapaata. Se tapahtuu aina tietyssä tilanteessa ja kontekstissa, jossa tulkitsija on osa oikeuden institutionaalisia rakenteita. Esimerkiksi perustuslakivaliokunnan rooli on omanlaisensa ja sen pääasiallinen tehtävä on antaa lausuntoja hallituksen esitysten perustuslainmukaisuudesta. Siten se osallistuu oikeudelliseen ratkaisutoiminnan ketjuun, jossa jokaisella toimijalla on oma tehtävänsä ja jokaisen ratkaisuisista seuraa jotain konkreettista.

Koska tulkinta aina tapahtuu jossain tilanteessa, on se myös kontekstin kautta rajattua. Tämä on mielestäni keskeinen oivallus Coverin teoriassa. Oikeuden

merkittävä vaikutus Suomen koko oikeusjärjestykseen ja oikeuskulttuuriinkin.” Ilkka Saraviita, Lisänäkökohtia perustuslakivaliokunnasta lausunnonantajana ja asiantuntijoiden kuulijana. *Oikeus* 2/2012, s. 299–304, 299. Ks. myös Niklas Vainio, Viestinnän yksityisyyden suojan turvallisuusperusteinen rajoittaminen perustuslakivaliokunnan käytännössä. *Lakimies* 6/2017, s. 813–837.

72. Cover 1985, s. 181. Ks. perustuslakivaliokunnan yhteiskunnallisesta merkityksestä esim. Maija Dahlberg – Timo Harjuniemi, Poliitiikan ”kuninkaantekijä” – poliitiikan journalismin suhde eduskunnan perustuslakivaliokuntaan. *Lakimies* 2/2022, s. 265–289. Perustuslakivaliokuntaa on myös kritisoitu siitä, että sen argumentaatio on muodollista ja teknistä, jättäen monet tulkinnan taustalla olevat oikeusfilosofiset taikka reaaliset argumentit sanomatta. Ks. tästä esim. Ilkka Harju, Arvopaperimarkkinasääntely ja perustuslakivaliokunta. *Defensor Legis* 3/2022, s. 749–775; ks. myös Tuominen 2021, s. 277–296.

73. Ks. Cover 1983, s. 16

74. Cover 1983, s. 17.

tulkinnan väkivaltaisuus rajaa tulkintaa ja pakottaa sitä tietynlaiseen muotoon.⁷⁵ Hallitusten esitysten perustuslainmukaisuutta tulkittaessa otetaan huomioon yhteiskuntatodellisuus, ei pelkästään lain – perustuslain ja ehdotettujen pykälien – sananmuodot. Ehdotuksen tosiasialliset vaikutukset, hallinnolta vaadittavat mahdolliset lisäresurssit, todellinen vaikutus perusoikeuksien toteutumiseen ynnä muu arviointi on osa perustuslainmukaisuuden arviointia. Esimerkiksi perusoikeusrajoitusten hyväksyttävyyttä ja oikeusturvakeinojen riittävyttä tarkasteltaessa arvio kohdistuu yhteiskunnallisiin tosiasioihin, kuten koronarajoitusten säätämisen yhteydessä voitiin huomata. Keskeisiksi tulkinnassa nousivat erityisesti epidemiologiset tiedot taudin luonteesta ja vaarallisuudesta, eli ei-juridinen tieto. Näin perustuslain tulkinta ei ole tyhjän päällä, eikä siinä yleensä ole valtavasti tilaa mielivallalle, sillä se ankkuroituu yhteiskunnalliseen todellisuuteen ja siihen tilanteeseen, jossa tulkintaa tehdään.

Tulkinta suuntautuu tulevaisuuteen siten, että tietyn tulkinnan tosiasialliset vaikutukset ovat myös tulkitsijalla – olkoon se valiokunta tai tuomioistuin – mielessä. Siten horisontti ja institutionaalinen kehys rajaavat niitä mahdollisuuksia, joita tulkitsijalla tosiasiaassa on. Tulkitsijan on pitäydyttävä vallitsevien oikeudellisten käytäntöjen rajoissa, jotta tulkinta tulisi ymmärretyksi ja jotta sillä olisi oikeudellisia vaikutuksia.

Perustuslakivaliokunnan tulkintatoimintaa tarkasteltaessa tämä pitänee paikansa vielä vahvemmin kuin tuomarin kohdalla. Valiokunnalla on nimittäin melko vahva oikeutta luova rooli. Sen lausunnot toimivat vahvoina oikeuslähteinä, jotka ohjaavat tulevia tulkintoja – niin valiokunnan omia kuin kaikkien muidenkin. Siten perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnassa sana, teko ja rooli yhdistyvät tulevaisuuden sanoihin, tekoihin ja rooleihin varsin saumattomasti. Tämä on mahdollista vain, jos valiokunta koko ajan tekee työtänsä tietoisena tulevaisuushorisontista. Näin voidaan nähdä, että se rajoittaa itse itseään tulevaisuudesta käsin.

Coverin mukaan oikeuden tulkinta ei näin ollen milloinkaan voi olla vapaata, eikä siinä ole kyse pelkästään tekstin tai sanojen ymmärtämisestä. Silti se ei myöskään ole pelkkää poliittista päätöksentekoa.⁷⁶ Koska oikeuden tulkinnan tuloksen on oltava sellainen, että se istuu institutionaaliseen kehikkoonsa ja kykenee tuottamaan merkityksellisiä seurauksia oikeuden kentässä, sen tulee olla

75. Cover 1986a, s. 1616–1618. Ks. myös Koskenniemi juristien mielikuviuksesta teoksessa Martti Koskenniemi, *To Uttermost Parts of the Earth – Legal Imagination and International Power 1300–1870*. Cambridge University Press 2021.

76. Ks. myös Kaarlo Tuori, *Oikeus: vallan väline vai pidäke? Lakimies 7–8/2018*, s. 1047–1051: ”[L]ainsäädännön muoto sekä tulkinnan, systematisoinnin ja soveltamisen neutraalit ja rationaaliset menetelmät ikään kuin häivyttävät oikeudesta Vallan jäljet. Oikeus neutraalien ja rationaalisten normien järjestelmänä on puolestaan tehokas este oikeudettomalle, ei vain illegaalille vaan myös illegitiimille vallankäytölle.”, s. 1048.

tietynlaista. Tulkitsija luovuttaa aina vapautensa ollessaan tietoinen oikeudellisista käytännöistä ja osallistuessaan niiden ylläpitämiseen.⁷⁷

6. Lopuksi

Lilius nostaa tulkinnan keskeiseksi ongelmaksi valinnan, joka on tehtävä lainsäätäjän tarkoituksen ja lain kirjaimen välillä. Tässä kirjoituksessa olen esittänyt, että nämä kaksi kietoutuvat yhteen niin, että lain kirjaimen taustalla on aina joitakin tarkoituksia, joiden valossa kirjain saa merkityksensä. Ilman tuollaisia tarkoituksia, jotka sitoutuvat yhteiskunnassa vallitsevaan normatiiviseen maailmankatsomukseen, jää laki auttamatta tyhjäksi. Tämä pitää erityisen selkeästi paikkansa perustuslain kohdalla, sillä se säätää kenties suorimmin yhteiskunnan normatiivisista valinnoista ja sulkee muita mahdollisia maailmankuvia oikeusjärjestyksen ulkopuolelle.

Perustuslain tulkinta heijastaa vallitsevaa maailmankuvaa. Se voi muuttua, mutta aina se syrjäyttää muita käsityksiä siitä, millainen oikeuden tulisi olla. Voiko perustuslain tulkinta olla oikea tai väärä? Ehkä se voi, mutta vain vallitsevan doktriinin valossa ja tuo doktriini elää. Muutoksen taustalla on usein laajempi maailmankuvan muutos, joka syntyy kamppailujen tuloksena.

Coverin teoria herättää kysymyksen, haluaisimmeko oikeuden toimivan toisella tavalla. Haluaisimmeko perustuslain tulkinnan olevan aina täysin ennakoitavaa, pysyvää tai ehdotonta? Mitä se tarkoittaisi? Voimme kenties olla iloisia siitä, että maailmankuvien törmäykset tapahtuvat oikeudessa ja niistä kampaillaan oikeuden keinoin. Vaihtoehto, että niistä kampaillaisiin pelkääntään oikeuden tuolla puolen – esimerkiksi kaduilla – ei ole houkutteleva. Liioin ei houkuttele sellainen oikeus, joka olisi ikuinen ja muuttumaton. Joustavuus on myös etu yhteiskunnallisen kehityksen kannalta. Siten pettymyksen voi ehkä kääntää iloksi. Olkaamme tyytyväisiä siihen, että perustuslakivaliokunta muuttaa tulkintojaan, tarkistaa kantojaan ja päättyy antamaan uudenlaista suojaa eri oikeuksille. Olkaamme yhtä tyytyväisiä siihen, että korkeimmat oikeudet turvaavat uusin tavoin vähemmistöjen oikeuksia. Perustuslain tulkinta muuttuu, ja niin on hyvä.

77. Ks. Cover 1986a, s. 1617. Hieman samaan tapaan Aarnion auditorioriteoria, Aarnio 1989.

Recurring disappointments: The difficulties of interpreting the Constitution

SUSANNA LINDROOS-HOVINHEIMO, LL.D., Professor, University of Helsinki

The article discusses constitutional interpretation in the Finnish context. It is noted that every generation seems to be disappointed with legal interpretation. The author recognises some unrealistic presuppositions, which involve the idea of interpretation being neutral, certain, predictable, and stable. By reference to Robert Cover's legal theory, the author analyses the ways in which legal interpretation is always violent. Especially the concept of *nomos* is utilised to draw out the specific nature of constitutional interpretation. Cover's framework facilitates a nuanced understanding of interpretation – one that might not lead to similar disappointments in the future. By noting that interpretation is both bound and free, but always dynamic, the author emphasises the benefits of interpretation that changes according to different societal circumstances.

Lainopillisen tiedon erityisluonteesta

HAKUSANAT: oikeusfilosofia, lainopillinen tieto, luonnonoikeus, oikeuspositivismi

1. Johdanto

Lainopillisen tiedon luonne ja sisältö ovat eräitä oikeusfilosofian keskeisimpiä aiheita. Mitä tieto voimassa olevasta oikeudesta tarkoittaa, ja mistä siinä kerrotaan? Vastaukset näihin kysymyksiin ovat olleet oikeusfilosofisten koulukuntien keskeisiä oppeja ja tärkeitä koulukuntia toisistaan erottavia piirteitä. Pitkästä historiastaan huolimatta keskustelua ja sen jatkamista voidaan pitää jatkuvasti ajankohtaisena asiana.

Lainopillista tietoa voidaan lähestyä monesta näkökulmasta, ja tiedon käsitteellä on monta ulottuvuutta. Tässä huomio kiinnitetään ensin *oikeuden ja moraalien väliseen suhteeseen* ja sen jälkeen kysymykseen *lainopillisen tiedon objektiivisuudesta*.¹ Huomio on kiinnitetty vain luonnonoikeuteen ja oikeuspositivismiin sekä eräisiin historiallisesti keskeisimpiin auktoreihin, vaikka samaa keskustelua on toki käyty laajemminkin.

Oikeuden ja moraalisten arvojen välisen suhteen määrittely on ollut eräs keskeinen oikeusfilosofisia koulukuntia toisistaan erottava piirre. Tunnettua on yhtäältä *luonnonoikeuden* tapa hahmottaa läheinen ja välttämättömänä nähty yhteys oikeuden ja arvojen välillä. Luonnonoikeus voidaan pelkistää opiksi, jonka mukaan oikeuden on oltava tiettyjen annettujen moraalisten arvojen toteuttamista. Oikeuden alalla omaksutut normit ovat hyväksyttäviä, kun ne joko toteuttavat mainittuja arvoja tai eivät ole niiden kanssa ristiriidassa. *Oikeuspositivismi* kiistää lain ja moraalisten arvojen välisen suhteen välttämättömyyden ja selittää lain pätevyuden inhimillisen päätöksenteon avulla. Lain säännöt ovat päteviä,

* *Matti Ilmari Niemi*, OTT, professori, Itä-Suomen yliopisto.

1. Artikkelin perustana ovat kaksi englanninkielistä artikkeliani *Law as an Expression of Adopted Justice*, s. 141–159, teoksessa Jorge Luis Fabra-Zamora ja Gonzalo Villa Rosas (eds), *Conceptual Jurisprudence, Methodological Issues, Classical Questions and New Approaches*. Law and Philosophy Library, vol 137. Springer Cham 2021, https://doi.org/10.1007/978-3-030-78803-2_9 ja *Objectivity of Legal Knowledge: The Challenge of Scepticism*, s. 105–125, teoksessa Gonzalo Villa Rosas – Jorge Luis Fabra-Zamora (eds), *Objectivity in Jurisprudence, Legal Interpretation and Practical Reasoning*. Edward Elgar Publishing 2022. Taustasta johtuen lähdemateriaali on englanninkielistä ja kansainvälistä.

kun niistä on päätetty pätevällä eli yhteiskunnassa omaksutulla tavalla. Tiettyjä annettuja arvoja ei positivismiin mukaan voida pitää määräävinä lähtökohtina, vaan lain ja arvojen välinen suhde on satunnainen.

Artikkelin kirjoittaja näkee oikeuden ja moraalisten arvojen välisen suhteen välttämättömänä. Oikeuden normit ovat ilmauksia yhteisön omaksumista arvoista. Normien tiedostaminen eli niiden ymmärtäminen eli tulkinta edellyttää normien perustana olevien arvojen ymmärtämisen. Tulkinnan edellytetään olevan objektiivista. Objektiivisuus on kuitenkin heikkoa, koska tiedon kohteena eivät ole tosiseikat vaan yhteisön omaksumat normisto ja arvot.

Objektiivisuus on eräs hyväksyttävänä pidetyn tiedon keskeisistä ominaisuuksista. Erilainen tapa selittää lainopillisen tiedon objektiivisuus on eräs keskeisiä erottavia tekijöitä luonnonoikeuden ja positivismiin välillä. Luonnonoikeuden mukaan lainopillinen tieto on objektiivista, kun se on yhdenmukaista tai ristiriidatonta tiettyjen annettuna pidettyjen arvojen kanssa. Positivismi kiistää tämän yhteyden välttämättömyyden. Positivistin mukaan objektiivisuus perustuu normien asettamisen menettelyjen noudattamiseen.

Näen *David Humen* ajattelun tärkeänä yleisfilosofisena taustana positivistiselle ajattelulle. Objektiivisuuden osalta huomio kiinnitetäänkin Humen ajatteluun ja lainopillisen tiedon objektiivisuuteen positivismiin mukaan.

2. Oikeuden ja moraalin välisestä suhteesta

Luonnonoikeuden mukaan oikeus on tietyn annetun oikeuden mukaisuuden toteutuma. Oikeuden normien pätevyys perustana on yhdenmukaisuus tiettyihin annettuihin moraalien oikeuden mukaisuuden periaatteisiin. Periaatteet suojelevat inhimillisiä perustarpeita. Siksi moraalien periaatteet oletetaan yleispäteviksi, objektiivisiksi ja annetuiksi, ja oikeuden ja moraalin välillä vallitsee välttämätön suhde. Pätevät ja ongelmattomat oikeuden normit lain muodossa ovat yhdenmukaiset tai ainakin ristiriidattomat näiden moraalien periaatteiden kanssa. Tietyt annetut moraalien normit muodostavat näin ollen oikeuden peruseriaatteet, ja siksi kaikilla hyväksyttävillä inhimillisillä oikeusjärjestyksillä on yhteinen perusta.

Oikeuspositivismiin mukaan oikeus on faktuaalinen, valtiossa tai muussa yhteisössä tietynlaisina tosiseikkoina eli lakina ilmenevä asia. Positivistin näkee lain yhteisössä erityisissä menettelyissä asetettuina sääntöinä ja päätöksinä sekä inhimillisen tahdon tuotteina. Oikeus on sen sisältöinen kuin se valtion tai muun yhteisön päätöksentekomenettelyssä lakina asetetaan. Laki ei ole välttämättömässä riippuvuussuhteessa oikeuden mukaisuuteen tai moraalisiin. Suhde on satunnainen. Moraali ymmärretään positivismiin piirissä usein henkilökohtaisina

tunteina tai mielipiteinä, siis subjektiivisena asiana. Siksi se ei voi olla määräävässä asemassa suhteessa yhteisön oikeuteen.

En hyväksy kumpaakaan edellä kuvatuista näkemyksistä sellaisenaan, vaikka niistä on otettu keskeisiä vaikutteita. Oikeus nähdään tässä valtion tai muun yhteisön arvojen ilmentymänä ja arvojen ilmaisemisen tärkeimpänä tapana. Toisaalta päätelyn lähtökohtana eivät ole tietyt annetut moraalin tai oikeudenmukaisuuden periaatteet. Yhteisössä sen sijaan vahvistetaan tietyt oikeudenmukaisuuden tai moraalin periaatteet, kun yhteisössä asetetaan oikeuden normeja säädösten tai ennakkopäätösten muodossa. *Voimme päätellä yhteisön omaksumat arvot ja oikeudenmukaisuuden tai moraalin periaatteet yhteisössä asetettujen oikeuden normien perusteella.* Arvot ja oikeudenmukaisuuden periaatteet ovat *objektiivisia*, kun ne ilmenevät asetettujen oikeuden normien perustana ja/tai taustana. Näitä arvoja ja periaatteita tulee myös käyttää oikeudellisen *tulkinnan* ja *päätöksenteon perusteina*.

Suhteessa moraaliiin ja etiikkaan tämä näkökulma on rajoittunut kahdessa eri suhteessa. Ensiksi sen avulla voidaan päätellä vain sellaisista arvoista, joihin otetaan kantaa, suoraan tai epäsuorasti oikeuden normien avulla ja muodossa. Toiseksi arvoja tarkastellaan vain asetettujen oikeuden normien vahvistettuna taustana ja perustana. Kysymys on *oikeudellisesta näkökulmasta*. Tämä näkökulma ilmenee ennen kaikkea lainopillisena tietona eli oikeuden ymmärtämisenä ja tulkintana, jota tuomarit ja oikeustieteen tutkijat harjoittavat.

Omaksutun lähestymistavan mukaan oikeudellisessa tulkinnassa *säädösten* tekstejä ja/tai *ennakkopäätöksiä* pidetään *lähtökohtana*. Toisaalta niitä pidetään *oikeudenmukaisuuden* ja muiden omaksuttujen *aineellisten perusteiden ilmentäjinä*, suoraan tai epäsuorasti. Valtiossa tai muussa yhteisössä omaksutaan tiettyjä oikeudenmukaisuuden periaatteita, arvoja ja muita aineellisia perusteluja ja samalla vahvistetaan niiden asema osana yhteisön oikeusjärjestelmää, kun niitä toteuttavia tai ilmentäviä säädöksiä tai ennakkopäätöksiä annetaan. Omaksuttu ja vahvistettu oikeudenmukaisuus voidaan osoittaa säädösten ja ennakkopäätösten avulla. Lainopillinen tieto, joka ilmenee tulkintana ja oikeusjärjestelmän ymmärtämisenä on yhdistelmä lain pintatasoa koskevaa *muodollista* ja sen perustaa koskevaa *aineellista tietoa*.² Nämä tiedon elementit ovat vuorovaikutuksessa keskenään.

2. Oikeuden tasoista, ks. Kaarlo Tuori, *Critical Legal Positivism*. Routledge 2001, alk. s. 147.

3. Luonnonoikeudellisesta näkemyksestä

Luonnonoikeudella oli Euroopassa hallitseva asema keskiajalta 1800-luvulle saakka. Luonnonoikeuden varhaisten oppien mukaan oikeusnormit olivat erityistapaus moraalien normeista. *Tuomas Akvinolaisen* mukaan laki on käytännöllisen järjen vaatimus ja sellaisena ikuinen jumalallisen syyn ilmentymä.³ Jumala asetti oikeuden ihmisen mieleen niin, että hän saattoi tuntea sen luonnostaan.⁴ Luonnonoikeus on rationaalisen ihmisen osallisuutta ikuiseen ja jumalalliseen oikeuteen.⁵ Lisäksi, *Aristoteleen* filosofiaa seuraten, Tuomas Akvinolainen piti oikeutta ennen kaikkea yleisen edun toteuttajana.⁶

Ihmisen pätevällä ja hyväksyttävällä oikeudella on näin ollen uskonnollinen perusta. Luonnonoikeudella onkin ollut vahva kytkentä kristinuskoon ja erityisesti katoliseen kirkkoon.

Myöhemmän sekularisoituneen luonnonoikeudellisen ajattelun osalta huomio kannattaa kiinnittää *John Finniisiin*. Hänen mukaansa luonnonoikeus voidaan ymmärtää ilman välitöntä kytkentää kristinuskoon.⁷

Ihmistä turvaavat oikeudenmukaisuuden periaatteet ovat keskeisessä asemassa luonnonoikeudessa. Ne ovat *ikuisia ja muuttumattomia*; niillä ei ole historiaa.⁸ Periaatteet ovat tiettyjä, annettuja ja pysyviä, koska ihmiset ovat tietynlaisia pysyvällä tavalla.⁹ Periaatteet ovat tavallaan inhimillisen järjen perusilmauksia. Luonnonoikeus näyttäytyy *staattisena* oppina, mikä on ollut yksi keskeisimmistä oikeuspositivistien esittämän kritiikin kohteista.¹⁰

3. Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* Translated by Fathers of the English Dominican Province. 1943. http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1225-1274,Thomas_Aquinas,_Summa_Theologiae_%5B1%5D,_EN.pdf, first part of the second part, question 91, article 1 (II, I, 91, 1).

4. Aquinas 1943, I, II, 90, 4. Tuomas Akvinolaisen esityksessä tietty, annettu ja määrätty Jumalan tahto on asetettu moraalien ja lain perustaksi. Tämä on voluntarististen luonnonoikeusteorioiden perusta. Ks. Brian Bix, *Natural Law: The Modern Tradition*, s. 61–103 teoksessa Jules Coleman – Scott Shapiro (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford University Press 2002, s. 68.

5. Aquinas 1943, II, I, 91, 2. Ks. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press 1980, s. 398.

6. Aquinas 1943, II, I, 90, 3.

7. Finnis 1980, s. 49, 402 ja 403; Bix 2002, s. 67. Ks. myös John Finnis, *Natural Law: The Classical Tradition*, s. 1–60 teoksessa Jules Coleman – Scott Shapiro (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford University Press 2002, s. 6.

8. Ks. Finnis 1980, s. 24 ja Finnis 2002, s. 1.

9. Ks. esimerkiksi tiedon arvo (“knowledge is good”) yhtenä perusarvona ja sen suojaaminen yhtenä käytännöllisenä perusperiaatteena. Finnis 1980, s. 64.

10. Ks. esim. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*. Translated by Anders Wedberg. Russell & Russell 1961, s. 399 ja H.L.A Hart, *The Concept of Law*. 2nd edition. Oxford University Press 1994, s. 92.

Luonnonoikeuden oppien mukaan *positiivinen* eli ihmisen tekemä *laki* saa *pätevyytensä* annetuista periaatteista kahdella tavalla. Ensiksi johtopäätöksinä luonnonoikeuden annetuista periaatteista ja toiseksi tiettyjen yleisten lähtökoh-
tien konkretisointeina.¹¹Jälkimmäisen vuoksi luonnonoikeuden periaatteista voidaan tehtä erilaisia johtopäätöksiä. Näin ollen positiiviset oikeusjärjestykset ovat erilaisia eri paikoissa ja eri aikoina. Liikkumavara on kuitenkin rajoitettu. Positiivisen oikeuden – ollakseen hyväksyttävä – on täytettävä annettujen periaatteiden vaatimukset. Nämä periaatteet eivät kuitenkaan anna tarkkoja tai lopullisia vastauksia yhteiskunnan sääntötarpeeseen.¹² Toisin sanoen luonnonoikeus on määräävässä asemassa suhteessa positiiviseen oikeuteen, mutta luonnonoikeus on riittämätön tässä suhteessa. Siksi tarvitaan erillinen positiivinen oikeus. Inhimillisestä heikkoudesta ja käytännöllisistä syistä johtuen esimerkiksi menettelyjä ja muotoja koskevat sääntelyt ovat tarpeen.¹³ Perimmältään ne on Finnin mukaan kuitenkin omaksuttu ihmisen suojaamiseksi.¹⁴ Lisäksi tarvitaan lainopillista tulkintaa.¹⁵

Positiivinen oikeus voi osoittautua ristiriitaiseksi luonnonoikeuden kanssa. Muodollisesta pätevytydestä huolimatta positiiviselta oikeudelta voi puuttua aineellinen oikeutus ja lain auktoriteetti.¹⁶

Luonnonoikeuden oppien mukaan laki on lähtökohtaisesti universaalinen asia. Oikeusjärjestelmien väliset erot ovat toissijaisia. Totuus ja oikeudenmukaisuus ovat kaikille samat ja kaikkien todettavissa. Näitä lähtökoh-
tia pidettiin itsestään selviä, mutta niiden havaitseminen edellyttää ymmärtämistä ja kypsää päättelyä.¹⁷ Luonnonoikeuden keskeisimpiä periaatteita pidetään annettuina ja muuttumattomina, eikä niiden oikeellisuutta tarvitse osoittaa.¹⁸

Finnis leikkaa luonnonoikeudelliselta ajattelulta välittömän yhteyden uskontoon. Oikeutta ja vääryyttä koskevat periaatteet johdetaan ensimmäisistä eli peruseriaateista. Johtaminen tapahtuu käytännöllistä järjeä ilmentävien välittävien periaatteiden avulla. Peruseriaatteita ei sen sijaan johdeta mistään.¹⁹ Finnin pitää niitä oikeutettuina sellaisenaan. Luonnonoikeuden menetelmä ilmenee työstämällä moraalien eli luonnonoikeuden periaatteita, jotka perustuvat

11. Aquinas 1943, II, I, 91, 3 ja II, I, 95, 2. Ks. myös Brian Bix, *Natural Law Theory*, s. 223–240 teoksessa Dennis Patterson (ed), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Blackwell Publishers 1996, s. 225.

12. Finnis 1980, s. 28.

13. Aquinas 1943, II, I, 95, 1 ja II, I, 96, 2 ja 3 ja II, I 97, 1 ja 2.

14. Finnis 2002, s. 30 ja 34.

15. Finnis 2002, s. 38.

16. Aquinas 1943, II, I, 95, 2. Ks. myös Finnis 1980, alk. s. 354; Bix 1996, s. 226 ja Finnis 2002, s. 12 ja 22.

17. Aquinas 1943, II, I, 94, 4 ja Finnis 1980, s. 31.

18. Bix 1996, s. 225.

19. Finnis 1980, s. 33 ja Bix 1996, s. 229.

peruseriaatteisiin. Tavoitteena on osoittaa syitä, joiden vuoksi tulee toimia ja käyttäytyä tietyllä tavalla.²⁰

Sekä Tuomas Akvinolainen että Finnis pitävät positiivista oikeutta hyväksyttävänä osana oikeuden järjestelmää, kun se on asetettu luonnonoikeuden periaatteiden ehdoilla. Myös lainopillinen tieto on käytännöllistä päättelyä luonnonoikeuden periaatteiden ehdoilla.²¹

Luonnonoikeudellisessa ajattelussa lain piiri näyttää laajalta ja avoimelta aineelliselle päättelylle. Kaikki käytännölliseen järkeen perustuvat moraaliset argumentit ovat osa oikeudellista päättelyä, ja niiden objektiivisuus on taattu. Oikeudenmukaisuutta ja ihmisarvoja edistävät argumentit ovat luonnollisia oikeudellisia argumentteja.²² *Contra legem* -tulkinnat ja tuomiot, eli poikkeamat säädöksistä tai ennakkopäätöksistä ovat hyväksyttäviä ratkaisuja, kun ne perustuvat objektiivisiin moraalien periaatteisiin.

4. Kritiikki luonnonoikeutta kohtaan

Keskityn *John Finnisin* omaksumaan sekulaariin tulkintaan luonnonoikeudesta. Se näyttäytyy paitsi kritiikin kohteena myös positiivisten vaikutteiden antajana. Toisaalta *Tuomas Akvinolainen* vaikuttaa taustalla. Pysin osoittamaan luonnonoikeudellisen ajattelun perustan puutteellisuuden ja sen epärelevanttiuden lainopillisen tiedon ja lainopin kannalta.

Annettuna ja jumalallisena pidetyn järjestyksen sivuuttaminen merkitsee luonnonoikeudellisen teorian aiemmin omaksutun perusteiden sivuuttamista. Toisaalta näistä perusteista jo aiemmin tehdyt johtopäätökset omaksutaan edelleen Finnisin teorian annettuina lähtökohtina. Toisin sanoen, vaikka jo aiemmin omaksuttujen aksioomien perusta sivuutetaan, *samat aksioomat omaksutaan edelleen teorian annettuina lähtökohtina*.

Myös Finnisin mukaan luonnonoikeudellisen ajattelun keskeisillä periaatteilla ei ole historiaa. Ne ovat itsestään selviä. Toisin sanoen Finnisin teorian aksioomat otetaan annettuina, eikä niitä oikeuteta tai selitetä.

Finnisin luettelemat *inhimillisen hyvän perusmuodot* ovat epäilemättä relevantteja. Ne ovat oikeudellisen suojan keskeisiä kohteita. Niiden ymmärtäminen ei kuitenkaan kerro niiden suojelusta. Ei ole mahdollista päätellä inhimillisten hyvien oikeudellista suojaa pelkästään hyviä tiedostamalla. Suoja voidaan jär-

20. Finnis 1980, s. 103.

21. Aquinas 1943, II, I, 95, 2 ja Finnis 1980, s. 281. Ks. myös Bix 1996, s. 223.

22. Finnis 2002, s. 1, 18 ja 28. Lainopillisen, eettisen ja poliittisen keskustelujen väliset rajalinjat ovatkin heikot ja suhteelliset.

jestää monella tavalla, ja suoja voi olla aukollinen. Suojan järjestäminen viittaa oikeutta koskevaan tietoon.

Käytännöllinen päättely muodostaa epäilemättä keskeisen ulottuvuuden lainopillisessa tiedossa. Se ei kuitenkaan riitä lainopillisen tiedon perustaksi. Käytännöllinen päättely viittaa *aineellisiin argumentteihin*. Ne ovat tärkeitä lainopillisessa päättelyssä, mutta ne ovat *toissijaisessa* asemassa. Viittaukset säädöksiin ja ennakkopäätöksiin ovat ensisijaisessa asemassa. Toisin sanoen *viittaukset välittuihin tapoihin, joilla* keskeisiä inhimillisiä *hyviä suojataan* näyttäytyvät *ensisijaisina* lainopillisina argumentteina. Lisäksi käytännöllisen päättelyn hallinta osoittaa kyvyn hallita lainopin metodia. Päättelyn *sisältö* viittaa ensisijaisesti oikeuslähteisiin, erityisesti säädöksiin ja ennakkopäätöksiin.

Annetut inhimilliset hyvät eivät muodosta lainopillisen tiedon tai päättelyn lähtökohtia. Omaksutut ja asetetut hyvien *suojamuodot muodostavat* sen sijaan lähtökohdan. Lähtökohdana ovat asetetut ja voimassa olevat positiivisen oikeuden säännökset ja ennakkopäätökset. Niiden avulla voidaan tehdä johtopäätöksiä siitä, mitä hyviä suojataan, sekä miten ja missä määrin suoja annetaan. Toisin sanoen oikeuden muodollinen puoli on ensisijaisessa ja aineellinen puoli toissijaisessa asemassa. Kysymys ei kuitenkaan ole argumenttien tärkeys- vaan loogisesta järjestyksestä.

Olettama universaalista oikeusjärjestelmästä ei ole lainopin puitteissa toimiva tai tuomareiden tai lainoppineiden omaksuma lähtökohta. Lähtökohdana ovat kansallisen tai vastaavan oikeusjärjestelmän säännöt, käytännössä säädökset ja ennakkopäätökset, joiden avulla voidaan päätellä suojellut inhimilliset hyvät ja tavat, joilla suoja toteutetaan osana kysymyksessä olevaa järjestelmää.

Luonnonoikeus näyttäytyy pikemminkin eettisenä kuin oikeudellisena teorianä, joka olisi relevantti lainkäytön tai lainopin perustana.²³

5. Positivistisesta näkemyksestä

Oikeuspositivismiin nousu Euroopassa 1800-luvulla ja 1900-luvun alkupuolella on helppo yhdistää Valistuksen ja eräiden muiden aatteiden vaikutukseen, filosofiseen positivismiin, maallistumiseen, kansallisvaltioiden syntyyn ja lakikodifikaatioiden omaksumiseen. Uudessa modernissa Euroopassa luonnonoikeus näyttäytyi menneen maailman opilta. Kiinnitän tässä huomion *Hans Kelsenin* eksklusiivisen ja *H.L.A Hartiin* inklusiivisen positivismin edustajina.

23. Myös Bixin mukaan luonnonoikeuden teoriassa on usein vähän jollei mitään tekemistä lain kanssa viimeksi mainitun termin tavanomaisessa merkityksessä. Bix 2002, s. 70. Ks. myös Finnis 2002, s. 4.

Kaksi positivistisen ajattelun tärkeintä tunnusmerkkiä ovat ns. sosiaalinen ja erottelu -teesit.²⁴ Niiden mukaan lain säännöt ilmenevät päätöksinä ja tosiseikkoina samoin kuin muut sosiaaliset tosiseikat, eikä lain ja moraalin välillä ole välttämätöntä yhteyttä.

Sosiaalista teesiä noudattaen Kelsen määritteli lain säännöt säädösten osoittamiksi oikeudellisiksi *faktoiksi* ja *lainsäätäjän* tahdoksi.²⁵ Hartille laki ilmeni oikeusjärjestelmänä ja pätevinä sääntöinä, jotka osoitettiin *tunnistamissäännön* avulla. Hänelle lain olemassaolo oli sosiaalinen ilmiö.²⁶

Kelsenille lain säännöt säädösten sisältönä – pohjimmaltaan ns. imputaationa oikeudellisen pitämisen muotona – ovat määriteltyjä ja olemassa olevia kohteita, joihin lainopin väitelauseet viittaavat. Väitteet ovat tosia tai epätosia, ja todet väitteet ovat arvovapaita ja objektiivisia kuvauksia kohteistaan. Kelsen tukeutuu lisäksi korrespondenssiin totuuden määritelmänä. Pätevät lain säännöt ovat sosiaalisia tosiseikkoja, ja maailmassa on *erityinen todellisuuden osa*, jonka oikeuden säännöt muodostavat ja jota lainoppi kuvaa.²⁷ Toisaalta oikeussääntöjen todellisuus eroaa muusta havaittavasta todellisuudesta. Sääntöjen olemassaolo merkitsee *pätevyyttä*, joka ilmentää lainsäätäjän tahtoa erityisessä ei-psykologisessa merkityksessä.²⁸

Näiden lähtökohtien avulla Kelsen määritteli lainopin hyväksyttävänä ja itenäisenä tieteenä. Hyväksyttävyyden kriteerit palautuvat filosofiseen positivismiin, ja ovat selitettävissä sen luomalla paineella. Lisäksi lainopillisissa väitelauseissa ei näytä olevan sijaa arvostuksille. Esimerkiksi tulkintalause, joka sisältää viittauksia oikeudenmukaisuuteen, on tuomittu olemaan subjektiivinen.

Hartille oikeussääntöjen ja -järjestyksen olemassaolo perustui yhtäältä sosiaalisiin tosiseikkoihin mutta toisaalta olemassaoloon ilman erityisiä ontologisia sitoumuksia sääntöjen tasolla. Sääntöjen olemassaolo perustui kuulumiseen oikeusjärjestelmään. Pätevyys merkitsi Hartille tiettyä tapaa ymmärtää kieltä, joka merkitsi hänelle tosiasiallista, kontingenttia ja omaksuttua käytäntöä.²⁹ Pätevyyden kriteeri viittaa puolestaan tiettyihin tunnistamissääntöihin, jotka

24. Jules L. Coleman and Brian Leiter, Legal Positivism, s. 241–260 teoksessa Dennis Patterson (ed), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Blackwell Publishers 1996, s. 241.

25. Hans Kelsen, Pure Theory of Law. University of California Press 1970, s. 73 ja 79.

26. Hart 1994, s. 201.

27. Kelsen 1970, s. 4 ja Hans Kelsen, A 'Realistic' Theory of Law and the Pure Theory of Law: Remarks on Alf Ross' On Law and Justice, s. 195–221 teoksessa Luis Duarte d'Almeida – John Gardner – Leslie Green (eds), Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law. Hart Publishing 2013, s. 196.

28. Kelsen 1961, s. 30, 46 ja 153, ja Kelsen 1970, s. 4, 72 ja 76.

29. Ks. H.L.A. Hart, The Ascription of Responsibility and Rights, s. 145–166 teoksessa Antony Flew (ed), Logic and Language. Basil Blackwell 1960; H.L.A. Hart, Definition and Theory in Jurisprudence, s. 21–48 teoksessa H.L.A Hart. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford University Press 1984 (Hart 1984 a) ja Hart 1994, s. 94. Wittgensteinin vaikutus on tältä osin ilmeinen. Myös Hart palauttaa käsitteen merkityksen sen tosiasialliseen käyttämiseen. Ks. Wit-

on omaksuttu tiettyssä yhteisössä tiettyinä ajankohtana. Tämä kriteeri palautuu puolestaan tiettyyn vakiintuneeseen käytäntöön tiettyssä yhteisössä tiettyinä ajankohtana.³⁰ Pätevyyden perustana on myös oikeuden toimijoiden omaksuma oikeudellisen velvoittavuuden tunne. Velvoittavuus ilmenee paineena tunnistaa pätevät säännöt. Käytännössä tunnistamissääntöjen olemassaolo merkitsee tuomareiden ja muiden viranomaisten omaksumaa käytäntöä. Myös Hart palauttaa pitämisen olemiseen.³¹

Sosiaalinen ja erotteluteesi merkitsevät yhdessä *lain* ja *moraalin* olennaista eroa. Oikeussääntöjen kuvaaminen eroaa selkeästi moraalista arvostamisesta. Oikeussääntöjen olemassaolo on sosiaalinen tosiseikka, mutta moraalinen peruste merkitsee henkilökohtaista tai henkilökunnan mielipidettä, arvostelmaa, tunnetta tai henkilökohtaista etua; toisin sanoen subjektiivista asiaa mutta ei kuvausta yhteiskunnasta.³²

Positiivistisen ymmärryksen mukaan lain piiri on suppea; käytännössä se rajoittuu virallisiin oikeuslähteisiin. Muunlaista lakia ei ole. Oikeudelliset perusteet ovat objektiivisia ja muodollisia perusteita, jotka viittaavat säädöksiin tai ennakkopäätöksiin. Moraalinen argumentointi, joka sisältää oikeudenmukaisuus- tai muita sisällöllisiä argumentteja, on sen sijaan subjektiivista ja ei-oikeudellista arvostamista. Moraalinen argumentointi ei näin ollen voi olla osa lainopillista tietoa, mutta – toisaalta – se voi näyttäytyä voimassa olevan oikeuden kritiikkina. Tämä kritiikki sijoittuu kuitenkin voimassa olevan oikeuden piirin ulkopuolelle, vaikka kritiikki kohdistuisikin voimassa olevaan oikeuteen osana oikeudellista keskustelua.

Tuomari joutuu kuitenkin käyttämään edellä subjektiivisina pidettyjä arvostelmia osana oikeudellista harkintaansa. Positiivistien mukaan tuomari toimii tällöin lainsäätäjänä eli luo uutta oikeutta. Säätämättömissä tilanteissa tai vaikeissa tapauksissa laki osoittautuu puutteelliseksi, ja tuomari joutuu toteuttamaan rajoitettua lainsäätäjän tehtävää. Tämä on keskeinen osa Kelsenin teoriaa.

tgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigations*, I. Blackwell Publishers 1958, s. 399. Voimassa olevan oikeuden dynaamisesta luonteesta, ks. myös Kelsen 1961, s. 399.

30. Hart 1994, s. 101 ja 109. Viranomaistoiminnan keskeisestä merkityksestä Hartille oikeussääntöjen olemassaolon perustana. Ks. Grant Lamond, *The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System*, s. 97–122 teoksessa Luis Duarte – Andrea Dolcetti (eds), *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. Hart Publishing 2013, s. 110.

31. Sekä Kelsen että Hart määrittelevät ratkaisevan kohdan, jossa pitämisen maailma palautuu olemisen maailmaan. Kelsen määrittelee oikeussäännöt tosiseikoiksi, joilla on pitämisen sisältö. Hart puolestaan määrittelee tunnistamissääntöjen, joka on yhtäältä normi ja toisaalta tosiseikka yhteiskunnassa. Ks. Kelsen 1970, s. 4 ja Hart 1994, s. 100–110.

32. Tulkitsen Kelsenin ja Hartin tekstit siten, että ne ilmaisevat emotivistisen tai subjektivistisen näkemyksen moraalista. Ks. Kelsen 1970, s. 63; Hans Kelsen, *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*. *Yale Law Journal* 57(3) 1948, s. 377–390; Hart 1994, s. 200 ja H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, s. 49–87 teoksessa H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford University Press 1984 (Hart 1984 b), s. 82.

Hän kutsuu uusia tuomarin antamia sääntöjä yksilöllisiksi oikeussäännöiksi.³³ Hart omaksuu samanlaisen näkemyksen oikeudellisesta harkinnasta.³⁴

6. Kritiikki positivismia kohtaan

Oikeuspositivismia voidaan kritisoida *väärinymmärryksestä*, joka kohdistuu säädöksiin ja ennakkopäätöksiin sekä niiden asemaan ja merkitykseen modernissa yhteiskunnassa. Historialliset syyt sille ovat ilmeiset.

Valistuneiden valtioiden rakentajat ja kannattajat näkivät uudenlaisen Euroopan joukkona erilaisia yhteiskuntia verrattuna aiempaan. Uudenlainen valtio oli irrotettu aiemmasta esimodernista Euroopasta, ja hallitseva yhteys uskontoon pyrittiin eliminoimaan. Perinteen asemesta valistunut ja moderni valtio pyrittiin rakentamaan järkisyille. Kansallista lakia pidettiin kansan tahdon ilmauksena, joka ilmaistiin säädösten muodossa. Laki ei ollut enää ilmaus perinteestä vaan ilmaus vaihtelevasta lainsäätäjän eli kansan tahdosta. Myös positivistinen käsitys oikeudesta on epähistoriallinen, mutta eri tavalla kuin luonnonoikeus.

Positivistinen käsitys laista on liian kapea niin kuin *Ronald Dworkin* on osoittanut.³⁵ Modernin valtion periaatteiden omaksuminen ei pakota omaksumaan kapeaa käsitystä laista. Lisäksi positivismiin sisältyy muita vakavia ongelmia. Molemmat positivismiin pääteesi, sosiaalinen ja erotteluteesi voidaan kyseenalaistaa.

Positivismiin mukaan laki ilmenee sosiaalisina tosiseikkoina. Nämä tosiseikat ovat säädösten säännöksiä ja ennakkopäätöksiä, joita tuomarit ja lainoppineet kuvaavat ja soveltavat. *Kelsenin* mukaan säädökset ovat päätösten muodossa ilmeneviä ilmauksia lainsäätäjän tahdosta. *Hartin* mukaan pätevät säädökset ja ennakkopäätökset tunnustetaan tunnustamissäännön avulla eli viime kädessä tuomareiden ja muiden viranomaisten omaksuman toiminnan muodossa.

Laki sosiaalisina tosiseikkoina eroaa moraalista olennaisella tavalla, joko ehdottomalla (eksklusiivinen positivismi) tai kontingentilla tavalla (inklusiivinen positivismi).

Lainopillinen tieto sosiaalisten tosiseikkojen kuvauksena voidaan asettaa kyseenalaiseksi, jos sen perustana oleva kapea käsitys laista voidaan kiistää. Oikeudenmukaisuuteen ja arvoihin viittaavien *periaatteiden* omaksuminen osaksi lainopillista tietoa riittää kyseenalaistamaan positivistisen käsityksen laista. Siksi periaatteilla on keskeinen rooli Dworkinin kritiikissä positivismia kohtaan.

33. Kelsen 1970, s. 234 ja alkaen s. 237.

34. Hart 1994, s. 252.

35. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press 1977, alkaen s. 22.

Kritiikissä periaatteiden voidaan katsoa yhdistävän lain ja moraalin välttämättömällä tavalla. Dworkin näkee periaatteet oikeudenmukaisuuden ja arvojen ilmentyminä, ja hänen opissaan periaatteet ovat riippumattomia säädösten tai ennakkopäätösten olemassaolosta ja sanamuodoista.³⁶

Oikeudellisessa päättelyssä käytetään myös *muuta aineellisia perusteita*. Ne viittaavat yhteiskunnallisiin, hallinnollisiin tai taloudellisiin päämääriin, tavoiteisiin ja tulkinta- tai päätösvaihtoehtojen seuraamuksiin. Aineelliset perusteet tulee nähdä säädösten ja ennakkopäätösten olennaisena perustana. Ne ovat säädösten ja ennakkopäätösten *oikeutuksia* ja *selityksiä*. Siksi on luonnollista ja oikeutettua käyttää aineellisia perusteita oikeudellisen päätöksenteon ja tulkinnan perusteina. Lisäksi kehittynyt lainopillinen tulkinta ja päätöksenteko sisältävät muunlaisia relevantteja ja soveltuvia aineellisia perusteita, jotka ovat riippumattomia säädöksien ja ennakkopäätösten olemassaolosta ja niiden sanamuodoista.

Analoginen tulkinta eli tukeutuminen säännöksiin tai ennakkopäätöksiin, jotka eivät ole suoraan sovellettavissa, oikeutetaan päämäärillä, periaatteilla, tavoitteilla tai seuraamuksilla. Ne osoittavat lähtökohtaisesti soveltumattomat säännöt, joita kuitenkin sovelletaan. Sama koskee vastaavasti lain aukkotilanteita ja ns. *contra legem* -ratkaisuja. Kysymys on Dworkinin tarkoittamista vaikeista tapauksista.

Vetoaminen aineellisiin perusteisiin on *aineellista laintulkintaa*, joka täydentää ja voi jopa syrjäyttää muodolliset perusteet eli soveltuvat säädökset tai ennakkopäätökset. Muodolliset perusteet eivät muodosta riittävää perustaa laintulkinnalle, vaan tulkinta sisältää myös aineellisen oikeuttamisen.

Lainopillisessa tiedossa kysymys ei ole voimassa olevan oikeuden kuvaamisesta todellisuuden osana vaan sen *ymmärtämisestä* normatiivisena ja merkityksellisenä kokonaisuutena ja oikeutetulla tavalla. Kuvaaminen ja ymmärtäminen nähdään tällöin selkeästi erilaisina tiedollisina toimintoina.

Ymmärtäminen kohdistuu soveltuviin säädöksiin tai ennakkopäätöksiin, mutta se ottaa huomioon myös soveltuvat aineelliset perusteet. Tämä on edistyneen lainopillisen tiedon todellinen luonne ja sisältö. Näin ollen on selvää, että lainopillinen tieto sisältää ja edellyttää muodollisesti pätevän ja aineellisesti oikeutetun lain molemmat ulottuvuudet sekä *lain ja moraalien välttämättömän yhteyden*, eikä kysymys ole tosiseikkojen kuvaamisesta tai havaitsemisesta.

36. Ks. tältä osin myös Finnisin kritiikki oikeuspositivismia kohtaan. Finnis 1980, s. 11–16 ja 18–19. Tältä osin Finnis viittaa myös Max Weberiin. Ks. Finnis 1980, s. 1.

7. Lain ja moraalin välisestä suhteesta lainopillisen tiedon perustana

7.1. Säädökset ja ennakkopäätökset lähtökohtana

Osana oikeuspositivismin kritiikkiä *oletin* edellä *lain ja moraal*in välisen välttämättömän yhteyden. Toisaalta luonnonoikeuden kritiikin yhteydessä *hylkäsin* tietynlaisen *periaatteiden järjestelmän oikeusjärjestelmän annettuna, määrävänä* ja välttämättömänä *perustana*. Edellytetty lain ja moraalin välinen suhde kaippaa näin ollen selvennystä.

Kysymys on *lainopillisesta* tulkinnasta eli *tiedosta* yleisen oikeustieteen alaan kuuluvana aiheena sekä *toimintana*, jota tuomarit ja lainoppineet harjoittavat. Minkälaisesta tiedosta on kysymys? Mikä on aineellisen oikeudenmukaisuuden ja arvojen rooli lainopissa?³⁷

Etiikan alalla on mahdollista edellyttää tiettyjä tai tietynlaisia inhimillisiä arvoja tarkastelun lähtökohtana. Lähtökohta viittaa tällöin annettuun universaaliin arvojen järjestelmään, jonka sovellutuksia omaksutut normit ovat. Tämä on myös luonnonoikeudellisten teorioiden lähtökohta. Se ei kuitenkaan toimi nykyajassa. *Oikeusjärjestelmien itsenäisyys*, erilaisuus ja riippumattomuus toisistaan on otettava vakavasti; olkoonkin, että erään nykyajan mielenkiintoisen piirteen muodostavat järjestelmien väliset erilaiset kytkennät. Tältä osin oikeuspositivistit ovat oikeassa.

Toisaalta oikeusjärjestelmillä on suuri joukko *samansisältöisiä normeja*, ja voidaan osoittaa yhteisiä arvoja myös erilaisten normien perustana. Tässä suhteessa luonnonoikeuden kannattajat ovat oikeassa. Tästä huolimatta jokainen *oikeusjärjestelmä on itsenäinen* järjestelmä ja itsenäinen lainopillisen tiedon kohde. Pätevä lainopillinen tieto on tietoa tietystä oikeusjärjestelmästä. Lainopin näkökulma ei ole universaali.

Oikeusjärjestelmien väliset erot eivät sulje pois tai rajoita oikeuden ja moraalin välistä välttämätöntä suhdetta. Lisäksi *järjestelmät jakavat laajasti samat arvot*. Toisaalta samoja arvoja tulkitaan eli sovelletaan ja painotetaan eri lailla. Samoja inhimillisiä hyviä voidaan suojella monilla erilaisilla tavoilla ja monien eri menettelyjen avulla. Ne voidaan myös hahmottaa eri tavoilla erilaisten käsitteiden ja systematiikoiden avulla. Sääntöjen, menettelyjen ja käsitteiden taustalla olevat arvot ovat yleisellä tasolla. Lainopin näkökulmasta olennaista ovat erilaiset tavat, joilla taustalla olevia arvoja toteutetaan ja sovelletaan. Nämä *erot sääntöjen, menettelyjen ja käsitteiden* tasolla ovatkin eri järjestelmien välisten erojen pääasiallinen sisältö, vaikka järjestelmät jakaisivat laajasti samat arvot.

37. Ks. tarkemmin lainopillisesta tulkinnasta artikkelissani Form and Substance in Legal Reasoning: Two Conceptions. Ratio Juris 2010, s. 479–492, 487.

Esimerkiksi tietyssä oikeusjärjestelmässä omaksuttu tasapaino kahden vastakkaisen periaatteen välillä, ilmaisten taustalla olevat arvot ja niiden painotukset, on määritelty ja ilmaistu lain sääntöjen avulla. Erot eri järjestelmien välillä ilmenevät erilaisten sääntöjen muodossa. Tunnustetut arvot sääntelyn perustana ja taustana eivät useinkaan ole sellaisenaan kiinnostuksen kohteena lainopillisessa tarkastelussa. Sen sijaan omaksuttu tasapaino sääntöjen muodossa ja arvoja toteuttavien periaatteiden välillä on kiinnostuksen kohteena. Lisäksi sääntelemättömissä tilanteissa tai tapauksissa asianmukainen tasapaino vastakkaisten periaatteiden välillä on päätettävä ilman soveltuvien oikeussääntöjen välitöntä tukea.³⁸

Sama pätee arvojen ja muiden aineellisten perusteiden väliseen suhteeseen sääntelyn perusteina.³⁹ Näitä yleisluonteisia aineellisia perusteita pidetään usein itsestään selvinä ja riidattomina sääntelyn perusteina. Mielenkiintoinen asia on sen sijaan aineellisen perusteen vaikutustapa ja painoarvo suhteessa muihin samoihin tilanteisiin soveltuviin aineellisiin perusteisiin. Kansalaisten suojatut oikeudet ovat usein jännitteessä yhteiskunnallisten tavoitteiden kanssa.⁴⁰

Pelkkä viittaus aineellisiin perusteisiin ei ole yleensä hyödyllinen lainopillinen argumentti. Niiden suhteen ei useinkaan vallitse epäselvyyttä tai erimielisyyttä. Merkittävä kysymys koskee sen sijaan tapaa, jolla arvoja tai tavoitteita käytetään osana lainopillista argumentointia ja erityisesti sitä, minkälainen painoarvo tai vaikutustapa niille annetaan osana lainopillista tulkintaa tai tuomiovallan käyttämistä.

Tarkoittaako edellä lausuttu, että tietyt arvot tai tavoitteet, usein periaatteiden muodossa ovat annettuja lainopillisen tulkinnan ja tuomiovallan käyttämisen lähtökohkia luonnonoikeuden oppien mukaisesti? Vastaukseni tähän kysymykseen on kielteinen. Olen jo tuonut esiin sen, että tietyt ihmisten tai muiden henkilöiden oikeudet eivät muodosta annettua lainopillisen tiedon lähtökohtaa. Omaksutut ja päätetyt oikeuksien suojan muodot muodostavat sen sijaan päättelyn lähtökohdan. Sen vuoksi vakiintuneen *lainopillisen päättelyn lähtökohdana* ovat voimassa olevat lain *säännökset* ja soveltuvat *ennakkopäätökset*. Niiden avulla osoitetaan oikeudet ja velvollisuudet sekä menettelytavat, joilla oikeuksia suojataan ja velvollisuuksia toteutetaan. Säännösten ja ennakkopäätösten avulla voidaan *osoittaa ihmisten ja muiden henkilöiden oikeudet ja erityisesti*

38. Ks. Dworkin 1977, alk. s. 24 ja alk. s. 35.

39. Ks. Dworkin 1977, alk. s. 82.

40. Aristotelisen ajattelun mukaan olettamana on, että henkilöiden edut voidaan palauttaa yleiseen hyvään eli yhteiskunnallisiin tavoitteisiin. Siksi niiden välillä ei voi olla todellista ristiriitaa. Nykyaikana henkilöiden oikeuksien ja yhteiskunnallisten tavoitteiden välistä jännitettä pidetään oikeudellisen sääntelyn ja tulkinnan keskeisenä kysymyksenä. Ks. Aristotle, *Nicomachean Ethics*. Translation by Christopher Rowe and Introduction and Commentary by Sarah Broadie. Oxford University Press 2002, book I, chapter 2, 1094b; Aquinas 1943, II, I, 91, 2; Finnis 1980, s. 214 ja Dworkin 1977, s. 22, 82 ja 90.

tavat, joilla suojaa annetaan tietyssä oikeusjärjestelmässä tietyllä hetkellä. Näin ollen sääntöjen voimassa olon perusteella voidaan päätellä omaksutut periaatteet.

7.2. Tulkinta omaksuttujen arvojen osoittamisen tapana

Lainopillisessa tulkinnassa on omaksuttu vakiintunut oikeudellisen argumentoinnin tapa. *Ensimmäinen vaihe* on *osoittaa soveltuvat säännökset tai ennakkopäätökset*. Ne ovat soveltuvia, jos ne osuvat tapauksen tai tilanteen tosiseikoihin. Niitä pidetään soveltuvina muodollisten seikkojen perusteella. Myös sääntelemättömissä tilanteissa tämä on ensimmäinen vaihe. Suoraan soveltuvien säännösten puuttuminen voidaan todeta, ja analogisesti soveltuvat säännökset voidaan osoittaa.

Ensimmäinen vaihe sisältää jo oikeudellista tulkintaa. Soveltamistapaus tai -tilanne on kuvattava ja hahmotettava oikeudellisten termien avulla. Keskeinen kysymys on, *miten tapaus tai tilanne on ymmärrettävä oikeudellisesti*. Onnistunut hahmotus edellyttää sekä soveltuvan oikeudellisen *käsitteistön* että *systematiikan* hallinnan. Niitä molempia on sovellettava, jotta soveltuvat normit voidaan osoittaa – myös helpoissa ja rutiinitapauksissa tai -tilanteissa. Tämä on ensimmäinen tärkeä vaihe oikeudellisessa tulkinnassa. Toisin sanoen oikeuden soveltamisen perinteisesti muodollisena pidetty puoli ja alkuvaihe sisältävät jo aineellista tulkintaa ja ymmärtämistä. Tulkinnan vaiheiden välinen ero on heikko ja suhteellinen.

Oikeustapauksen osapuolet voivat osoittaa eri eli kilpailevia säännöksiä soveltuvina säännöksinä. *Valinta* niiden kesken on myös oikeudellista tulkintaa. Olettamuksena on, että valitun säännöksen soveltuvuus saa *parhaan lainopillisen tuen*. Toisaalta ainoan esillä olevan soveltamisvaihtoehdon soveltuvuus on myös tarvittaessa perusteltava vastaavalla tavalla. Myös helpoissa valintatilanteissa menettelynä on perusteltu valinta vaihtoehtojen välillä, vaikka vaihtoehtoja ei tuotaisikaan näkyvästi esiin. Myös suoraan ja ilman vaihtoehtoja soveltuvan säännöksen soveltuvuus ja soveltaminen sisältää tulkintaa.

Periaatteet, tavoitteet ja tulkinnan vaihtoehtojen seuraamukset ovat käsillä jo tulkinnan tässä vaiheessa. Ne ovat aineellisia oikeuttavia perusteita oikeuden muodollisten syiden perustana. Säännöksen tai ennakkopäätöksen soveltaminen oikeutetaan aineellisilla perusteilla. Toisin sanoen myös muodollinen tulkinta oikeutetaan aineellisilla perusteilla. Näkyvästi ne tulevat ilmi ennen kaikkea poikkeustilanteissa, kun tavanomaisesta tulkinnasta poikkeava ratkaisu perustellaan.

Oikeudellisen 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. Sanamuotojen ymmärtäminen on lähtökohta mutta ei riittävää. Edistynyt lainopillinen tulkinta edellyttää sääntelyn aineellisten perustelujen ymmärtämisen.

Pidän selvänä, että kaikki oikeudellinen päätöksenteko ja tulkinta *oikeutetaan* viime kädessä *aineellisesti*.

Analogia- ja *sääntelemättömissä* tilanteissa periaatteet ja muut aineelliset perusteet tulevat näkyvästi esiin ja toimivat ensisijaisina perusteina. Suoraan sovellettavien säännösten puuttuessa päätös tai tulkinta oikeutetaan ensisijaisesti aineellisilla ja vasta toissijaisesti muodollisilla perusteilla.

Edellä kuvatulla tavalla perusteltu tulkinta edellyttää soveltuvan *systematiikan* ja *käsitteiden* hallinnan. Systemaattiset ja käsitteelliset perusteet vaikuttavat tulkinnassa samalla tavalla kuin tulkintaratkaisua puoltavat aineelliset perusteet. Viime kädessä myös systematiikan ja käsitteiden soveltaminen perustuu pyrkimykseen toteuttaa oikeudenmukaisuutta. Samanlaisia tapauksia ja tilanteita on arvioitava samalla tavalla, ja systematiikka ja käsitteet osoittavat ja kokoavat *samanlaiset tapaukset ja tilanteet* samanlaisen sääntelyn alaisuuteen.

Kuvatulla tavalla arvot eli aineellinen oikeudenmukaisuus on olennainen asia oikeussääntöjen soveltuvuudessa. Säännökset ja ennakkopäätökset ovat ilmauksia tietyssä oikeusjärjestelmässä omaksutusta oikeudenmukaisuudesta, ja ne ymmärretään ja tulkitaan niiden taustalla olevien arvojen ja oikeudenmukaisuuskäsitysten avulla. Säännöksiä tai ennakkopäätöksiä sovelletaan, mutta toiminnan tarkoituksena ja oikeutuksena on toteuttaa niiden perustana olevia arvoja ja periaatteita. Tässä muodossa katsottu oikeudellisen tulkinnan eli lainopillisen tiedon edellyttävän *lain ja arvojen eli moraalin välttämättömän yhteyden*.

Sääntelyn perustana ja taustana olevien aineellisten syiden merkitys ei rajoitu pelkästään suoraan soveltuviin säännösten soveltamiseen. Taustalla vaikuttavia perusteita pidetään koko omaksutun *oikeusjärjestelmän perusteina*. Tällä perusteella niitä voidaan käyttää myös *analogisen* tulkinnan perusteina aukkotilanteissa, ja *contra legem* eli soveltuvan lainkohdan sanamuodon kanssa ristiriitaiset ratkaisut tulevat ymmärrettäviksi ja rationaalisiksi. Yksittäiseen tapaukseen tai tilanteeseen soveltuva merkittävä aineellinen peruste tai useammat perusteet yhdessä voivat syrjäyttää muodollisesti pätevän eli systematiikan ja säännösten sanamuotojen mukaisesti tehtävän ratkaisun. Kysymys voi olla säännöksen soveltamisalan rajoittamisesta tai sen sivuuttamisesta kokonaan.

Omaksutun sääntelyn taustana ja perusteina olevien periaatteiden ja muiden aineellisten perusteiden tarkastelu ja analyysi tarjoavat välineet *kriittiselle keskustelulle ja tulkinnoille*. Säännös, ennakkopäätös tai sääntely laajemmin voi osoittautua ongelmalliseksi. Ensiksi sen vuoksi, että se toteuttaa heikosti tai virheellisellä tavalla sen perusteita. Sääntely voi osoittautua ristiriitaiseksi suhteessa sen taustaksi ilmoitettuihin arvoihin tai muihin perusteisiin. Toiseksi sääntelyn perustana olevat *arvot, periaatteet tai tavoitteet* voivat *osoittautua ongelmallisiksi*. Säännös tai säädös annettussa tai vakiintuneesti tulkitussa muodossaan voi osoittautua ongelmalliseksi osaksi oikeusjärjestelmää, kun sitä tarkastellaan sen taustalla olevien aineellisten perusteiden toteuttajana. Nämä perusteet voivat

osoittautua ongelmalliseksi jo lähtökohtaisesti tai esimerkiksi ajan kulumisen tai muiden muutosten vuoksi.

Kysymys voi olla myös jännitteestä suhteessa perustuslakiin tai kansainväliseen normistoon tai sopimukseen. Lainmuutosesitykset ovat tällöin ajankohtaisia, mutta rajoittavat tulkinnat ja *contra legem* -tulkinnat tai ratkaisut ovat myös mahdollisia. Tilanne on hyvä osoitus siitä, että lainopillinen tulkinta tehdään viime kädessä osana koko oikeusjärjestelmää ja ottaen huomioon myös kansainvälinen normisto.

Tässä omaksutun näkemyksen mukaan ja tältä osin yhdenmukaisesti vakiintuneen oikeudellisen tulkinnan kanssa aineelliset arvot, tavoitteet ja muut sääntelyn perusteet ilmenevät ja toimivat säädösten ja ennakkopäätösten taustana ja niitä oikeuttavina perusteina. Oikeuden näkökulmasta katsoen omaksuttu säädös tai ennakkopäätös on omaksuttu osaksi oikeusjärjestelmää, ja samalla tietyt arvot tietyin painoarvoin on vahvistettu ja tässä merkityksessä omaksuttu valtiossa tai muussa oikeusyhteisössä. Nämä *arvot ja muut aineelliset perusteet sekä niiden tietyt painoarvot on vahvistettu säädösten tai ennakkopäätösten antamisen avulla ja muodossa.*

8. Lainopillisen tiedon objektiivisuudesta

8.1. Yleistä

Sekä luonnonoikeuden että oikeuspositivismiin piirissä on pyritty mahdollisimman selkeään ja vahvaan käsitykseen lainopillisen tiedon objektiivisuudesta. Kysymys on tällöin sekä yleisesti tiedon objektiivisuudesta että *tiedon ja arvojen* välistä suhdetta koskevasta erityiskysymyksestä. Tässä huomio kiinnitetään lähinnä jälkimmäiseen, ja huomio kiinnitetään ennen kaikkea oikeuspositivismiin. Sen taustana voidaan nähdä *David Humen* skeptisenä pidetty suhtautuminen arvoihin ja niiden objektiivisuuteen.

Edellä on omaksuttu positivismia laajempi käsitys oikeudesta siten, että lain piiriin kuuluvat myös arvot, jotka ovat sekä omaksutun sääntelyn että lain soveltamisen perustana. Kysymys arvojen objektiivisuudesta muodostuu tällöin myös lainopillista tietoa koskevaksi kysymykseksi. Toisaalta lain perustana olevien arvojen ja oikeussääntöjen välinen suhde on hahmotettu eri tavalla kuin luonnonoikeuden piirissä.

Perinteinen luonnonoikeus rakentuu sekä tiedon että arvojen vahvan objektiivisuuden varaan. Sen mukaan hyvin perustellut lainopilliset väitteet perustuvat viime kädessä tietyille annetuille, ehdottomille, universaaleille ja inhimillisille

arvoille, jotka ovat käytännöllisen järjen perusteita.⁴¹ Positivismin kannattajat omaksuvat myös lainopillisen tiedon vahvan objektiivisuuden, mutta toisaalta he sulkevat arvot oikeuden ulkopuolelle ja pitävät niitä suhteellisina ja subjektiivisina.⁴²

8.2. David Humen ajattelusta

David Hume esitti tunnetun skeptisen analyysin arvoista ja arvostamisesta. Hän kyseenalaisti hyveiden ja paheiden olemassaolon inhimillisessä käyttäytymisessä. Hume mukaan hyveellisyys ja paheellisuus eivät ole todellisia tekojen ominaisuuksia tai muuta todellista maailmassa. Kysymys on sen sijaan ihmisten arvostuksista. Sen vuoksi luonnontieteiden ja etiikan välillä on merkittävä ero, vaikka tiedon muotoina niillä on yhteinen perusta.⁴³

Hume mukaan tieto hyvyydestä ja pahuudesta ei ole sama asia kuin hyveellisen tai paheellisen käyttäytymisen kuvaaminen. Tieto velvollisuudesta on eri asia kuin päätös toimia sen mukaisesti, eli eettinen tieto ei ole sama asia kuin ihmisluonnon ominaisuudet tai ihmisen käyttäytyminen. Sen vuoksi ihmisten ominaisuuksien tai käyttäytymisen perusteella ei voida tehdä johtopäätöksiä ihmisten velvollisuuksista. Yleisemmin lausuen olemisesta ei voi päätellä pitämistä (ns. Hume'n giljotiini).⁴⁴

Miten Hume'n ajattelua voidaan hyödyntää oikeudellisen tiedon osalta? Lähtökohtana voidaan pitää hänen varhaisen filosofiansa negatiivista vastausta eli hänen *Aristoteleen* etiikkaan kohdistamaansa onnistunutta kritiikkiä. Hyveet tai paheet eivät ole luonnostaan ihmisessä tai hänen käyttäytymisessään. Myöhemmässä filosofiassaan Hume pyrki tarjoamaan myös positiivisen ratkaisun tähän ongelmaan. Niiden pohjalta voidaan luonnostella kaksi erilaista vastausta.

Ensimmäinen vastaus liittyy filosofiseen positivismiin ja naturalismiin, jotka ovat lähtökohtina mm. skandinaavisessa oikeusrealismissa. Keskeistä on skeptinen suhtautuminen ajatukseen normien ja oikeudellisten käsitteiden olemassaolosta. Hume mukaan hyveet ja paheet eivät ole ominaisuuksia inhimillisessä käyttäytymisessä tai muuten havaittavaa todellisuutta. Kysymys on sen sijaan mielen havainnoista ja vaikutelmista, jotka perustuvat tunteisiin.⁴⁵ Inhimillisen tiedon rooli on rajoittunut moraalien alalla.⁴⁶ Edellä lausuttu voidaan kuitenkin

41. Ks. Finnis 1980, s. 14.

42. Ks. Coleman – Leiter 1996, s. 243.

43. David Hume, *A Treatise of Human Nature*. Edited by P. H. Nidditch. Clarendon Press 1978, s. 457, 470 ja 477.

44. Hume 1978, s. 413 ja 469. Ks. A. H. Basson, *David Hume*. Penguin Books 1958, s. 88 ja 94.

45. Hume 1978, s. 469.

46. Basson 1958, s. 23.

selittää sillä, että varhaisessa filosofiansa Hume piti silmällä lähinnä vain luonnontieteitä ja analysoi tietoa, joka perustui havaintoihin.⁴⁷

Myöhemmin Hume laajensi tarkastelunsa kohdetta, joskin lähtökohdat laajennukselle sisältyvät jo hänen varhaiseen filosofiaansa. Hän katsoi, että ihmiset ymmärsivät ja selittivät moraaliset erot yhdenmukaisella tavalla, vaikka selitykset perustuivat tunteisiin. Teon hyveellisyyden todellisuus tarkoitti teon nostattamia tunteita havaitsijoissa. Tunteiden piti kuitenkin perustua yhteisen hyvän edistämisen. Havaitsijoilla oli tällöin moraalinen tunto.⁴⁸ Hume ryhtyi kiinnittämään huomiota tunnereaktioiden asemesta tekojen olosuhteisiin ja seuraamuksiin. Tiedon kohteen asemesta arvot alkoivat saada aseman tiedon sisältönä. Tämä tieto oli kuitenkin luonteeltaan erilaista kuin luonnontieto.

Hume alkoi pitää myös ihmisten eettisiä arvostelmia erityisenä tiedon lajina tai ainakin perustana objektiiviselle tiedolle. Ne erosivat yksittäisten tilanteiden tunnereaktioista, ja ne saattoivat ilmaista yleisiä periaatteita.⁴⁹ Perustana oli yhteinen hyvä. Sen vuoksi eettiset periaatteet olivat analogisia luonnontieteellisille periaatteille. Etiikalla ja luonnontieteillä oli sama perusta. Oikeutetut ja perustellut tuntemukset ja asenteet saattoivat toimia objektiivisen hyvyttä ja pahuutta koskevan eli eettisen tiedon perustana. Se, mikä oli tieteellisen hyveellisyyden perustana, oli sellaista, jonka jokainen informoitu ja puolueeton tarkkailija hyväksyisi, eli jonka hyväksyisimme, kun vapautamme itsemme henkilökohtaisista ennakkoluuloista ja -käsityksistä ja pyrimme ymmärtämään, mikä on oikein.⁵⁰ Perustellut tuntemukset olivat näin ollen objektiivisen eettisen tiedon perustana.

Humen oppien mukaan etiikan objektiivisuus tarkoittaa ihmisten yhteneviä ja yhteisiä tunteita ja asenteita. Koska ne ovat yhteisiä ja oikeutettuja eli yleisiä ja universaaleja – eivät vain yksityisiä tai subjektiivisia tunteita tai reaktioita, eivätkä myöskään tietoja tosiseikoista – kysymys on eettisistä periaatteista erityisenä tiedon lajina. Toisessa vastauksessaan Hume omaksui maltillisen näkemyksen eettisestä tiedosta.⁵¹ Kysymys on tiedosta, joka perustuu *yhteiseen ymmärrykseen*, viime kädessä *jaettuihin tuntemuksiin* hyvästä ja pahasta, eli kysymys on erityislaatuisesta heikon tiedon muodosta.⁵²

Mitä voidaan lukea jaettuihin ja hyvin perusteltuihin näkemyksiin erilaisista käyttäytymisen tavoista? Tämän tyyppinen tieto on epätäydellistä ja puutteellista

47. Ks. Hume 1978, s. 66 ja Basson, s. 27.

48. Hume 1978, s. 471, Basson 1958, s. 102 ja David Hume, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*. Hackett Publishing Company 1983, s. 38. Humen utilitaristista päättelyä ei seurata tässä.

49. Hume 1983, s. 75.

50. Charles R. Pigden, *Naturalism*, s. 421–431 teoksessa Peter Singer (ed), *A Companion to Ethics*, Blackwell Publishers 1991, s. 428.

51. Ks. Basson 1958, s. 87.

52. Myös luonnontieteellisen tiedon vahvuus oli Humelle lopulta suhteellinen asia. Perustana oli Humen skeptisyys tieteellistä tietoa kohtaan. Olennaisia tässä yhteydessä ovat Humen hahmottavat erot luonnontieteiden ja eettisen tiedon välille.

verrattuna luonnontieteisiin. Se pikemminkin *suosittelee* ja *oikeuttaa* kuin tekee yksiselitteisiä väitteitä tai tarjoaa tosiseikkojen kuvauksia. Minkälaisia tekoja voidaan pitää pahoina eli kiellettyinä näillä perusteilla? Perusteet viittaavat vakuuttaviin argumentteihin tekojen luonteesta ja seuraamuksista. Eettinen tieto ei näin ollen ole varmaa tai ehdotonta.⁵³ Esiin nousee usein perusteltuja erimielisyyksiä, ja perustellulla tiedolla on useita vaihtoehtoja. Lisäksi pätevänä pidetty eettinen argumentointi ja sen johtopäätökset vaihtelevat ajan ja paikan mukaan. Eri yhteisöillä voi olla erilaiset moraalien koodit.⁵⁴ Humeen mukaan eettisessä päättelyssä ei ole totuuden ulottuvuutta tieteellisessä merkityksessä, vaan kysymys on suostuttelemisesta ja oikeuttamisesta. Etiikan tiedolla ei ole ehdotonta perustaa, eikä kysymys on ole ehdottomasta päättelystä tai tiedosta.

Humelainen ymmärrys eettisen tiedon heikkoudesta perustuu sen *heikkoon objektiivisuuteen*. Tämä lähestymistapa tarjoaa perusteet soveltuvalle objektiivisuuden käsitteelle myös oikeuden alalla.

8.3. Lainopillisen tiedon heikkous

Heikkouden lisäksi lainopillisen tiedon objektiivisuus poikkeaa vahvaan objektiivisuuteen nojaavista tieteenaloista myös muissa suhteissa. Tieto voimassa olevasta oikeudesta ei ole kuvauksia havaittavista tosiseikoista tai muista konkreettisista kohteista. Lainopillinen tieto ilmenee sen sijaan *vetoamisena* kysymyksessä olevassa oikeusjärjestelmässä hyväksytyihin *oikeuslähteisiin*, oikeudenmukaisuuden periaatteisiin, omaksuttujen normien tavoitteisiin, tulkintavaihtoehtojen seuraamuksiin ja muihin *aineellisiin perusteisiin*. Toisin sanoen lainopillinen *tieto ilmenee* lainopillisena *tulkintana* eli vetoamisena muodollisiin ja aineellisiin perusteisiin.

Lainopillinen tieto ei tarkoita loogista vaan *aineellista päättelyä*. Tämä on selvää vaikeissa tulkintatilanteissa, mutta samasta on kysymys myös helpoissa tulkintatilanteissa. Helppous edellyttää aina mahdollisten poikkeavien johtopäätösten perusteiden poissuljennan – mikä ilmenee yleensä hiljaisena mutta osoitettavissa olevana edellytyksenä; ja käytännössä helppous tarkoittaa oikeudellisen järjestelmän suoraa toteuttamista ja soveltumista.

Vaatus objektiivisuudesta ei sulje pois tulkinnan *luovuutta*. Tulkinnan aineellisia perusteita voidaan käyttää eri tavoilla, ja tulkinnassa voidaan vedota eri perusteisiin ja käyttää erilaisia sanamuotoja ja päättelyjä, vaikka johtopäätökset olisivat samat. Vaatus objektiivisuudesta ilmenee vaatimuksena puolueettomasta ja avoimesta sekä voimassa olevaan järjestelmään sitoutuneesta ja sen

53. Hume ei myöskään itse syöllisty kritisoimaansa päättelyyn olemisesta pitämiseen. Kysymys on argumentatiivisesta oikeuttamisesta.

54. Basson 1958, s. 96.

tiedostavasta päättelystä. Kaikki tulkintaan välittömästi vaikuttavat perusteet on tuotava esiin, ja niiden on oltava avoimia kriittiselle tarkastelulle. Riittävää ei ole sovellettavien säännösten mainitseminen. Lisäksi on osoitettava niiden soveltuminen esillä olevassa tapauksessa tai tilanteessa.

Tiedon heikkous ilmenee erinäinä lainopillisen tulkinnan erityispiirteinä. Tosiseikkojen kuvaamisen asemesta tulkinnan tavoitteena on *oikeuttaminen*. Korrespondenssin asemesta menestynyt ja hyväksyttävä tulkinta on oikeutettua tulkintaa. Tämä on myös lainopillisen tiedon varmuuden korkein aste. Oikeutettu tulkinta vakuuttaa kuulijat tai lukijat siitä, että kysymyksessä olevan järjestelmän puitteissa osoitettavissa ei ole perusteita, jotka paremmin oikeuttaisivat toisenlaisen tulkinnan tai toisenlaiset johtopäätökset. Lisäksi tulkinta on usein johtopäätös päättelyssä, jossa argumentteja ja vasta-argumentteja tasapainotetaan tai muuten suhteutetaan suhteessa toisiinsa.

Kautta länsimaisen historian lainopillista tietoa ja sen objektiivisuutta on pyritty vahvistamaan omaksumalla selkeitä *oikeuslähteitä*. Ennakkopäätösten käyttäminen eli oikeuskäytännön yhteneväisyys, johdonmukaisuus ja jatkuvuus olivat pitkään myös Manner-Euroopan keskeisiä tapoja vahvistaa objektiivisuutta. Syntyneiden kansallisvaltioiden säädökset tarjosivat uuden ja vahvemman tavan vahvistaa objektiivisuutta 1800-luvulta alkaen. Toisaalta ne selitettiin oikeusfilosofian tasolla eri tavoilla. *Kelsen* selitti ne ahtaasti sosiaalisina tosiseikkoina ja lainsäätäjän tahtona. Tässä esityksessä säädökset ja muut oikeuslähteet ymmärretään laueammin ilmauksina yhteisön omaksumista arvoista, periaatteista, tavoitteista ja muista aineellisista perusteista.

Tässä yhteydessä voidaan nojautua Humen edellä esitettyihin ajatuksiin. Lainopillinen tieto on *oikeutettua* ja *argumentatiivista* tietoa. *Immanuel Kantin* käsitettä "objektivisointi" voidaan myös hyödyntää tässä yhteydessä.⁵⁵ Lisäksi voidaan hyödyntää *John Rawlsin* käyttämää *konstruktivisen objektiivisuuden* käsitettä.⁵⁶ Se viittaa argumentteihin tiedon perustana ja tiedon oikeuttamiseen tiedon kohteena olevien olioiden tai tosiseikkojen osoittamisen asemesta. Ei ole tarvetta eikä mahdollistakaan osoittaa, että lainopillisella tiedolla olisi jokin kuvauksen kohde havaittavassa todellisuudessa. Näin ollen ei ole tarvetta osoittaa, että lainopillinen tieto olisi jonkin kohteen tai muun tosiseikan kuvaus. Tiedon oikeuttaminen ei perustu olioiden olemassaoloon tai tosiseikkojen kuvaamiseen. Myös käsite totuus tulee tarpeettomaksi, eikä sitä yleensä käytetäkään lainopissa.

55. Immanuel Kant, *The Grounding for the Metaphysics of Morals*. Hackett Publishing Company 1981, alk. s. 23 (alk. s. 412). Tältä osin Humen ja Kantin ajatukset eivät poikkea toisistaan.

56. John Rawls, *Political Liberalism*. Columbia University Press 1993, alk. s. 110 ja alk. s. 115. Tältä osin tarkemmin ks. artikkelini *Objective Legal Reasoning – Objectivity Without Objects*, s. 69–84 teoksessa Jaakko Husa – Mark van Hoecke (eds), *Objectivity in Law and Legal Reasoning*. Hart Publishing 2013, s. 78.

Sen sijaan lainopillinen tieto on *perusteltua* ja *oikeutettua*.⁵⁷ Toisin sanoen lainopillisen tiedon objektiivisuus on *objektiivisuutta ilman objekteja* eli tiedon kohteita. Tältä osin omaksun *Thomas Nagelin* ajatukset.⁵⁸

Miten edellä kuvattu lainopillisen tiedon objektiivisuus on mahdollista?⁵⁹ Tavoitteeni on osoittaa yleiset kriteerit lainopillisen tiedon objektiivisuudelle. Ne on omaksuttu tavanomaisessa lainopillisessa kirjallisuudessa, ja niillä on paljon yhteistä *Robert Alexyn* asettamien lainopillisen päättelyn sääntöjen kanssa.⁶⁰ Ne voidaan ymmärtää lainopillisen tiedon objektiivisuuden edellytyksiksi.

Lainopin objektiivisuus voi olla *monen asteista*. Kysymys ei ole joko/tai-asiasta. Usein tämä ilmenee lainopillisen väitteen varmuuden asteena. Kysymys voi olla esimerkiksi tulkintasuosituksesta, joka esitetään henkilökohtaisena mutta perusteltuna tulkintakannanottona.

Vahvistuskeinoista huolimatta lainopillinen tieto on luonteeltaan heikkoa. Ei ole mahdollista asettaa tai muuten saavuttaa täydellistä ja kattavaa normeerausta, joka kattaisi yksiselitteisellä tavalla kaikki tilanteet yhteiskunnassa. Oikeudenmukaisuutta ei voida toteuttaa täydellisellä tavalla. Objektiivisuuden vahvistamisen avulla oikeudenmukaisuutta voidaan kuitenkin vahvistaa.

Dworkinin mukaan riittävä konsensus ja kansalaisten oikeuksien toteuttaminen on mahdollista kehittyneen oikeudellisen argumentoinnin avulla. Ideallinen argumentointi, jossa parhaat perustelut hyödynnetään täydellisellä tavalla, on mahdollista ideaalituomari *Herkuleelle*.⁶¹ Todelliset inhimilliset tuomarit ja lainoppineet voivat tuottaa sen sijaan parhaimmillaankin vain epätäydellistä päättelyä ja argumentointia. Toisaalta heidän oletetaan tavoittelevan Herkuleen ideaalista toimintaa.

57. Ks. Jules L. Coleman – Brian Leiter, Determinacy, Objectivity, and Authority, s. 203–278 teoksessa Andrei Marmor (ed), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Clarendon Press 1997, alk. s. 263 ja alk. s. 272.

58. Thomas Nagel, *The Last Word*. Oxford University Press 1997, s. 101. Epistemologisen ja ontologisen objektiivisuuden välistä eroa voidaan myös hyödyntää tässä. Edellisestä ei seuraa jälkimmäistä. Ks. John R. Searle, *The Construction of Social Reality*. The Free Press 1995, s. 63. Ks. myös Ronald Dworkin, *Justice in Robes*. The Belknap Press of Harvard University Press 2006, s. 260.

59. Nagelin sanoin: Kuinka voidaan yhdistää yksittäisen henkilön näkökulma maailmassa objektiiviseen näkökulmaan samasta maailmasta, mukaan lukien mainittu henkilö ja hänen näkökulmansa? Ks. Thomas Nagel, *The View from Nowhere*. Oxford University Press 1986, s. 3. Ks. myös Nagel 1986, s. 67.

60. Ks. Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*. Clarendon Press 1989, s. 187.

61. Ks. Dworkin 1977, s. 105; Ronald Dworkin, *Law's Empire*. Harvard University Press 1986, s. 239 ja Dworkin 2006, s. 42.

9. Johtopäätökset

Edellä luonnonoikeuteen ja oikeuspositivismiin on suhtauduttu sekä positii-visesti että kriittisesti. Molemmista on omaksuttu aineksia, joiden avulla voimassa oleva oikeus voidaan ymmärtää perustellulla ja johdonmukaisella tavalla. Kumpaakaan edellä mainituista suuntauksista ei ole hyväksytty sellaisenaan. Keskeinen kysymys on, *miten oikeus ymmärretään lainopillisen tiedon kohteena.*

Luonnonoikeuden oppi annetuista ja universaaleista arvoista voimassa olevan oikeuden perustana ei ole toimiva lähtökohta lainopissa. Lainopin lähtökohtana ja ensisijaisena kohteena ovat oikeusjärjestyksessä annetut säädökset ja ennakkopäätökset. Toisaalta tässä ei hyväksytä oikeuspositivistista näkemystä, jonka mukaan säädökset ja ennakkopäätökset ovat tosiseikkoja, joilla ei ole välttämätöntä yhteyttä oikeusjärjestyksen omaksuneessa yhteisössä vallitseviin tai henkilöiden omaksumiin arvoihin. *Säädökset ja ennakkopäätökset ymmärretään sen sijaan ilmauksina yhteisön omaksumista arvoista.*

Oikeussääntöjä eli yleensä säädösten ja ennakkopäätösten oikeudellisesti relevantteja merkityssisältöjä on *tulkittava* osana johdonmukaista oikeusjärjestelmää, jotta niitä voidaan ymmärtää ja soveltaa. Tulkinta on lainopillisen tiedon muoto. Perusteltu tulkinta edellyttää sen ymmärtämistä, miksi sovellettava sääntö on annettu. Sääntöjen keskeisen taustan muodostavat *arvot ja tavoitteet*, joita toteuttamaan säännöt on annettu. Arvoilla, periaatteilla, päämäärillä ja eri tulkintavaihtoehtojen seuraamuksilla on keskeinen asema sääntöjen ymmärtämisessä ja tulkinassa. Sääntöjen perusteltu soveltaminen edellyttää niiden *aineellisen perustan* ymmärtämistä. Sääntöjen, arvojen ja tavoitteiden välille muodostuu näin ollen *välttämätön yhteys.*

Oikeussääntöjen voimassaolon selittäminen arvoihin perustuvan ymmärtämisen kohteena heikentää lainopillisen tiedon *objektiivisuutta*. Kysymys ei ole väitteen ja sen havaittavan kohteen eli objektin välisestä suhteesta tai tiedon objektin kuvaamisesta. Kysymys on sen sijaan valtiossa tai muussa yhteisössä *omaksuttujen sääntöjen ymmärtämisestä.*

Ymmärtäminen tapahtuu *tulkinnan* avulla. Lähtökohtaisesti tällaisen ymmärtämisen objektiivisuus on hyvin heikkoa, mutta sitä on vahvistettu säädösten ja ennakkopäätösten avulla. Tiedon lähteinä niiden tarkoituksena on vahvistaa tietoa voimassa olevasta oikeudesta. Siksi ne muodostavat lainopillisen tiedon eli tulkinnan ensisijaisen ja keskeisimmän kohteen. Toisaalta niiden perusteltu ymmärtäminen ja soveltaminen edellyttävät enemmän kuin niiden sanamuodon hallinnan. On hallittava myös niiden aineellinen perusta eli *oikeutus*. Laajassa merkityksessä säädöksiin ja ennakkopäätöksiin kohdistuva tieto sisältää myös ymmärryksen niiden aineellisesta perustasta ja oikeutuksesta osana voimassa olevan oikeuden järjestelmää. Myös aineellisen perustan osalta edellytetään tie-

don objektiivisuutta eli tässä tapauksessa *perusteltavuutta osana* valtion tai muun yhteisön *voimassa olevan oikeuden järjestelmää*.

The specific nature of legal knowledge

NIEMI, MATTI ILMARI, LL.D., Professor, University of Eastern Finland

Legal knowledge is knowledge about legal ought. The object of this knowledge is not the reality around us, but the norms guiding human behaviour. How can we know about such things? An affiliated question is the relation to and difference with moral knowledge. How can we separate legal norms from moral ones?

The two crucial questions of the article are the following: What is the relation between legal and moral norms and the relation of knowledge about them? How can legal and moral knowledge be objective?

The author perceives a necessary relationship between legal and moral norms but in an unconventional way. Adopted necessity is inconsistent with legal positivism. On the other hand, the author does not accept the natural law principle according to which certain moral norms determine acceptable legal norms.

The primary objects of legal knowledge are legal rules appearing in conventional and traditional sources of law, that is, statutes and precedents. On the other hand, the material foundation of legal rules is created by the moral norms and values adopted in a society, normally in a state. Certain moral norms and values are adopted, as an implication, when certain legal rules are adopted. With the help of legal rules we can see, figure out and individualise these moral norms and values adopted in a society. Critical examination of the adopted moral norms and values is possible, too.

Legal knowledge is a weak form of knowledge, and the objectivity of legal knowledge is weak, too. It is not a matter of facts as the objects of description. Legal knowledge appears as understanding and interpretation of legal sources. Successful interpretation is objective and it is founded on an understanding of the moral background of the legal sources, that is, valid legal norms. The objectivity of the moral norms is granted with the help of legal norms.



Näkyväksi? Sukupuoli ja itseymmärrys oikeudessa, sen ammateissa ja tutkimuksessa

HAKUSANAT: oikeushistoria, oikeustiede, yhdenvertaisuus, tasa-arvo, sukupuoli

1. Johdanto

Viime vuosisata mullisti sosiaaliset, poliittiset ja taloudelliset valtasuhteet yhteiskunnissa lähes maailmanlaajuisesti. Yksi vuosisadan suurista historiallisista muutosprosesseista oli naisten pääsy koulutukseen ja työelämään, äänestäjiksi, omistajiksi, yrittäjiksi ja oman kehonsa suvunjatkamista koskevien valintojen subjektiksi. Vuosisadan jälkipuolelta alkaen sukupuolisyrittäjien rakenteita ja vaikutuksia on tarkasteltu kriittisesti myös historiantutkimuksessa.¹ Naisten rooleja menneisyydessä, etenkin politiikan, kulttuurin ja tieteen eri aloilla, halutaan nyt ”löytää” ja tehdä näkyväksi sekä akateemisessa tutkimuksessa että yleistajuisesti.² Myös oikeustieteessä naisten asema sukupuolisyrittäjien aikana sekä sen jälkeisessä ja edelleen jatkuvassa murroksessa kiinnostaa, ja naisten rooleja historiallisissa tapahtumissa pyritään tunnistamaan.

Oikeuden käytännöissä, oikeustieteessä ja oikeustieteellisessä koulutuksessa painotetaan oikeuden objektiivisuutta, neutraalisuutta ja tasapuolisuutta. Tämä painotus on usein tarkoittanut sitä, että alan ammateissa toimivien ja oikeustieteen tutkijoiden sukupuolella tai muilla ominaisuuksilla ei ole katsottu olevan merkitystä. Naiset, silloinkin kun he ovat toimineet alan ammateissa, ovat usein

* *Immi Tallgren*, OTT, dosentti, Helsingin yliopisto; *Mia Korpiola*, OTT, professori, Turun yliopisto; *Johanna Niemi*, OTT, professori, Helsingin yliopisto. Kirjoittajat haluavat kiittää kahta *Lakimies*-lehden käyttämää nimetöntä asiantuntijaa hyödyllisistä kommentteista. Kiitos myös *Vivi Säiläkivelle* avusta artikkelin editoinnissa julkaisukuntoon.

1. Gerda Lerner, *Placing Women in History: Definitions and Challenges*. *Feminist Studies* 3(1/2) 1975, s. 5–14; Mary Kay Thompson Tetrault, *Rethinking Women, Gender, and the Social Studies*. *Social Education* 51(3) 1987, s. 170–178, 170; Kathleen Canning, *Gender History in Practice: Historical Perspectives on Bodies, Class and Citizenship*. Cornell University Press 2006; Bonnie G. Smith (ed), *The Oxford Encyclopaedia of Women in World History*. Oxford University Press 2008.
2. Naisten toimijuutta kuvataiteessa, musiikissa, tieteissä, ja politiikassa on tuotu näkyväksi myös Suomessa, esim. Pirkko Moisala – Riitta Valkeila, *Musiikin toinen sukupuoli*. Naissäveltäjiä keskialjalta nykypäivään. Kirjayhtymä 1994; Riitta Pylkkänen, *Naistaiteilijat Suomessa*. Keskialjalta modernismin murrokseen. Tammi 2008, vain muutamia mainitaksemme.

jääneet näkymättömiksi ja sukupuolettomiksi. Tämän artikkelin tavoitteena on tarkastella muutosprosessia, jossa naiset ovat tulleet tekijöiksi oikeudessa, oikeustieteessä ja oikeustieteellisissä ammateissa. Käytämme tästä metaforaa näkyväksi tuleminen. Tarkastelun osana on tarpeellista myös arvioida, mitä merkitystä sukupuolella ja sen tunnistamisella on oikeustieteessä ja oikeuden käytännössä.

Naisten näkyvyyttä/näkymättömyyttä oikeudessa voidaan tarkastella useista eri näkökulmista. Usein on ajateltu naisia oikeuksien subjekteina ja kehitystä lineaarisena jatkumona, jossa naiset vähitellen saavuttavat oikeuksia, joita heillä ei aiemmin ollut. Toinen näkökulma liittyy naiseen oikeuden historiassa ja ammateissa. Mitä naiset ajattelivat ja kirjoittivat oikeudesta ja oikeudenmukaisuudesta tai sodasta ja rauhasta? Milloin naiset pääsivät kouluttautumaan oikeudellisiin professioihin ja saivat oikeuden ammattinharjoittamiseen? Miten varhaiset naisjuristit sijoittuivat: Suomessa, kansainvälisesti vertaillen ja kansainvälisessä oikeudessa? Kysymys siitä, minne juristin koulutuksen saaneet naiset sijoittuvat kansallisilla, Euroopan unionin, muilla transnationaalisilla ja kansainvälisillä työmarkkinoilla on edelleen ajankohtainen.³

Kolmas tapa tarkastella naisten näkymättömyyttä oikeuden ammattien kentillä on kysyä, kenen on katsottu tehneen oikeudellista työtä. Mikä merkitys oikeuden itseymmärryksen kannalta on sillä, että lukuisat sihteerit, avustajat, poliitikot, virkanaiset, diplomaatit ja aktivistit ovat tehneet esimerkiksi lainvalmistelun, oikeudenkäytön tai tutkimuksen parissa työtä, jonka merkitystä ei ole ymmärretty eikä tekijöitä arvostettu? Onko oikeudellisen koulutuksen ja juristiammattien näkökulma liian kapea?

Artikkelimme lähtöasetelma on, että materiaallinen oikeus on vuosisatojen ajan rakentunut miesnäkökulmalle. Normien laatijat 1900-luvulle asti ovat olleet miehiä, kansainvälisessä oikeudessa lähes nykypäivään asti. Lakiteksteissä miessukupuoli (esimerkiksi ”man” tai ”homme”) on viitannut yleisesti kaikkiin ihmisiin ja siten verhonnut eroja. Nainen on ollut näkymättömiin jäävä poikkeus, ”toinen”/”Other”, jolla ei ole ollut samoja oikeuksia kuin miehillä. Naiset ovat olleet marginaalisessa asemassa oikeuden alan ammateissa ja jääneet oikeudellisten ammattikuntien historioissa melko näkymättömiksi. Näkymättömyys on vallinnut niin Suomessa kuin muissa valtioissa sekä ylikansallisen oikeuden konteksteissakin. Suomalaiset kehityslinjat ovat heijastelleet kansainvälisiä keskusteluita ja globaalia kehitystä. Tätä pyrimme havainnollistamaan artikkelissamme tarkastelemalla sekä kotimaisia että globaaleja muutoksia.

Artikkelissa pohditaan myös näkymättömyyden vaikutuksia oikeuden itseymmärrykseen. Miten naisten tuleminen oikeuden kentille on vaikuttanut oikeudellisen sääntelyn sisältöön ja rajoihin sekä oikeuden teorianmuodostukseen? Koska aihetta ei voi tyhjentävästi käsitellä yhdessä artikkelissa, havain-

3. Artikkelissa jouduimme rajaamaan eurooppaoikeuden ja integroituneen Euroopan alueellisen kehityksen erityispiirteineen tarkastelun ulkopuolelle.

nollistamme naisten näkyväksi tulemista ja sen vaikutuksia oikeustutkimuksen metodeihin, kysymyksenasetteluihin ja materiaaliseen oikeuteen syventymällä tiettyihin teemoihin. Ne liikkuvat osin kansallisella, osin valtioita vertailevalla, ja osin kansainvälisellä tasolla.

Katsomme, että naisten näkymättömyys tai marginalisointi oikeuden ammatillisina ja oikeuden itseymmärrys ovat sidoksissa toisiinsa. Siksi tarkastelemme ensiksi sitä, milloin naisten oikeuksiin alettiin laajemmin kiinnittää huomiota ja vaatia naisten näkyvyyttä politiikan ja oikeuden kentillä. Muutokset nivoutuvat kansainvälisen naisasialiikkeen historiaan ja naisten oikeuksien ns. ensimmäiseen aaltoon. Seuraavaksi analysoimme naisten tulemista oikeudellisiin ammatteihin ja laajemmin oikeudellisen työn pariin. Mitkä tekijät ovat vaikuttaneet siihen, että naisten oikeudellinen työ on ollut näkymätöntä, sekä siihen, miten ja milloin se on tullut näkyväksi? Lisäksi arvioimme, kuinka naisten tulo oikeustieteilijöiksi on vaikuttanut oikeuden sisältöön ja teoreettisiin lähestymistapoihin naisliikkeen toisen, kolmannen ja neljännen aallon vaikutuksesta.⁴

Koska artikkelin painotus on sukupuolella ja sen merkityksessä pääosin suomalaisessa kontekstissa, huomiomme kohdistuu monella tavoin homogeeniseen ryhmään. Yhteiskunnan jäsenten ja oikeuden ammattilaisten erot etnisessä ja yhteiskunnallisessa taustassa, seksuaalisessa suuntautumisessa tai muissa yksilöllisissä olosuhteissa jäävät vähäiselle huomiolle. Nämä näkökulmat ja niin sanottu intersektionaalisuus eli useiden syrjintäperusteiden yhtäaikainen läsnäolo ovat tärkeitä,⁵ mutta tässä artikkelissa keskitymme sukupuoleen. Pidämme sukupuolinäkökulmaa tärkeänä sekä itsessään että siksi, että sukupuoli avaa tärkeää tietoteoreettista ymmärrystä siitä, että näkökulmia ja identiteettejä on aina enemmän kuin yksi, kuten filosofi *Elizabeth Grosz* on todennut.⁶ Feministisen tutkimuksen teorianmuodostusta ja metodeja on yleisemminkin hyödynnetty sekä laajemmassa queer-teoriaa hyödyntävässä sukupuolen tutkimuksessa että etnisten suhteiden tutkimuksessa.⁷

4. Ks. esim. Johanna Niemi, Promoting Gender Equality, s. 79–95 teoksessa Pia Letto-Vanamo – Ditlev Tamm – Bent Ole Gram Mortense (eds), *Nordic Law in European Context*. Springer 2019.

5. Intersektionaalisuudesta esim. Kimberlé Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex. A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum* 140(1) 1989, s. 139–167. Suomenkielinen terminologia ei ole vakiintunutta, ja voidaan puhua risteävästä tai moniperustaisesta syrjinnästä. Ks. Kati Nieminen – Laura Jauhola, Syrjintä, intersektionaalisuus ja oikeussuojan rajat. *Oikeus* 2/2022, s. 168–190.

6. Elizabeth Grosz, *Time Travels. Feminism, Nature, Power*. Duke University Press 2005, s. 177.

7. Martha Fineman – Jack Jackson – Adam Romero (eds), *Feminist and queer legal theory. Intimate encounters, uncomfortable conversations*. Ashgate 2009; Jackie Jones – Anna Grear – Rachel Fenton – Kim Stevenson (eds), *Gender, sexualities and law*. Routledge 2011. Esimerkiksi naisiin kohdistuvan väkivallan tutkimuksen ja etnisyyden yhteyksiä käsittelevä Stephanie Condon –

Artikkelimme keskeisin väite on, että naisten tulo näkyväksi on muuttanut ja monipuolistanut materiaalista oikeutta, oikeustutkimuksen kohteita ja näkökulmia ainakin jo yli vuosisadan ajan. Muutosprosessin tarkastelu on laaja ja tärkeä oikeustieteellinen tutkimusaihe.

2. Naisten oikeuksien näkyväksi tekeminen alkaa

Naisten oikeuksista alettiin puhua ihmisoikeuksina valistusajan Euroopan vapausretoriikassa. Aviomielen valta perheenpäänä perheenjäsentensä omaisuuteen, kehoon, asuinpaikkaan ja vapauteen oli lähes kaikkialla maailmassa lain vahvistama. Siksi avioliiton rinnastaminen orjuuteen oli paljon käytetty metafora: naisen vapautumisella avioliiton tai holhouksen ”ikeestä” nähtiin olevan yhtäläisyyksiä orjan vapauttamisen kanssa.⁸ Etenkin Ranskan vallankumouksen aikana ranskalaiset ja englantilaiset ajattelijat, kuuluisimpina *Olympe de Gouges* (1748–1793) ja *Mary Wollstonecraft* (1759–1797), esittivät naisten ja miesten tasa-arvon vaatimuksia.⁹

Orjuuden vastainen abolitionismi ja naisten oikeuksien puolesta puhuminen yhdistyivät Englannissa ja Yhdysvalloissa. Ne yhdistivät yhdysvaltalaisia uudistusmielisiä naisia, jotka kutsuivat koolle naisten oikeuksien kokouksen Seneca Fallsissa vuonna 1848. Yli 300 osanottajaa kerännyt kokous julkaisi ohjelman (Declaration of Sentiments) naisten asemaa koskevista epäoikeudenmukaisuuksista. Kokousta ja julkilausumaa pidetään naisliikkeen kansainvälisinä merkkipaaluina, jotka inspiroivat liikkeitä muualla maailmassa.¹⁰ Englannissa *John*

Monika Schrötle – Ravi Thiara (eds), *Violence against Women and Ethnicity. Commonalities and Differences across Europe*. Verlag Barbara Budrich 2011.

8. Esim. Susanne Lettow, *Feminism and the Enlightenment*, s. 94–106 teoksessa Ann Garry – Serene J. Khader – Alison Stone (eds), *Routledge Companion to Feminist Philosophy*. Routledge 2017; Karen Offen, *How (and Why) the Analogy of Marriage with Slavery Provided the Springboard for Women’s Rights Demands in France, 1640-1848*, s. 57–81 teoksessa Kathryn Kish Sklar – James Brewer Stewart (eds), *Women’s rights and transatlantic antislavery in the era of emancipation*. Yale University Press 2007.
9. Esim. Mary Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Woman with Strictures on Political and Moral Subjects*. Thomas and Andrews 1792; *Olympe de Gouges, Les droits de la femme. A la reine*. Ei kustantajaa 1791; John R. Cole, *Between the Queen and the Cabby. Olympe de Gouges’s Rights of Woman*. McGill-Queen’s University Press 2011.
10. Esim. Judith Wellman, *The Road to Seneca Falls. Elizabeth Cady Stanton and the First Woman’s Rights Convention*. University of Illinois Press 2004, s. 184–240. Siksi Seneca Fallsin pikkukaupunki jopa kutsuu itseään ”naisten oikeuksien synnyinpaikaksi”, <https://senecafalls.com/history/birthplace-of-womens-rights/> vierailtu 11.11.2022. Declaration of Sentiment on saatavilla internetissä, esim. <https://www.nps.gov/wori/learn/historyculture/declaration-of-sentiments.htm> vierailtu 11.11.2022.

Stuart Mill (1806–1873) ja hänen vaimonsa *Harriet Taylor Mill* (1807–1858) julkaisivat 1800-luvun puolivälissä useita tärkeitä tasa-arvoa koskevia kirjoituksia. John Stuart Millin *The Subjection of Women* (1861, julk. 1869) innoitti monia naisyhdistyksiä ympäri maailman – myös Suomessa.¹¹ Monissa länsimaissa naisten äänioikeusliike (suffrage) sai ehkä suurimman poliittisen huomion. Muita tärkeitä vaatimuksia olivat esimerkiksi naisten oikeus omaisuuteensa ja palkkaansa, yhtäläiset oikeudet avioeroon sekä äitien oikeudet lapsiinsa.¹² Naisliikkeet Euroopassa ja Pohjois-Amerikassa alkoivat 1800-luvun jälkipuoliskolta lähtien kampanjoida niiden toteuttamiseksi.

Naisliike levisi Suomeen Ruotsista, ja *Suomen Naisyhdistys–Finska Kvinnöföreningen* perustettiin vuonna 1884 John Stuart Millin innoittamana. Henkilökeimiat, kielikysymys ja poliittiset painotuserot johtivat porvarillisen naisliikkeen jakautumiseen vuonna 1891. Vuonna 1892 perustettu *Unionen—Unioni* profiloitui liberaalimpana. Molemmilla oli hyvät suhteet ulkomaisiin naisjärjestöihin ja sosiaalipoliittisiin reformiliikkeisiin. Sosialistit ja muutkin puolueet perustivat omia naisjärjestöjään 1900-luvun alkupuolella.¹³ Ensimmäisen sortokauden perustuslaki- ja oikeustaistelu (1899–1905) politisoi äänioikeuskampanjointia, jonka kruunasi naisten vuonna 1906 saama yleinen ja yhtäläinen äänioikeus Suomen valtiollisissa vaaleissa. Suomalaiset naiset saivat äänioikeuden toisena valtiona maailmassa (Uusi-Seelanti 1893) ja vaalikelpoisuuden ensimmäisenä (Uusi-Seelanti 1919).¹⁴ Muita tärkeitä tavoitteita olivat puolisoiden yhtäläiset oikeudet avioliitto- ja perheoikeudessa. Aviomiehen edusmiehisyyden poistaminen, äitien oikeudet lapsiinsa ja yhtäläiset aviovarallisuus-oikeudet toteutettiin

11. Esim. Ann P. Robson – John M. Robson (eds), *Sexual Equality. Writings by John Stuart Mill, Harriet Taylor Mill, and Helen Taylor*. University of Toronto Press 1994.
12. Esimerkkeinä runsaasta tutkimuskirjallisuudesta Laura E. Nym Mayhall, *The Militant Suffrage Movement. Citizenship and Resistance in Britain, 1860–1930*. Oxford University Press 2003; Mary Lyndon Shanley, “One Must Ride behind”: Married Women’s Rights and the Divorce Act of 1857. *Victorian Studies* 25(3) 1982, s. 355–376; Ann Sumner Holmes, *The Double Standard in the English Divorce Laws, 1857–1923*. *Law & Social Inquiry* 20(2) 1995, s. 601–620; Wellman 2004, s. 135–154.
13. Ilmi Hallsten, Pääkohtia Suomen Naisyhdistyksen 50-vuotisesta toiminnasta, s. 15–45 teoksessa (ei toim.), *Puoli vuosisataa naisasiatyötä. Suomalaisen Naisyhdistyksen 50-vuotishlahjajulkaisu 1884–1934*. Suomalainen Naisyhdistys 1934; Riitta Jallinoja, *Suomalaisen naisasialiikkeen taistelukaudet*. WSOY 1983, s. 32–79, 99–104; Aura Korppi-Tommola, *Tahdolla ja tunteella tasa-arvoa. Naisjärjestöjen Keskusliitto 1911–2001*. Naisjärjestöjen Keskusliitto 2001, s. 16–22, 27–34; Märta von Alfhthan, *Sju årtionden med Unioni Naisasialiitto Suomessa r.y. – Unionen Kvinnosaksförbund i Finland r.f. Unioni – Unionen 1965*, s. 22–34, 78–88, 93–94; Minna Hagner – Teija Försti, *Suffragettien sisaret. Unioni Naisasialiitto 2006*, s. 20–57; Anne Ollila, *Jalo velvollisuus: Virkanaisena 1800-luvun lopun Suomessa*. SKS 1998, s. 44–45, 75–76.
14. Esim. Pirjo Markkola – Alexandra Ramsay (toim.), *Yksi kamari – kaksi sukupuolta. Suomen eduskunnan ensimmäiset naiset*. Eduskunnan kirjasto 1997; Irma Sulkunen – Maria Lähteenmäki – Aura Korppi-Tommola, *Suomen eduskunta 100 vuotta, Nide 4 Naiset eduskunnassa*. Edita 2006.

Näkyväksi? Sukupuoli ja itseymmärrys oikeudessa, sen ammateissa ja tutkimuksessa

kauan odotetun vuoden 1929 avioliittolain myötä.¹⁵ Naiset tulivat näkyviksi poliittisella kentällä ja alkoivat vaikuttaa materiaaliseen oikeuteen.

3. Naisten taistelu oikeudesta oikeudelliseen koulutukseen ja työhön

Keskustelu tyttöjen kasvatuksesta virisi samoin 1700-luvun jälkipuoliskolla. Esimerkiksi *Mary Wollstonecraftin* *A Vindication of the Rights of Woman* vaati naisille samanlaisia koulutusmahdollisuuksia kuin miehille. *Olympe de Gouges* oli pamfletissaan *Déclaration des droits de la Femme et de la Citoyenne* (1791) mennyt vielä pidemmälle: naisten piti saada yhtäläiset oikeudet kaikkiin julkisiin toimiin, virkoihin ja tehtäviin.¹⁶ Seneca Fallsin vuoden 1848 Declaration of Sentiments edellytti naisten pääsyä kaikille kannattavimmille työaloille, jotka miehet olivat monopolisoineet itselleen. Samoin heidät tuli päästää kaikkiin koulutusohjelmiin sekä opinahjoihin, joiden ovet olivat siihen asti olleet naisille suljettuja. Erityisesti mainittiin, ettei naisia ollut teologian, lääketieteen tai oikeustieteen opettajina.¹⁷

Naisliikkeen agendalla oli naisten pääsy 1800-luvulla kehittyviin professioihin. Tähän kuului myös mahdollisuus oikeustieteelliseen koulutukseen ja oikeudellisiin tehtäviin julkiseen sfääriin miesten rinnalle. Eri maissa oli eroja siinä, miten oikeudellinen työ oli järjestetty, ja millaisia oikeudellisia ammatteja siellä oli: notaari, tuomari, tuomioistuinasianajaja (esim. barrister, avocat) tai ”val-

15. Esim. Anu Pylkkänen, Avioliitto-oikeuden modernisoitumisen varhaisvaiheista Suomessa. *Lakimies* 5/1994, s. 585–606; Anu Pylkkänen, Trapped in Equality. Women as Legal Persons in the Modernisation of Finnish Law. *SKS* 2009, s. 39–54, 71–83; Kari Melby – Anu Pylkkänen – Bente Rosenbeck – Christina Carlsson Wetterberg, *Inte ett ord om kärlek. Äktenskap och politik i Norden ca 1850–1930*. *Makadam Förlag* 2006, s. 159–175; Mia Korpiola. Äitien taistelu lapsistaan. Schmidtin ja Ahlbergin lapsenryöstötapaukset ja äitien oikeudet 1900-luvun alun suomalaisessa julkisessa keskustelussa, s. 261–288 teoksessa Johanna Ilmakunnas – Anu Lahinen (toim.), *Perheen jäljillä. Perhesuhteiden moninaisuus Pohjolassa 1400–2020*. *Vastapaino* 2021.

16. Gouges 1791, artikla VI, s. 8–9: ”toutes les citoyennes et tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, doivent être également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leurs capacités, & sans autres distinctions que celles de leurs vertus et de leurs talens.” Ks. myös Cole 2011, s. 120.

17. Declaration of Sentiment (<https://www.nps.gov/wori/learn/historyculture/declaration-of-sentiments.htm>, vierailtu 11.11.2022): ”He has monopolized nearly all the profitable employments, and from those she is permitted to follow, she receives but a scanty remuneration.; He closes against her all the avenues to wealth and distinction, which he considers most honorable to himself. As a teacher of theology, medicine, or law, she is not known.; He has denied her the facilities for obtaining a thorough education—all colleges being closed against her.”

mistelevä” juristi (esim. solicitor, avoué). Merkittäviä eroja oli myös siinä, miten oikeudellista työtä päästiin tekemään (esimerkiksi muodollinen yliopisto- tai lakikoulukoulutus ohjelmiseen tai käytännön harjoittelu sekä tutkinnot). Pätevyysvaatimukset vaihtelivat. Kaikki tämä vaikutti siihen, mitä väyliä pitkin naiset alkoivat yksi kerrallaan ja välillä yhdessä pyrkiä asianajokuntaan, yliopistoihin tai lakikouluihin 1860-luvulta eteenpäin. Yhdysvallat oli muutosten edelläkävijä erityisesti 1860–1900, mutta kehitysvaiheet eri asteen tuomioistuimissa, yliopistoissa ja lakikouluissa, asianajajayhdistyksissä ja virkakunnassa osa- ja liittovaltiotasolla olivat eriaikaisia.¹⁸ Englanti, Ranska ja muu Keski-Eurooppa seurasivat keskimäärin 1880–1940.¹⁹

Milloin naiset tulivat Suomessa näkyviksi yliopistossa ja oikeudellisen työn piirissä? *Maria Tschetschulin* (1852–1917) pääsi vuonna 1870 ensimmäisenä suomalaisnaisena suorittamaan ylioppilastutkinnon saatuaan erivapauden sukupoluestaan. Vaikka naiset saivat kuunnella luentoja yliopistolla, tutkinnon-suoritusoikeutta siitä ei välittömästi seurannut. Naisten opiskeluhalu Helsingissä suuntautui ensin lääketieteeseen, koska keisari oli sallinut heille 1871 poikkeusluvan filosofisen tiedekunnan oppiaineisiin sekä yksityisiin lääkärintopintoihin ilman sisäänkirjautumista yliopistolle. Naisten määrä kohosi merkittävästi vuodesta 1890 lähtien, kun yliopiston sijaiskansleri sai myöntää naisylioppilaille opiskeluerivapauden. Vuosina 1894–1896 naisia oli ollut noin 15 prosenttia yliopistoon kirjoittautuneista ylioppilaista, mutta heidän määränsä saavutti 39 prosenttia jo 1914–1916. Erivapausmenettely kumottiin 1900.²⁰

18. Esimerkkeinä runsaasta tutkimuksesta Virginia G. Drachman, *Sisters in Law. Women Lawyers in Modern American History*. Harvard University Press 1998; Barbara Babcock, *Woman Lawyer. The Trials of Clara Foltz*. Stanford University Press 2011; Jill Norgren, *Rebels at the Bar. The Fascinating, Forgotten Stories of America’s First Women Lawyers*. New York University Press 2013.

19. Esim. Mary Jane Mossman, *The First Women Lawyers. A Comparative Study of Gender, Law and the Legal Professions*. Hart Publishing 2006; Anne-Laure Catinat, *Les premières avocates du barreau de Paris*. *Mil neuf cent 16/1998*, s. 43–56; Sara L. Kimble, *The Rise of “Modern Portias”. Feminist Legal Activism in Republican France, 1890s–1940s*, s. 125–151 teoksessa Sara L. Kimble – Marion Röwekamp (eds), *New Perspectives on European Women’s Legal History*. Routledge 2016; Eva Schandewyl, *Women and the Courts in Twentieth-Century Belgium: An Historical Perspective*, s. 152–173 sama; Gordana Stojaković, *The First Lawyers and Attorneys: The Struggle for Professional Recognition of Women’s Rights in Yugoslavia (1918–1953)*, s. 174–197 sama; Krassimira Daskalova, *Bulgarian Women in Legal Education and the Legal Profession During the First Half of the Twentieth Century*, s. 198–216 sama; Iwona Dadej, *“The Napoleonic Civil Code is to Blame for My Decision to Study Law”: Female Law Students and Lawyers in the Second Polish Republic*, s. 217–246 sama; Marion Röwekamp, *Women, Equal Rights, and the Legal Profession in Germany, 1895–1933*, s. 247–271 sama.

20. Esim. Matti Klinge, *Ylioppilaskunnan historia 3: 1872–1917*. Helsingin yliopiston ylioppilaskunta 1968, s. 141–147; Helena Westermarck, *Finlands första kvinnliga läkare Rosina Heikel. Kvinnospår i finländskt kulturliv*. Söderströms 1930, s. 85–106; Alfons Takolander, Emma Irene Åström. ”Lagerens första kvinna”. Söderströms 1922.

Naisten lainopin opinnot alkoivat jälkijunassa. *Agnes Lundellia* (1878–1936) juhliitaan yleisesti edelläkävijänä, sillä hän oli ensimmäinen tuomaritutkinnon vuonna 1906 suorittanut nainen Suomessa. ”Virallinen ensimmäinen nainen” sai paljon näkyvyyttä lehdistössä.²¹ Lundellin korostaminen on kuitenkin osin epähistoriallista. Lukemattomat naiset olivat tehneet oikeudellista työtä paitsi kodeissa myös toimistoissa ennen kuin ensimmäiset naiset kirjoittautuivat Helsingin yliopiston lainopilliseen tiedekuntaan 1892. Kaikkienensa tiedekuntaan oli kirjoittautunut nelisenkymmentä naista ennen Lundellia. Koska suomalainen lakimiesidentiteetti on niin vahvasti tuomarin virkatutkinnon määrittämä, historiankirjoitus on jättänyt nämä naiset näkymättömiksi, vaikka osa heistä mainittiin aikakauden lehdistössäkin.²²

Oliko Lundell Suomen ensimmäinen naisasianajaja²³? Vuoden 1734 laki salli ”maineeltaan moitteettomien, rehellisten, kunnollisten ja järkevien miesten” ajaa toisten asiaa.²⁴ Opintoja tai tutkintoja ei edellytetty. Mutta tarkoittiko ”mies” vain miessukupuolen edustajaa vai ihmistä? Tästä käytiin debattia ja oikeuttakin. Eri tuomioistuimet ja yksittäiset tuomarit määrittelivät sen, ketkä heidän oikeussalisiaan kelpasivat oikeudenkäyntiavustajiksi. Kysymykseen vastaamiseen vaikuttaa myös se, että asianajajan tehtävistä vain murto-osa tapahtui oikeussalissa. Asianajotoimi oli maallikkovaltainen pitkälle 1900-luvulle asti.²⁵ Maallikkojen asianajoa kuitenkin rajoitettiin lainsäädännöllä vuosina 1898–1917. Tällöin kiellettiin avustaminen ylemmissä tuomioistuimissa ja jopa asiakirjojen toimittaminen niihin kaikilta muilta kuin Helsingin yliopistossa tutkinnon suorittamattomilta. Ennen Lundellia niin koti- kuin ulkomaisetkin lehdet uutisoivat ensimmäisistä

21. Esim. Anneli Winter-Mäkinen, *Naisjuristien 1. vuosisata. Poimintoja naisjuristien historiasta. Lakimiesliiton Kustannus* 1995; Anneli Winter-Mäkinen, Hän on ollut ensimmäinen meistä – Agnes Lundell ja tuomarin tutkinto, s. 8–23 teoksessa Ritva Juntunen (toim.), *Naisjuristit 60-vuotta 1945–2005. Täydennyspaloja Naisjuristien historiikkiin: vuodet 1995–2005. Naisjuristit 2005*; Mia Korpiola, *Agnes Lundell. Suomen ensimmäinen oikeustutkinnon suorittanut nainen uusien lähteiden valossa*, s. 37–55 teoksessa Oona Ilmolahti – Sinikka Selin (toim.), *Rohkea kynä. Syntymäpäiväkirja Maria Lähteenmäelle 9.6.2017. Työväen historian ja perinteen tutkimuksen seura* 2017.
22. Mia Korpiola, *Unohdetut ensimmäiset oikeustiedettä opiskelleet naisylioppilaat. Lakimiesuutiset* 2/2013, s. 56–57.
23. Asianajon terminologia oli melko vaihtelevaa aikakaudella. Nimityksiä advokat, sakförare, fullmäktig, rättegångsbiträde, rättegångsombud/asianajaja, asioitsija, advokaatti, valtuutettu, (oikeudenkäynti)asiamies, riitapuolen apulainen käytettiin osin ristiin ja synonyymisesti 1800-luvulla.
24. Rättegångs Balk 15:2, Sveriges Rikes Lag, Gillad och Antagen på Riksdagen Åhr 1734. Institutet för rätthistorisk forskning 1984, s. 219: ”The, som för andra måge tala och svara, skola vara oberychtade, ärlige, redelige och förståndige män. Ej bör någor almänneliga ther til brukas, som af Rätten, ther saken drifves, ej godkänd är, och lof ther til fätt.”
25. Esim. Mia Korpiola, *Mielikuvat oikeudellisen tiedon haltijoista autonomian Suomessa – hyvät, pahat ja rumat maallikkoasioitsijat*, *Tieteessä tapahtuu* 39(5) 2021, s. 33–40; Marianne Vasara-Aaltonen, *Maallikkoasianajosta kohti juristien esiinmarssia. Asianajotoiminta 1800-luvun Kuopiossa ja Vaasassa, Historiallinen Aikakauskirja* 1/2022, s. 37–55.

tunnetuista suomalaisista naispuolisista maallikkoasioitsijoista, jotka olivat töissä asianajotoimistoissa. Heiltä oli kuitenkin asianajo tuomioistuimissa kielletty ensiksi senaatin oikeusosaston päätöksillä 1897 ja sitten lainsäädännöllä 1898.²⁶

Suomalaisessa maallikkovaltaisessa oikeuskulttuurissa juristitutkinnosta oli tullut tuomarintoimen välttämätön edellytys vasta 1817.²⁷ Vaikka käytännöksi oli muodostunut 1860-luvulta lähtien, että naisille saatettiin antaa vapautus sukupuolestaan tiettyihin virkoihin, erivapauksia ei myönnetty ylempiin virkoihin. Naisjärjestöt pitivät yllä keskustelua naisten pääsystä virkoihin samoilla kriteereillä kuin miehet.²⁸ Itsenäistymisen jälkeen Suomen Hallitusmuodon 5 §:ssä säädettiin kansalaisten yhdenvertaisuudesta lain edessä, ja yleisiksi ylenysperusteiksi virkoihin vahvistettiin ”taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto”.²⁹ Oli yhä vaikeampaa perustella, miksi juuri suomalainen nainen olisi erityisen kykenemätön rationaaliseen ja objektiiviseen, todisteisiin perustuvaan harkintaan, kun naiset olivat olleet lainsäätäjinä jo toistakymmentä vuotta. Myös useissa Länsi-Euroopan maissa naiset pääsivät asianajajiksi ja tuomareiksi ensimmäisen maailmansodan jälkeen. Lopulta Suomessa 23.4.1926 normirypäs, tärkeimpänä laki naisen kelpoisuudesta valtionvirkaan, avasi ovet useimpiin valtiollisiin virkoihin. Naisia tosin pidettiin liian epäluotettavina raastuvan-, kihlakunnan- tai maanjako-oikeuden puheenjohtajiksi, kunnes vuotta myöhemmin annettu asetus (25.11.1927/311) poisti esteen.³⁰ Seuraavina vuosina Suomen harvalukuiset naisjuristit saivat näkyvyyttä toimiessaan auskultointinsa aikana

26. Keisarillisen Majesteetin Armollinen asetus oikeudenkäymiskaaren 15 luvun 2 §:n muuttamiseksi toisin kuuluvaksi 23.11.1898, Suomen suuriruhtinaanmaan asetus-kokoelma, nide 52. Keisarillinen Senaatti 1898, s. 1–2; Yrjö Raevuori, Suomen asianajotoiminnan vaiheita. WSOY 1968, s. 18; Mia Korpiola, Attempting to Advocate. Women Entering the Legal Profession in Finland, 1885–1915, s. 292–318 teoksessa Sara L. Kimble – Marion Röwekamp (eds), *New Perspectives on European Women’s Legal History*. Routledge 2016.

27. Hans Kejsler. Maj:ts Nädiga Förordning [...] i afseende å Examina med de Studerande wid Universitetet i Åbo, hwilka ämna söka sin fortkomst wid Rättegångswerken eller andra grenar af Civila Styrelsen, 3.11.1817, teoksessa *Samling af Placater, Förordningar, Manifeste och Påbud, samt andre Allmänna Handlingar, hwilka i Stor-Furstendömet Finland sedan 1808 års början ifrån trycket utkommit*, nide 3. J. C. Frenckell & Son 1832, s. 117.

28. Esim. Koti ja yhteiskunta 12/1897, s. 135–136; sama, 1/1908, s. 12; sama, 7–8/1908, s. 86; Mandi Hannula, Naiset ja virat, s. 101–106 teoksessa (ei toim.) Puoli vuosisataa naisasiatyötä. Suomalaisen Naisyhdistyksen 50-vuotisjuhlaulkaisu 1884–1934. Suomalainen Naisyhdistys 1934.

29. §5, §86, Suomen Hallitusmuoto, 17.7.1919/94.

30. Laki naisten kelpoisuudesta valtionvirkaan 23.4.1926/112; Laki eräiden tuomarin ja valtuutetun esteellisyyttä koskevien säännösten soveltamisesta naiseen 23.4.1926/113; Asetus joka sisältää täydentäviä säännöksiä naisten kelpoisuudesta valtionvirkaan 23.4.1926/114; Pirkko K. Koskinen, Laki kirjoittamattoman lain kumoamisesta eli vaiheita naisen tiellä tuomarin virkaan. Erään tutkimuksen hahmottelua, s. 49–60 teoksessa Harri Hietala – Seppo Sairanen – Taru Turunen (toim.), *Karjalaisen osakunnan juristikerho 1934–1982. Karjalaisen osakunnan juristikerho 1982; Hannula 1934; Raija Huhtanen, Naisten virkakelpoisuuden historiallista tarkastelua. Oikeus 2/1983, s. 93–104.*

Näkyväksi? Sukupuoli ja itseymmärrys oikeudessa, sen ammateissa ja tutkimuksessa

oikeuden puheenjohtajina. Heti kesällä 1926 uutisoitiin otsikolla ”Ensimmäinen naistuomari” Agnes Lundellin olevan maan ensimmäinen tuomarinvalan vannonut nainen.³¹

Mutta oliko hän kuitenkaan sitä? Vain joitain viikkoja lain säätämisen jälkeen näet *Airi Häyrynen*, maistraatin kanslia-apulainen, valittiin Mikkelin vararaati-mieheksi. Hän vannoi tuomarinvalan 10.5.1926 – eli lähes kaksi kuukautta ennen Lundellia – ja osallistui saman tien juttujen tuomitsemiseen. Samoin Suomen ensimmäiseen vakituiseen tuomarintoiimeen maaliskuussa 1928 valittu nainen vaikuttaa olleen kanslisti *Eini Kääriäinen*, josta tuli Iisalmen kaupungin maistraatin ja raastuvanoikeuden pitkäaikainen kunnallisneuvosmies.³²

Naisten tekemän oikeudellisen työn tuleminen näkyväksi Suomessa on ollut valikoiva prosessi. Eliitin, korkeammin koulutetun profession, silmissä vain tietyn ylemmän tutkinnon suorittaneet olivat ”oikeita juristeja” ja heidän tekemänsä oikeudellinen työ relevanttia profession historian kannalta. Ei-yliopistokoulutetut, käytännössä työnsä oppineet naiset tai ”väärän” tutkinnon lainopillisessa tiedekunnassa suorittaneet naiset/henkilöt eivät ole tähän määritelmään mahtuneet. Siksi heitä ei ole tehty näkyväksi osaksi Suomen juristien virallista historiankirjoitusta.

4. Naisten näkyväksi tuleminen kansainvälisessä oikeudessa

4.1. Miksi sukupuolella on erilaisia merkityksiä ja vaikutuksia kansainvälisessä oikeudessa?

Naisten näkyväksi tuleminen kansainvälisessä oikeudessa on edellä tarkasteltuihin suomalaisiin ja niitä inspiroineisiin eurooppalaisiin tai pohjoisamerikkalaisiin muutoksiin verrattuna myöhäisempää ja hitaampaa. Sukupuoli, suvunjatkaaminen ja seksuaalisuus nähdään Yhdistyneiden Kansakuntien (YK) 193 jäsenvaltiossa epäyhtenäisemmin kuin esimerkiksi eurooppalaisissa demokratioissa, jotka rakentuivat liberalismiin, kapitalismiin ja kristinuskon arvopohjille. Naisten aseman muutoksia kansainvälisessä oikeudessa tarkastellaan tässä luvussa kahdesta näkökulmasta: yhtäältä huomio on sukupuolen vaikutuksissa ammattikuntaan pääsyyn ja alan historialliseen itseymmärrykseen, toisaalta ana-

31. Esim. Länsi-Suomi, 9.7.1926, s. 2.

32. Esim., Länsi-Savo, 11.5.1926, s. 2; Warkauden Lehti, 3.3.1928, s. 3. Kunnallisneuvosmies (samoin kunnallisraati-mies) oli ennen raastuvanoikeuden tai maistraatin jäsen, joka ei ollut lainoppinut. Oikeusneuvosmies (tai oikeusraati-mies) oli puolestaan lainoppinut jäsen. Maistraatti ja raastuvanoikeus oli erotettu toisistaan suuremmissa kaupungeissa, mutta pienemmissä ne olivat vielä yhdessä.

lysoidaan materiaalisen kansainvälisen oikeuden ja doktriinin sukupuolittunutta eriarvoisuutta. Kronologisesti etenevän, virtaviivaistetun tarkastelun lähtökohdiana on, että nämä näkökulmat liittyvät kiinteästi toisiinsa.³³

Tarkasteluun vaikuttavat kansainvälisen oikeuden ominaispiirteet, kuten se, että varsinaista lainsäädäntömenettelyä ei ole. Käsitukset vallan kolmijaosta eivät siis sovellu kuvaamaan sen syntytapoja tai toimeenpanoa. Kansainvälisen oikeuden oikeuslähdeopin tuomarille ja oikeusoppineelle asettamat roolit oikeuden sisällön tunnistamisessa ja tulkinnassa saattavat mahdollistaa suuremman väylän oikeuden sisällön muotoutumiseen. Kansainvälisen oikeuden merkittävin ja toimivallaltaan yleisin oikeusistuin on Kansainvälinen tuomioistuin (ICJ) Haagissa. Sen perussäännön 38 artiklan mukaan tuomioistuin soveltaa ”a) kansainvälisiä – – sopimuksia – – ; b) kansainvälistä tapaa velvoittavaksi oikeudeksi tunnustetun yleisen käytännön ilmauksena; c) sivistyskansojen tunnustamia yleisiä oikeuseriaatteita”.³⁴ Oikeussääntöjen määrittelemiseksi se voi käyttää lähteinä myös ”d) oikeudellisia ratkaisuja sekä eri maiden etevimpien tutkijain oppeja”.³⁵ ICJ voi siis katsoa oikeussäännöksi kirjoittamattoman tavan, jota valtiokäytäntö ja ratkaistavassa tapauksessa relevantin valtion käsitys (*opinio juris*³⁶) pitävät kansainvälisenä oikeutena, tai nojautua oikeuseriaatteisiin, joille se oikeuskäytännössään antaa muodon ja tulkintoja.

Koska kansainvälisten oikeusistuinten tuomarit ja eri maiden etevimmiksi katsotut tutkijat olivat miehiä 1990-luvulle asti, sukupuolen merkitys sekä oikeushistoriallisesti että nykyisessä materiaalisessa oikeudessa eroaa merkittävästi Suomen ja muiden eurooppalaisten liberaalien demokratioiden tilanteesta. Kysymys juristiprofessioihin pääsystäkin jäsentyy toisin, koska juristeilla ei ole välttämättä ollut ensisijaista asemaa kansainvälisen oikeuden asiantuntijuudessa. Muutos tähän suuntaan on käynnissä, mutta esimerkiksi monenvälisten valtiosopimusten neuvotteluissa, diplomaateilla, kansainvälisillä virkamiehillä, ulkopoliittikan asiantuntijoilla tai kansalaisjärjestöaktiivisteilla voi edelleen olla huomattava vaikutus oikeuden sisältöön – ilman oikeudellista koulutusta. Tämän voi katsoa helpottaneen naisten näkyväksi pääsyä. Samalla se on merkinnyt naisten sijoittumista ensisijaisesti sukupuolittuneille erityisaloille, kuten naisten ja lasten oikeudet sekä seksuaalinen ja sukupuolittunut väkivalta. Tutkimusasetelmaan vaikuttaa myös se, että tuomioistuimissa, kansainvälisissä järjestöissä, ja

33. Hilary Charlesworth – Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*. Manchester University Press 2000, s. 1, ”The absence of women in the development of international law has produced a narrow and inadequate jurisprudence that has, among other things, legitimated the unequal position of women around the world rather than challenged it.”

34. Kansainvälisen tuomioistuimen perussääntö, 24.10.1945.

35. Sama.

36. Tapauksessa *North Sea Continental Shelf* 1969, ICJ katsoi, että *opinio juris* on ”a belief that practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it”.

Näkyväksi? Sukupuoli ja itseymmärrys oikeudessa, sen ammateissa ja tutkimuksessa

kansainvälisen oikeuden tutkimuksessa on ylemmällä hierarkiatasolla edelleen selkeä miesenemmistö.

4.2. Kansainvälinen oikeus ennen toista maailmansotaa

Kansainvälisen oikeuden ymmärrettiin 1900-luvun puoliväliin asti koskevan valtioiden välisiä suhteita, valtioiden oikeuksia ja velvollisuuksia sekä aikajanan loppua kohden myös kansainvälisten järjestöjen oikeudellista asemaa ja suhteita jäsenvaltioihin. Se perustui kahden- tai monenvälisiin valtiosopimuksiin tai tapaoikeuteen, ja sen noudattamisessa edellytettiin tyypillisesti vastavuoroisuutta. Valtiovalta ja valtioiden ulkosuhteet olivat hallitsijasukujen naisia lukuun ottamatta naisten ulottumattomissa. Valtioiden tahdonilmaisut tulla kansainvälisen oikeuden sitomaksi noudattivat perustuslaillisia normeja ja käytäntöjä, joita valmistelivat ja analysoivat lähes yksinomaisesti miessukupuoliset oppineet ja poliitikot. Kansainvälisellä oikeudella ei katsottu olevan välittömiä oikeusvaikutuksia luonnollisille henkilöille eikä sen noudattamista valvottu ylikansallisin mekanismein.

Kansainvälinen oikeus oli (nykyisestä) nimestään³⁷ huolimatta pääosin eurooppalaista. Sen keskeisimpiä tavoitteita oli valtioiden rajat ylittävän kaupan turvaaminen. Kanssakäymisen helpottamiseksi kehittyivät valtioiden diplomaattisia suhteita koskevat säännöt. Siirtomaiden valloitus ja niiden luonnonvarojen ja väestön taloudellinen hyötykäyttö katsottiin yleensä kansainvälisen oikeuden mukaiseksi, vaikka skolastikot perehtyivätkin kysymykseen: oliko ei-kristilliset ”alkuasukkaat” katsottava ihmisiksi siinä määrin, että heille kuului myös omistusoikeus? Valtioiden sodat ja kilpailevien hallitsijoiden keskinäinen voimankäyttö vaaransivat kauppaa ja merenkulkua: sodankäyntiä tuli siis rajoittaa ja sen oikeutusta säännellä.

Kansainvälisen oikeuden ammattikunta ja tutkimusintressit heijastelivat pitkään geopoliittisten valtarakenteiden muutoksia. Kansainvälisestä oikeudesta neuvottelivat ja sitä opettivat miehet, eurooppalaiset tai heistä polveutuvat. Viimeaikainen tutkimus on tehnyt näkyväksi poikkeuksia, kuten hallitsijasukujen ja muiden hoveissa vaikuttaneiden naisten toimijuutta esimerkiksi valtiosopimusneuvotteluissa ilman virallista asemaa diplomatian ja vallan kentillä.³⁸ Sukupuolten (sekä sosiaaliluokkien, kansallisuuksien, ja rodullisiksi ymmärrettyjen

37. Termiä ”international law” käytti ensimmäisenä Jeremy Bentham vuonna 1789 teoksessa *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.

38. Ks. Glenda Sluga and Carolyn James, *Women, Diplomacy and International Politics Since 1500*. Routledge, 2016; Mark Bryant, *Partner, Matriarch, and Minister: Madame de Maintenon of France, Clandestine Consort, 1680–1715*, s. 77–107 teoksessa Campbell Orr (ed), *Queenship in Europe 1660–1815. The Role of the Consort*. Cambridge University Press, 2004; André Corvisier, *Les régences en Europe. Essai sur les délégations de pouvoirs souverains*. Persée 2002.

alkuperien) epätasa-arvo kansainvälisessä oikeudessa ilmensi arvoja ja sosiaalisia käytäntöjä johtavissa eurooppalaisissa valtioissa.

Näiden keskenään kilvoittelevien suurvaltojen vallankumoukset, sodat ja siirtomaapolitiikka olivat kansainvälisen oikeuden käännekohtia tai uusien vaikutteiden lähteitä, myös sukupuolten tasa-arvon osalta. Militarismin nousun välttämälle 1870-luvulle sijoittuu kahden johtavan tieteellisen ja ammatillisen järjestön, *Institut de droit international (IDI)* ja *International Law Association (ILA)*, perustaminen.³⁹ Tapahtumat katsotaan alalla merkkipaaluiksi valtiosääntöoikeudesta ja kansainvälisistä suhteista erillisen kansainvälisen oikeuden tieteenalan ja ammattikunnan synnylle.⁴⁰ Näillä ratkaisevilla aatteellisen ja ammatillisen identiteetin rakentamisen hetkillä samoista kysymyksistä kiinnostuneet naiset jätettiin järjestäytymisiin kutsumatta. Oliko kyse siitä, että naiset tarkoituksellisesti suljettiin ulos ”ammattillistumisen ja tieteellistymisen prosesseista”⁴¹? Tämän kysymyksen kansainvälisen oikeuden historian tutkimus on nykypäivään asti sivuuttanut: keitä henkilöitä ja mitä ajatuksia ei päästetty mukaan uuteen tieteellistyvään ammattikuntaan ja miksi?

Perusteellista arkistotutkimusta aiheesta ei ole tehty, mutta fragmentteja tunnetaan. Kansainvälisen oikeuden merkkimiehiin luettavan *Gustave Moynierin* (1826–1910) mukaan Punaisen ristin kansainvälisen komitean toimialalla ei naisia tarvittu kuin sairaanhoitajiksi sitomaan haavoja.⁴² *Carnegie Endowmentin* varhaiset kokouspäiväkirjat antavat ymmärtää kenet oli sen johtajien ja toimikunnan jäsenten mielestä katsottava ammattiin ja tieteenalalle epätoivotuiksi: yhtäältä ääri-kansallismieliset ja monarkiaa puolustavat taantumukselliset (reactionaries) ja toisaalta ”ammatti-pasifistit” ja radikaalit uudistajat, kuten yhdistykset *Women’s International League for Peace and Freedom* ja *League of Women Voters*.⁴³

Naisten näkyväksi tulemiselle kansainvälisessä oikeudessa voi esittää vaihtoehtoisia ja/tai rinnakkaisia alkuhetkiä. Yksi avautuu kiinnittämällä huomio luvuissa 2 ja 3 mainittuihin naisten kansalaisoikeuksiin ja siviilioikeudelliseen asemaan. Niiden edistämiseksi käynnistyi 1800-luvulla monikansallista, univer-

39. Muita järjestöjä olivat the American Society of International Law, the International Peace Bureau, Carnegie Endowment for International Peace, La Paix par la Droit, Royal Institute of International Studies, the League of Nations Union, Grotius Society ja National World Court Committee.

40. Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*. Cambridge University Press 2001, s. 11–97; Arnulf Becker Lorca, *Mestizo International Law*. Cambridge University Press 2015.

41. Koskenniemi sama.

42. Silvia Cadei, *Le Comité du CICR: Une Affaire d’Hommes? Histoire & Genre* Numero 2, automne 2017, s. 74–83, 76.

43. Immi Tallgren kiittää Jens Wegeneriä näistä alustavista huomioista, arkistotutkimus New Yorkissa lykkääntyi Covid-epidemian vuoksi.

saaliin pyrkivää yhteistyötä.⁴⁴ Naisten äänioikeutta ja vaalikelpoisuutta ajanut järjestötoiminta sekä nykyterminologiassa kansainväliseksi yksityisoikeudeksi mielletävät yksityis- ja perheoikeudelliset aloitteet mobilisoivat naisia laajasti Euroopassa ja Pohjois-Amerikassa. Ne kietoutuivat osin yhteen transatlanttisen orjakaupan vastaisen aktivismin kanssa.⁴⁵ Myös luvussa 3 käsitelty aktivismi naisten pääsyksi ammattikuntiin oli osin kansainvälistä.

Naisten järjestötoiminta sinänsä vaikutti samalta kuin miesten: konferensseja, oikeusvertailua ja säätelyehdotuksia.⁴⁶ Merkittävin ero oli se, että yhteys julkiseen valtaan ja valtioiden ulkosuhteisiin puuttui: naisten toiminta ja ideat katsottiin yksityisiksi, vailla yleisempää merkitystä. Historiallisena jatkumona naisten ylikansalliseen normatiivisuuteen tähdänneet aloitteet ja niiden johtohahmot ovat edelleen täysin näkymättömiä kansainvälisen oikeuden historioissa tai marginalisoitu ”feministiseksi aktivismiksi”, ”sosiaalioikeudeksi” tai ”oikeusvertailuksi”.

Toinen alkupiste naisten näkyväksi tulemiselle kansainvälisessä oikeudessa kytkeytyy sodan oikeussääntöihin ja pasifismiin. Samaan aikaan kun IDI ja ILA perustettiin, valtiosuvereniteetin ehdottomuutta alettiin kyseenalaistaa humanitaarisen oikeuden eli sodankäynnin haittavaikutuksien rajoittamiseen pyrkivien oikeussääntöjen kodifointihankkeissa. Varhaisimmat sopimukset perustuivat sotaa käyvien osapuolten väliselle vastavuoroisuudelle, niin että ihmiselämän ja omaisuuden suojaaminen sekä kärsimyksen lieventäminen koskivat vain vihollisvaltion sotilaita, kansalaisia ja omaisuutta. Kun sodankäynnin teknologioiden ja tapojen muutokset saattoivat myös siviiliväestön, -omaisuuden ja -infrastruktuurit entistä totaalisempaan vaaraan, sääntelyn tavoitteet laajenivat

44. Britta Waldschmidt-Nelson – Anja Schüler (eds), *Forging Bonds Across Borders. Transatlantic Collaborations for Women's Rights and Social Justice in the Long Nineteenth Century*. Bulletin of the German Historical Institute 2017; Laura Beers, *Advocating for a Feminist Internationalism Between the Wars*, s. 202–221 teoksessa Glenda Sluga – Carolyn James (eds), *Women, Diplomacy and International Politics Since 1500*. Routledge 2016; Leila J. Rupp, *Worlds of Women. The Making of an International Women's Movement*. Princeton University Press 1997, s. 199.

45. Ks. Kathryn Kish Sklar – James Brewer Stewart (eds), *Women's Rights and Transatlantic Antislavery in the Era of Emancipation*. Yale University Press 2007.

46. Tutkimuksia naisten oikeudellista asemaa koskeneista keskusteluista ylikansallisessa, universaaliin vaikutukseen pyrkivässä kontekstissa, ks. Karen Knop, *Gender and the Lost Private Side of International Law*, s. 357–380 teoksessa Annabel Brett – Megan Donaldson – Martti Koskeniemi (eds), *History, Politics, Law*. Cambridge University Press 2021; Roxana Banu, *Nineteenth Century Perspectives on Private International Law*. Oxford University Press 2018; Roxana Banu, *Forgotten Female Figures in Private International Law. The International Social Service*, teoksessa Immi Tallgren, *Portraits of Women in International Law: New Names and Forgotten Faces?* Oxford University Press 2023; Christine Chinkin – Karen Knop, *Remembering Chrystal MacMillan: Women's Equality and Nationality in International Law*. *Michigan Journal of International Law* 22(4) 2001, s. 523–585; Paolo Amorosa, *Rewriting the History of the Law of Nations: How James Brown Scott made Francisco de Vitoria the Founder of International Law*. Oxford University Press 2019.

yrityksiin turvata myös siviiliväestöä, etenkin sen ”heikompia” edustajia eli naisia ja lapsia.⁴⁷

Humanitäärisen oikeuden rinnalle vaadittiin selkeämpiä sääntöjä ja käytäntöjä itse voimankäytön rajoittamiseksi, niin että sotimisesta ristiriitojen ratkaisukeinona tulisi kansainvälisen oikeuden vastaista. Pasifismia oikeusäänöin ajavien joukossa oli useita johtavia naisia.⁴⁸

Muita tavoitteita naisten varhaisessa kansainvälisen oikeuden aktivismissa olivat naisten ja lasten kauppaamisen (ns. white slavery)⁴⁹ ja pornografian vastustaminen. Osa naisten valtioiden rajat ylittävistä aktivismista seurasi alueellisia tai kielirajoja, poliittisia (kuten sosialismi) tai uskonnollisia (kuten kveekarit) vakaumuksia, mutta pyrki edistämään universaalia sosiaalista ja taloudellista kehitystä.

Ensimmäistä maailmansotaa seurasi voittajavaltioiden pyrkimys järjestää valtioiden väliset suhteet uudelle pohjalle Kansainliitossa. Sen perussäännön 7.3 artikla kirjasi kahden edeltävän vuosikymmenen muutokset naisten asemassa ja yhteiskunnallisessa aktivismissa tavalla, joka herätti optimismia: ”All positions under or in connection with the League, including the Secretariat, shall be open equally to men and women.”⁵⁰ Naisten asema Kansainliiton virkakunnassa jäi kuitenkin vaatimattomaksi.⁵¹ Sen oikeudellisella osastolla työskenteli naisia

47. Ks. Boyd van Dijk, *Preparing for War*. Oxford University Press 2022; Judith Gail Gardam, *The Law of Armed Conflict. A Gendered Regime?*, s. 171–202 teoksessa Dorinda G. Dallmeyer (ed), *Reconceiving Reality. Women and International Law*. American Society of International Law 1993.

48. Ks. Janne Nijman – Bertha von Suttner, *Locating International Law in Novel and Salon*, teoksessa Tallgren 2023; Kate Grady – Gina Heathcote – Jane Addams. *Positive Peace from the Everyday to the International*, teoksessa Tallgren 2023; Samuel Moyn, *Humane: How the United States Abandoned Peace and Reinvented War*. MacMillan 2022. Freya Baetens, *The Forgotten Peace Conference. The 1915 Congress of Women*, s. 455–459 teoksessa Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press 2010; Lela B. Costin, *Feminism, pacifism, internationalism and the 1915 International Congress of Women*. *Women’s Studies International Forum* 5(3–4) 1982, s. 301–315.

49. Ensimmäiset kansainväliset sopimukset neuvoteltiin 1900-luvun alussa, ks. esim. Jean Allain, *Slavery in International Law. Of Trafficking and Human Exploitation*. Martinus Nijhoff 2013.

50. Ks. esim. Aoife O’Donoghue, *Article 7 of the Covenant of the League of Nations, 1919*, s. 125–131 teoksessa Erika Rackley – Rosemary Auchmuty (eds), *Women’s Legal Landmarks. Celebrating the History of Women and Law in the UK and Ireland*. Bloomsbury Publishing, 2018.

51. Ks. esim. Michel Marbeau, *Les femmes et la Société des Nations (1919-1945)*. Genève, la clé de l’égalité?, s. 163–176 teoksessa Jean-Marc Delaunay – Yves Denéchère (éd), *Femmes et les relations internationales au XX siècle*. Sorbonne PSN 2007, s. 173; Carol Ann Miller, *Lobbying the League. Women’s International Organizations and the League of Nations*, DPhil, Oxford University 1992; Myriam Piguet, *Gender Distribution*, s. 62–77 teoksessa Haakon A. Ikonomou – Karen Gram-Skjoldager (eds), *The League of Nations. Perspective from the Present*. Aarhus University Press 2019.

Näkyväksi? Sukupuoli ja itseymmärrys oikeudessa, sen ammateissa ja tutkimuksessa

vain avustavissa tehtävissä ja lyhytaikaisissa työsuhteissa.⁵² Yksittäisiä naisia oli myös valtioiden valtuuskunnissa Kansainliittoon sekä mandaattijärjestelmän elimissä.⁵³ Toisen maailmansodan lähestyessä naisten osuus Kansainliiton virkakunnasta väheni entisestään.

4.3. Kansainvälinen oikeus ja instituutiot universaalien yhdenvertaisuuden puolustajina?

Tavoite rajata suvereenien valtioiden vallankäyttöä niiden omia kansalaisia kohtaan kansainvälisillä normeilla, joiden noudattamista valvotaan ylikansallisesti, esitetään tyypillisesti reaktiona toiseen maailmansotaan, etenkin Euroopan moraaliseen ja aineelliseen rappioon. Muuttunutta maailmaa ja sen oikeussuhteita edusti YK ja sen perussääntö (1945) sekä nopeassa tahdissa neuvotellut universaalisuuteen pyrkivät julistukset ja sopimukset.⁵⁴ Kansainvälistä oikeutta ja kansainvälisiä instituutioita kohtaan kertyi valtavasti odotuksia, myös koskien sukupuolten tasa-arvoa, joka kirjattiin universaaliksi tavoitteeksi.⁵⁵ Samalla kun kansainvälisen oikeuden tavoitteet ja keinot laajenivat, valtioiden määrä ja keskinäiset poliittiset eroavuudet sekä taloudellinen eriarvoisuus kasvoivat entisten alusmaiden itsenäistytessä.

Valtion ja sen omien kansalaisten oikeussuhteen muutoksia artikuloitiin yhtäältä diskursilla kansainvälistä ihmisoikeuksista, toisaalta diskursilla kansainvälisistä rikoksista, joista seuraa yksilön rikosvastuu. Kylmä sota hiljensi muutosprosessit ja johti osaltaan alueellisten järjestöjen ja sopimusverkostojen syntyyn. Kansainvälinen oikeus monimutkaistui ja alkoi fragmentoitua, näin esitettiin.⁵⁶ Tästä huolimatta kansainvälisen oikeuden ammatit, tutkimuksen painopisteiden määrittäminen ja tiedontuotanto olivat edelleen lähes yksinomaan miesten työtä. Oliko kyse oikeudenalan ja kansainvälisten suhteiden asiantuntemuksen epätasa-arvoisesta jakaantumisesta kansallisvaltioissa? Vai vallitsivatko kansainvälisen oikeuden keskeisissä instituutioissa, johtavissa yliopistoissa ja ammattijärjestöissä

52. Benjamin Auberer, Female Staff in the Legal Section of the League of Nations, teoksessa Tallgren 2023.

53. Susanne Pedersen, Metaphors of the Schoolroom. Women Working the Mandates System of the League of Nations, History Workshop Journal, January 2008.

54. Esim. YK:n Ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus (YK:n yleiskokous, 10.12.1948; joukkotuhontasopimus, Nürnbergin periaatteet (Kansainvälisen oikeuden toimikunta, 29.7.1950).

55. YK:n Ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus 1948 ja sitä seuranneet ihmisoikeussopimukset.

56. Anne-Charlotte Martineau, Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique. Bruylant 2015; Martti Koskenniemi, Fragmentation of International Law. Difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the Study Group of the International Law Commission. United Nations, 2006.

patriarkaaliset asenteet? Kysymykset jäävät vastaamatta, sillä tutkimus aiheesta on lähes olematonta.

Selkeä muutos naisten näkyvyydessä alkoi 1990-luvulla. Seksuaalinen ja sukupuolittunut väkivalta aseellisissa konflikteissa, etenkin entisen Jugoslavian alueella sekä Ruandassa, päätyi ensin mediassa ja sen myötä kansainvälisissä politiikassa huomion kohteeksi. Kansainvälisen rikosoikeuden normistoa uudistettiin ripeästi, ja lukuisia kansainvälisiä rikostuomioistuimia perustettiin. Naisia nimitettiin ensin johtaviksi seksuaalirikosten asiantuntijoiksi, syyttäjiksi ja vähitellen laajemmassa määrin myös tuomareiksi. Voidaanko muutokset tulkita yleisemmin, siirtymäksi kohti tasa-arvoa tai ainakin sukupuolieron merkityksen vähenemistä kansainvälisessä oikeudessa? Ei välttämättä, sillä naisten näkyvyys kansainvälisessä rikosoikeudessa perustuu käsityksiin naisten biologisesta, sosiaalisesta ja moraalisestakin toiseudesta sekä naissukupuolen roolista suvunjakamisessa, joita etenkin humanitäärisessä oikeudessa on pidetty erityissuojelun kohteena.⁵⁷

Kansainvälisen oikeuden, järjestöjen ja diplomatian ammatit, tutkimusalat ja diskurssit ovat usein edelleen miesvaltaisia ja miesten johtamia. Merkittävä esimerkki on vuonna 1947 perustettu YK:n Kansainvälisen oikeuden toimikunta (ILC). Jäsenyys toimikunnassa on kansainvälisen oikeuden arvostetuimpia asiantuntijatehtäviä. Ensimmäiset naiset valittiin jäseniksi vuonna 2001, yli 50 vuotta toimikunnan perustamisen jälkeen. Toimikunnan jäsenistö (1947–2022) on koostunut 229 henkilöstä, joista naisia on ollut 7. Suomesta toimikuntaan valittiin vuonna 2017 suurlähettiläs, OTT *Marja Lehto*. Kansainvälisen oikeuden historia ja toimikunnan kokoonpano kietoutuvat yhteen esimerkiksi ILC:n käsityksissä kansainvälisen oikeuden ehdottomista normeista, joista ei voi missään olosuhteissa poiketa (*jus cogens*).⁵⁸ Niitä koskevan doktriinin ja tulkintakäytännön kehitys ”has privileged the experiences of men over those of women, and it has provided a protection to men that is not accorded to women.”⁵⁹ ILC esimerkiksi sisällyttää rotusyrjinnän kiellon *jus cogens* -normeihin, mutta sukupuuo-

57. Keskustelua ja kritiikkiä, ks. Janet Halley, Rape in Rome. Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law. Michigan Journal of International Law 30(1) 2008, s. 1–123; Kiran Kaur Grewal, International Criminal Law as a Site for Enhancing Women’s Rights? Challenges, Possibilities, Strategies. Feminist Legal Studies 23(2) 2015, s. 149–165; Heidi Matthews, Redeeming Rape. Berlin 1945 and the Making of Modern International Criminal Law, s. 90–109 teoksessa Immi Tallgren – Thomas Skouteris (eds), The New Histories of International Criminal Law. Oxford University Press 2019; Karen Engle, The Grip of Sexual Violence in Conflict. Feminist Interventions in International Law. Stanford University Press 2020.

58. Mary H. Hansel, “Magic” or Smoke and Mirrors? The Gendered Illusion of *Jus Cogens*, teoksessa Dire Tladi (ed), Peremptory Norms of General International Law (*Jus Cogens*). 2021.

59. Hilary Charlesworth – Christine Chinkin, The Gender of *Jus Cogens*. Human Rights Quarterly 15(1) 1993, s. 63–76.

lisyrjinnän kieltoa ei.⁶⁰ Kidutuksen kieltä on ehdoton, mutta raiskauksen kieltä vain kansainvälisten rikostunnusmerkistöjen rajaamissa olosuhteissa.⁶¹

Kansainvälisen tuomiostuimen (ICJ) tuomariksi nimitettiin nainen vuonna 1995, *Rosalyn Higgins* (Iso-Britannia). Vuonna 1985 Tunisia oli kutsunut ad hoc -tuomariksi *Suzanne Bastidin* (Ranska).⁶² Intersektionaalisesta näkökulmasta on huomionarvoista, että ensimmäiset naistuomarit olivat eurooppalaisten imperiumien siirtomaavaltojen kansalaisia.⁶³ Naisia on ICJ:n tuomareista ollut enimmillään neljannes. Kysymykset tuomareiden sukupuolen ja ylipäätään identiteetin merkityksestä eivät ole uusia, mutta avoin keskustelu niistä on.⁶⁴ Väheneekö binaariseksi ymmäretyn sukupuolieron merkitys vai korostuuko se tasa-arvotavoitteen myötä? Mikäli tuomarin identiteettiä pidetään keskeisenä, miten löydetään tasapaino, yleinen ja yhdenmukainen oikeudenkäyttö?

Kansainvälisen oikeuden tutkimuksessa 1990-luvun alussa alkanut ”Feminist approaches to international law”⁶⁵ ei ole teoreettisen viitekehityksensä monimuotoisuudesta ja laadukkaasta tutkimuksesta huolimatta toistaiseksi merkittävästi onnistunut vaikuttamaan oikeudenalan rakenteisiin, suuntauksiin tai opetukseen.⁶⁶ Valtiollisen diplomatian ja kansainvälisten järjestöjen tahoilla painotetaan toisinaan esimerkiksi ”feminististä ulkopolitiikkaa”⁶⁷ tai ”Naiset, rauha ja turval-

60. Fifth Report on the Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, UN Doc.A/CN.4/747(2022).

61. Patricia Viseur Sellers, Jus Cogens: Redux, s. 281–286 teoksessa Catherine Powell – Adrien K. Wing (eds), Symposium on Feminist Approaches to International Law. AJIL Unbound 2022.

62. Immi Tallgren – Antoine Buchet, Suzanne Bastid, The First of the ‘Firsts’, teoksessa Tallgren 2023.

63. Vrt. Josephine Jarpa Dawuni (ed), International Courts and the African Woman Judge. Unveiled Narratives. Routledge 2019.

64. Ks. Nienke Grossman, Achieving Sex-Representative International Court Benches. American Journal of International Law 110(1) 2016, s. 82–95; Freya Baetens (ed), Identity and Diversity on the International Bench. Who is the Judge? Oxford University Press 2020; Kimi Lynn King – James D Meernik – Eliza G Kelly, Deborah’s Voice. The Role of Women in Sexual Assault Cases at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Social Science Quarterly 98(2) 2017, s. 548–565.

65. Hilary Charlesworth – Christine Chinkin – Shelley Wright, Feminist Approaches to International Law. The American Journal of International Law 85(4) 1991, s. 613–645, 614; Dianne Otto, Feminist Approaches to International Law, s. 488–504 teoksessa Anne Orford – Florian Hoffmann with Martin Clark (eds), The Oxford Handbook of the Theory of International Law. Oxford University Press 2016; Troy Lavers – Loveday Hodson, Feminist Judgments in International Law. Hart 2019.

66. Catherine Powell – Adrien K. Wing (eds), Symposium on Feminist Approaches to International Law, AJIL Unbound 2022; Ana Luisa Bernardino, What International Law Textbooks Teach Us Not to Know, Andrea Bianchi – Moshe Hirsch (eds.), International Law’s Invisible Frames, Oxford University Press 2021.

67. Ks. Leena Vastapuu – Minna Lyytikäinen, Gender Equality and Finnish Foreign Policy from 2019 to 2022. Ministry for Foreign Affairs of Finland November 2022.

lisuus -agendaa”⁶⁸, ja niitä koskevia normeja tai ohjeenluontoisia tavoitteita kirjataan kansainvälisen oikeuden instrumentteihin. Afganistanin vuodesta 2021 alkaneet tapahtumat kuitenkin osoittavat, monien muiden esimerkkien lisäksi, miten hauras kansainvälisen oikeuden naisten oikeuksille antama konkreettinen suoja on.

5. Feministinen tutkimus ja sukupuolen tekeminen näkyväksi

Juristin ammatti on ”naisistunut”, toisin sanoen yhä useampi juristi on nainen; Suomessakin jo puolet juristikunnasta on naisia. Sitä mukaa kun alalle on tullut enemmän naisia, vähitellen on herännyt kiinnostusta siihen, miten erilaiset sääntelyt kohdistuvat naisiin ja miehiin. Tässä jaksossa tarkastelemme sitä, miten ja millainen sukupuoli on tullut oikeudesta käydyissä keskusteluissa (diskursseissa) näkyväksi. Peilaamme tätä kehitystä feministisen tutkimuksen aaltometaforaan. Aaltometafora ei kuitenkaan ole yksiselitteinen historiallinen kuvaus, vaan pikemminkin teoreettinen kehys, jonka avulla analysoidaan sukupuolen ja tasa-arvon käsitteiden muutoksia.

Oikeudellisen tasa-arvon ja yhdenvertaisuuden tutkimuksen erityisenä haasteena on ollut vallitseva vahva ajatus oikeuden objektiivisesta, universaalista ja neutraalista luonteesta.⁶⁹

Yllä on käsitelty naisliikkeen ns. ensimmäisen aallon vaatimuksia yhtäläisistä oikeuksista. Voidaan kuitenkin pohtia, missä määrin nämä vaatimukset ja sittemmin saavutetut oikeudet toivat naisia sukupuolena näkyviksi. Tasa-arvon määrittämistä samoiksi oikeuksiksi kuin miehillä voidaan arvostella siitä, että naiset oletetaan samanlaisiksi kuin miehet tai heidän edellytetään olevan samanlaisia kuin miehet, jotta oikeudet olisivat samoja. Silloin näkyväksi tehdään pikemminkin naisten puuttuvia oikeuksia, ei niinkään sitä, millaisia naiset ovat tai mitä he eniten tarvitsevat ja haluavat.

Kun feminismi poliittisena liikkeenä käynnistyi 1960-luvulta eteenpäin, nais-sukupuolen näkyväksi tekeminen oli esillä uudella tavalla. Feminismin toiseen aaltoon sisältyy erilaisia keskusteluja, vaatimuksia ja tutkimuksia, joiden yhtenä nimittäjänä voi pitää sitä, että muodollisesti samanlaiset oikeudet eivät

68. Christine Chinkin, *Women, Peace and Security and International Law*. Cambridge University Press 2021.

69. Esim. Anu Pylkkänen, *Muodollisen tasa-arvon pitkä historia ja sen sisäänrakennetut erot*, s. 57–72 teoksessa Johanna Kantola – Kevät Nousiainen – Milja Saari (toim.), *Tasa-arvo toisin nähtynä*. Gaudeamus 2012.

olleet tuoneet todellista tasa-arvoa.⁷⁰ Syntyi erilaisia naiskulttuurin ilmentymiä, esimerkiksi naisjärjestöjä, naiskulttuuritapahtumia ja tiedostamisryhmiä. Ne toivat esiin naisille ominaisia tai naistyyppillisiä ominaisuuksia, kykyjä ja toimia, nimenomaisena tavoitteenaan tehdä naisia, naisten työtä ja vahvuuksia näkyviksi. Samaan aikaan naisten työssäkäynti lisääntyi ja vakiintui. Tietoisuus naisten asemasta lisääntyi yleisestikin.

Aikakauden sosiaalipoliittiset toimet, joita perusteltiin tasa-arvollakin, tähtäsivät ennen muuta naisten työssäkäynnin helpottamiseen ja edistämiseen. Tavoitteena oli, että samasta ja myöhemmin samanarvoisesta työstä maksettaisiin sama palkka työntekijän sukupuolesta riippumatta.⁷¹ Suuren lastenhoitoreformin tavoite 1980-luvulla oli vapauttaa naiset palkkatöihin – toki tasa-arvon nimissä. Subjektiiivinen päivähoito-oikeus antoi vahvan oikeuden saada päivähoitopaikka,⁷² mutta työnsi samalla paljon naisia koteihin kotihoidon tuelle. Naisten oikeudellista asemaa tutkineet juristit olivat hyvin kiinnostuneita työmarkkinoihin liittyvistä kysymyksistä,⁷³ ja yleisemminkin naisten ja miesten tuloeroista. Naiset tulivat näkyviksi työntekijöinä ja äiteinä.

Toisaalta käsitys työntekijästä ei juurikaan muuttunut. Työntekijä oli edelleen vähintään 40 tuntia viikossa työtä tekevä henkilö, ja tämän normin mukaan määrittyi, ja yhä määrittyy, sosiaaliturva sairauden, työkyvyttömyyden, vanhuuden ja lastenhoidon suhteen.⁷⁴ Kuvaavaa on, että vanhempainvapaata määrittävät säännökset sijoitettiin sairausvakuutuslakiin, jossa ne ovat vielä tänäkin päivänä.⁷⁵ Raskaus ja vauvaikäisen hoito rinnastettiin sairauteen, ja vanhemmuus määrittyi poikkeamaksi normityöntekijästä. Voi miettiä, tulivatko naiset todella näkyviksi vai vahvistivatko nämä sääntelyt työntekijännormia, jonka valossa nainen äitinä

70. Esim. Johanna Niemi, Onko ”oikeus ja sukupuoli” oikeudena? *Lakimies* 7–8/2015 s. 1022–1039; Pylkkänen 2009; Nousiainen – Pylkkänen 2001.

71. Direktiivi 2006/54/EY miesten ja naisten yhtäläisten mahdollisuuksien ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta työhön ja ammattiin liittyvissä asioissa (uudelleenlaadittu toisinto) art. 4.; Milja Saari, Samapalkkaisuus – neuvoteltu oikeus naisten ja miesten palkkaeriarvoisuus poliittisena ja oikeudellisena kysymyksenä korporatistisessa Suomessa. *Helsingin yliopisto* 2016; Paula Koskinen Sandberg, Korporatistinen politiikka ja samapalkkaisuuden järjestelmä, s. 169–187 teoksessa Johanna Kantola – Paula Koskinen Sandberg – Hanna Ylöstalo (toim.), *Tasa-arvopoliittikan suunnanmuutoksia. Talouskriisistä tasa-arvon kriiseihin*. Gaudeamus 2020.

72. Kirsi Alila ym., *Varhaiskasvatuksen historia, nykytila ja kehittämisen suuntalinjat*. Tausta-aineisto varhaiskasvatusta koskevaa lainsäädäntöä valmistelevan työryhmän tueksi. Opetus- ja kulttuuriministeriön työryhmämuistioita ja selvityksiä 2014, s. 12.

73. Pirkko K. Koskinen, *Naisoikeutta. Naisnäkökulma työoikeuteen*. Suomen Lakimiesliiton Kustannus 1983.

74. Jenny Julen Votinius, *Föräldrar i arbete. En könskritisk undersökning av småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning*. Makadam 2007.

75. Sairausvakuutuslaki (364/1963) on nyttemmin korvattu saman nimisellä lailla (1224/2004). Lain 9 luku (28/2022) käsittelee vanhempainpäivärahaa.

tai potentiaalisena äitinä on vajavainen, eikä suinkaan naiskulttuurin julistamalla tavalla kyvykäs, toimiva ja naisellinen.

Naistutkimuksessa, kuten nousevaa tutkimusalaa 1980-luvulla kutsuttiin, keskusteltiin paljon sukupuolten eroista ja yhtäläisyyksistä. Saatettiin pohtia, ovatko miehet ja naiset enemmän samanlaisia vai erilaisia. Oikeudellisesti tasa-arvoisen kohtelun ajateltiin yhä edellyttävän samanlaisuutta, ja usein vältettiin sukupuolten välisistä eroista keskustelemista. Toisaalta haluttiin tehdä ero biologisen sukupuolen ja sosiaalisen sukupuolen välillä.

Oikeustieteen näkökulmasta sosiaalipsykologi *Carol Gilliganin* erottelut miesten ja naisten oikeudenmukaisuuskäsitysten eroista ovat kiinnostavia. Gilliganin mukaan miesten käsitys oikeudenmukaisuudesta tarkoittaa sääntöjen noudattamista, kun taas naisten oikeudenmukaisuuskäsite on sisällöllisempi ja suosii sellaisten ratkaisujen löytämistä, jotka johtavat kaikkien osapuolten kannalta reilun ja toimivan ratkaisun löytämiseen.⁷⁶ Gilligania on arvosteltu siitä, että hän oletti erot biologisiksi ja luonnollisiksi, mutta hän puolustautui toteamalla, että hän ei ottanut kantaa siihen, mistä erot johtuvat.

Pohjoismaisessa keskustelussa tasa-arvoasiat saivat huomiota osakseen. Kuten radikaalifeministit Yhdysvalloissa, myös pohjoismaiset tutkijat halusivat teoretisoida sukupuolten välisiä eroja ja suhteita sukupuolistuneen vallan näkökulmasta. Ruotsalainen historioitsija *Yvonne Hirdman* teoretisoi sukupuolta (kön/genus) valtajärjestelmänä, jossa sukupuolierolla viitataan sukupuolten välisen kategorioihin (mies/nainen) perustuvan eron tekemiseen ja siihen liittyvään sukupuolistuneeseen valtarakenteeseen.⁷⁷

Oikeustieteessä esimerkiksi ruotsalaiset tutkijat *Eva-Maria Svensson* ja *Åsa Gunnarsson* ovat tukeutuneet sukupuolivalta-teoriaan. He pohtivat, voidaanko oikeudella aktiivisesti pyrkiä muuttamaan sukupuolten välistä valta-asetelmaa. Esimerkkejä tällaisesta aktiivisesta vaikuttamisesta lainsäädännöllä voivat olla seksin ostamisen kieltö,⁷⁸ naisiin kohdistuvan väkivallan tai perheen sisäisen väkivallan säätäminen perusteeksi rangaistuksen koventamiselle⁷⁹ tai naisten työmarkkina-asemaa parantavat kiintiösäännökset.⁸⁰

Sukupuoli valtajärjestelmänä epäilemättä tekee sukupuolieroa näkyväksi, ja monet sen pohjalta tehdyt uudistukset parantavat esimerkiksi väkivallan tai sek-

76. Carol Gilligan, *In a different voice. Psychological theory and women's development*. Harvard University Press 1998.

77. Yvonne Hirdman, *Genus. Om det stabila föränderliga former*. Liber 2003; Raija Julkunen, *Sukupuolen järjestykset ja tasa-arvon paradoksit*. Vastapaino 2010; Anu Koivunen – Marita Liljeström, *10 askelta feministiseen tutkimukseen*. Vastapaino 1996.

78. Ruotsin ja Norjan rikoslaki kieltää seksin ostamisen kokonaan. Suomessa kieltö koskee ostamista henkilöltä, joka on parituksen tai ihmiskaupan kohteena. Rikoslaki 20:9, joka säädettiin vuonna 2006.

79. Monica Burman, *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor. Om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*. Justus 2007.

80. Liisa Nieminen, *Kiintiöt, kansanvalta ja tasa-arvo*. Lakimies 7–8/2005, s. 1140–1164.

sikaupan kohteiksi joutuneiden naisten tilannetta. Ei ole kuitenkaan aivan selvää, millä tavoin ja millaista naissukupuolta sukupuolivaltateoriat tekevät näkyväksi. Niihin tuntuu sisältyvän riski siitä, että naiset nähdään uhreina tai muutoin suojelua kaipaavina henkilöinä, ei niinkään aktiivisina toimijoina.

Pitkään ajateltiin, että sukupuolista – naisista ja miehistä – voidaan sanoa jotain yleistä. Feminismin kolmannesta aallosta alettiin puhua silloin, kun mielenkiinto kohdistui naisten eroihin ja erilaisiin naisryhmiin. Feministejä onkin moitittu siitä, että heidän ajamansa oikeudet kuten samapalkkaisuus hyödyttävät lähinnä heidän itsensä kaltaisia keskiluokkaisia naisia.⁸¹ Samoja syytöksiä porvarilliset naisjärjestöt saivat osakseen 1800-luvun lopussa ja 1900-luvun alussa ajaessaan naisille yhtäläisiä oikeuksia esimerkiksi virkauralle ja oppilaitoksiin kuin miehillä.

Jo vuonna 1851 sekä orjuuden lakkauttamisen että naisten äänioikeuden puolesta toiminut *Sojourner Truth* (synt. Isabella Baumfree, n. 1797–1883) piti kuuluisan puheensa *Ain't I a woman?* ja nosti esiin sen, että värillisten naisten tilanne on aivan toisenlainen kuin niiden, joista naisten oikeuksien kokouksissa puhuttiin.⁸² Kuitenkin vasta vuosina 1989–1992 oikeustieteilijä *Kimberlé Crenshaw* käsitteellisti moniperustaista⁸³ syrjintää intersektionaalisuutena tavalla, joka toi keskustelun ainakin tutkimuksessa valtavirtaan. Crenshaw kiinnitti kuuluisissa artikkeleissaan huomiota siihen, että jotkin ryhmät, kuten värilliset naiset, olivat heikossa asemassa sekä ihonväriensä että sukupuolensa suhteen. Syrjinnänvastaisessa oikeudessa kuitenkin identifioitiin syrjinnän kohteena olevia ryhmiä, jollaiseksi värillisiä naisia ei tunnustettu.⁸⁴ Crenshaw'n tekstit tekevät värillisiä naisia näkyviksi ja puhuvat sen puolesta, että heidän äänensä tulee kuulla ja heidän tilannettaan ymmärtää, jotta tasa-arvoa edistäviä toimia voidaan mielekkäästi toteuttaa.

Intersektionaalisuuden käsitteellä viitataan edelleen useimmiten etnisyyden (race) ja sukupuolen samanaikaiseen esiintymiseen syrjintätilanteessa. Crenshaw'n artikkeli ilmestyi ajankohtana, jolloin naisten erilaisuus oli noussut keskusteluun, ja etniset ja seksuaalivähemmistöt olivat tulossa näkyviksi ja nous-

81. Esim. Kimberlé Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*. University of Chicago Legal Forum 140 1989, s. 139–167, 151; Kimberlé Crenshaw, *Mapping the Margins. Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*. Stanford Law Review 43(6) 1991, s. 1241–1299.

82. Sojourner Truthin puhetta ei tallennettu ja siitä on julkaistu erilaisia versioita, ks. näistä esim. *The Sojourner Truth projectin nettisivu*, <https://www.thesojournertruthproject.com/compare-the-speeches/> vierailtu 18.11.2022.

83. Terminologia ei ole vakiintunutta. Kati Nieminen ja Laura Jauhola (Syrjintä, intersektionaalisuus ja oikeussuojan rajat. *Oikeus* 2/2022, s. 168–190) erittelevät moninkertaisen, kumulatiivisen ja risteävän syrjinnän. Ks. myös Outi Anttila – Kevät Nousiainen, *Valvontasäännösten toimivuudesta. Sosiaali- ja terveysministeriön raportteja ja muistioita* 44/2013.

84. Kimberlé Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*. University of Chicago Legal Forum 140 1989, s. 139–167.

seet vaatimaan oikeuksiaan. Sukupuolen ja seksuaalivähemmistöjen kohdalla voidaan nähdä analoginen tilanne: toisaalla naisasialiike ajoi naisten oikeuksia, toisaalla homoseksuaalien syrjintä nousi esiin. Lesbonaisiin kohdistuva syrjintä oli pitkään näkymätöntä.⁸⁵ Sittemmin erilaisten yhteiskunnallisten ryhmien esiintulosta on puhuttu kriittiseenkin sävyyn identiteettipolitiikkana. Selvää kuitenkin on, että ihmisten erilaisuus ja siihen liittyvä syrjintä on tullut näkyväksi.

Sekä kansainvälisessä että kansallisessa oikeudessa on tapahtunut paljon yhdenvertaisuuden edistämiseksi viimeisten kolmenkymmenen vuoden kuluessa. Naisten,⁸⁶ lasten⁸⁷ ja vammaisten⁸⁸ oikeuksien sopimukset ovat olleet erittäin merkittäviä niin henkilöiden oikeuksien edistämisessä kuin erilaisuuden näkyväksi tekemisessä. Seksuaalivähemmistöjen syrjintä on kielletty ihmisoikeussopimuksissa ja heidän oikeuksiaan on täsmennetty esiin Yogyakartan periaatteet-asiakirjassa,⁸⁹ joka on asiantuntijoiden kansainvälisen julistuksen muotoon laatima periaatejulistus. Myös Euroopan unionin oikeudessa ja sitä myöten jäsenvaltioiden kuten Suomen oikeudessa seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin kohdistuva syrjintä on kielletty.⁹⁰

Teoreettinen keskustelu sukupuolesta oikeudessa voitiin tiivistää siten, että kysyttiin, millaisia implisiittisiä oletuksia sukupuolesta sisältyy oikeusjärjestykseen. Toisenlainen näkökulma syntyy, kun kysytään, millaista sukupuolta yhteiskunnalliset käytännöt, kuten oikeus, tuottavat.⁹¹ Tällöin voidaan puhua jo feminismin neljännestä aallosta. *Amalia Verdu Sanmartin* osoitti vuonna 2020 väitöskirjassaan, että kansainvälisessä oikeudessa on enenevässä määrin siirrytty käyttämään gender-käsitettä, erotuksena biologiseen sukupuoleen viittaavasta sex-käsitteestä. Hänen mukaansa käsitteet kuitenkin sulautuvat toisiinsa eikä erottelulla biologiseen ja sosiaaliseen sukupuoleen näytä olevan juurikaan merkitystä. Lisäksi hänen analyysinsä osoittaa, että intersektionaalisista erotteluista huolimatta oikeus on vahvasti sidoksissa kahteen sukupuoleen. Hän toteaa, että

85. Ruotsissa tätä historiaa on tutkittu perusteellisesti. Ks. Hanna Hallgren, *När lesbiska blev kvinnor – när kvinnor blev lesbiska. Lesbiskfeministiska diskursproduktion rörande kön, sexualitet, kropp och identitet under 1970- och 1980-talen i Sverige*. Kabusa 2008; Malena Gustavsson, *Blandade känslor. Bisexuella kvinnors praktik och politik*. Kabusa 2006.

86. Kaikkinaisen naisten syrjinnän poistamista koskeva yleissopimus (CEDAW) 1979; Suomessa voimaan 1986.

87. Yleissopimus lapsen oikeuksista (CRC) 1989; Suomessa voimaan 1991.

88. Yleissopimus vammaisten henkilöiden oikeuksista (CRDP) 2006; Suomessa voimaan 2016.

89. Yogyakartaprinssiipit.org – The Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity vierailtu 11.11.2022.

90. Direktiivi 2000/78/EY yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista. Tasa-arvolain (Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta 609/1986 7 § ja yhdenvertaisuuslain (1325/2014) 8 §.

91. Erityisesti Judith Butlerin teoria sukupuolen performatiivisuudesta on muuttanut näkemystä myös oikeudesta sukupuolta tuottavana käytäntönä. Judith Butler, *Hankala sukupuoli. Feminismi ja identiteetin kumous*. Gaudeamus 2006. Ks. esim. Margaret Davies, *Law Unlimited: Materialism, pluralism, and legal theory*. Taylor & Francis 2017, erit. s. 123.

seksuaalivähemmistöjen oikeuksia koskevissa asiakirjoissa sukupuolen käsitteen binäärisyys säilyy: homoseksuaalit ovat edelleen miehiä ja lesbot naisia. Moninaisuus on siis sukupuolen sisäistä.⁹² Verdu kysyykin, eikö sukupuoli voitaisi nähdä väljemmin, pikemminkin janalla (fluid) kuin binäärisenä.

Suomen oikeudesta löytyy esimerkkejä Verdun analysoimasta tilanteesta. Erityisesti translaki⁹³ perustuu siihen, että juridisen sukupuolensa vääräksi kokevan henkilön tulee voida korjata sukupuolensa vastakkaiseksi sukupuoleksi.⁹⁴ Kun kahden vanhemman perheessä on kaksi naista, isyyslain⁹⁵ rinnalle säädettiin ensin äitiyslaki,⁹⁶ ja sen jälkeen vanhemmuuslaki, johon koottiin isyyden ja äitiyden vahvistamista koskevat säännökset.⁹⁷ Samalla kun lainsäädäntöä kehitetään vastaamaan uusia vaatimuksia, on ilmeinen vaara, että lait vahvistavat binääristä sukupuolikäsitystä ja sukupuolirooleja sen sijaan, että ne aidosti tunnistaisivat erilaisuutta. Verdu pohtiikin, että kysymys ei ole vain sukupuolesta, vaan on ilmeinen riski, että intersektionaalisuuden ja identiteettipolitiikan kautta päädytään lokeroimaan ihmisiä yhä pienempiin laatikoihin, ei siihen, että ihmiset voisivat tunnistaa omanlaatuisuutensa ja olla vapaasti sitä, mitä ovat tai haluavat olla.

Feministisen tutkimuksen kritiikki johti tunnistamaan sukupuolen ja seksuaalisuuden monimuotoisuutta 2000-luvulla, mikä tutkimuksessa johti gender-käsitteen omaksumiseen. Kuten Verdu Sanmartin osoittaa, gender voi viitata binääriseen sukupuoleen, joko valta-aspektin kanssa tai ilman sitä, taikka yleisesti erilaisiin sukupuolen ilmentymiin. Jälkimmäisessä merkityksessä sukupuolta on teoretisoitu erityisesti queer-tutkimuksen parissa, mistä käsitys sukupuolen moninaisuudesta on omaksuttu yleisesti sukupuolen tutkimuksessa (gender studies) ja myös oikeustieteessä.⁹⁸ Enää ei puhuta naistutkimuksesta tai

92. Amalia Verdu Sanmartin, *Trapped in Gender. Understanding the concept of gender and its use in law*. *Annales Universitatis Turkuensis* 508/2020.

93. Laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta 563/2002. Marjo Rantala, *Sukupuoleen sopeutetut – intersukupuolisten ja transsukupuolisten henkilöiden oikeusasema Suomessa*. *Oikeus* 1/2016, s. 8–28.

94. Translain uudistus on vireillä eduskunnassa 2022, ks. hallituksen esitys eduskunnalle laiksi sukupuolen vahvistamisesta ja siihen liittyviksi laeiksi 189/2022 vp. Sukupuolen vahvistamisen edellytyksiä helpotetaan, eikä enää puhuta ”vastakkaisesta” vaan toisesta sukupuolesta. Ehdotus perustuu edelleen kahden sukupuolen malliin.

95. Isyyslaki 700/1975. Kumottu 1.1.2023 eteenpäin.

96. Äitiyslaki 253/2018. Kumottu 1.1.2023 eteenpäin.

97. Vanhemmuuslaki 775/2022 tulee voimaan 1.1.2023. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle vanhemmuuslaiksi ja siihen liittyviksi säännöksiksi 132/2022 vp.

98. Ks. Martha Fineman – Jack Jackson – Adam Romero (eds), *Feminist and queer legal theory. Intimate encounters, uncomfortable conversations*. Ashgate 2009; Jackie Jones – Anna Grear – Rachel Fenton – Kim Stevenson (eds), *Gender, sexualities and law*. Routledge 2011. Pohjoismaisen oikeuden ja sukupuolen tutkimuksen monialaisuudesta saa kuvan esimerkiksi teoksesta Eva-Maria Svensson et al. (red), *På vei. Kjønn og rett i Norden*. Makadam 2011.

naisoikeudesta, vaan sukupuolen tutkimuksesta (gender studies) ja oikeuden ja sukupuolen tutkimuksesta (gender studies in law).

Queer-tutkimuksen erityiseen kontribuutioon kuuluu heteronormatiivisuuden käsite, jolla tarkoitetaan sitä, että yhteiskunta, lainsäädäntö mukaan lukien, on rakentunut kahden sukupuolen oletuksen varaan.⁹⁹ Vaikka lainsäädäntöön sisältyy vain jonkin verran sukupuolittuneita sääntelyjä – edellä mainittujen lisäksi esimerkiksi asevelvollisuus¹⁰⁰ ja aborttilaki¹⁰¹ – oikeudellisia instituutioita voidaan analysoida heteronormatiivisuuden käsitteen avulla.

Esimerkiksi avioliittolakia voitaisiin analysoida siitä näkökulmasta, millainen käsitys puolisoista siihen sisältyy. Avioliittolakia muutettiin vuonna 2013 kansalaisaloitteen seurauksena siten, että aviopuolisot voivat olla myös samaa sukupuolta.¹⁰² Lain taustalla voi kuitenkin olla ajatus heteronormatiivisesta ydinperheestä, jossa toinen puoliso käy töissä ja toinen on päävastuullinen kodin ja lasten hoidosta. Tämä heijastuu konkreettisiin säännöksiin siitä, miten puolisoiden varallisuus avioliiton purkauksessa puolitetaan. Vastaavasti vanhempainvapaata ja kotihoidon tukea voitaisiin tarkastella heteronormatiivisuuden käsitteen avulla.¹⁰³ Miten hyvin normi työssä käyvä versus kotona lapsia hoitava vanhempi vastaa nykypäivää, jolloin yhä suurempi osa vanhemmista jakaa aikansa työn ja lasten hoivan välillä?¹⁰⁴

99. Adrienne Rich, *Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*. *Signs* 5(4) 1980, s. 631–660.

100. Tasa-arvolain 9 §:n mukaan asevelvollisuuden säätämistä ainoastaan miehille ei pidetä syrjintänä.

101. Laki raskauden keskeyttämisestä 239/1970.

102. Laki avioliittolain muuttamisesta 156/2015; lain muuttamiseen johtanut Kansalaisaloite KAA 3/2013; Kansalaisaloitteella on jostain syystä kaksi numeroa 10/2013. Asiasta käytiin vilkasta keskustelua eduskunnassa, jossa lakivaliokunta asettui vastustamaan aloitetta ja suuri valioikunta kannatti sitä, LaM 14/2014; SuVM 2/2014. Tahdon2013 kampanjasta kansalaisaloitteen tueksi ks. Nina Järviö, *Polkuja suomalaiseen tasa-arvoon? Kansalaistoiminta, Tahdon2013 ja translaki*. Helsingin yliopisto 2018, erit. s. 66.

103. Marika Kytölä, *Äidin oikeus, isän kannustin – vanhempainpäiväraha sukupuolistuneena sääntelynä*. *Lakimies* 2/2017, s. 195–215; Marika Kytölä, *Vanhempainpäiväraha. Kertomus heteronormatiivisesta ydinperheestä*. *Oikeus* 3/2017, s. 329–346; Marika Kytölä – Johanna Niemi, *Vauvasta vaariin – työn ja perheen yhteensovittamisen lainsäädännölliset mallit*. *Lakimies* 3–4/2021, s. 439–459. Vanhempainvapaan ja kotihoidontuen käyttö on erittäin sukupuolistunutta. Miesten osuus vanhempainvapaan käytöstä vaihtelee Pohjoismaissa Suomen 11 prosentista Islannin, Norjan ja Ruotsin yli 30 prosenttiin. Suomen erikoisuus, kotihoidon tuki, on pääosin naisten käytössä. Ks. SOCIO4: Recipients of daily cash benefits at pregnancy, childbirth and adoption by time, content and reporting country. https://pxweb.nordicstatistics.org/pxweb/en/Nordic%20Statistics/Nordic%20Statistics__Social%20integration%20and%20income__Social%20protection/SOCIO4.px/?rxid=4bd7ba15-3c4a-4793-8711-6db1fc878223 vierailtu 11.11.2022.

104. Vanhempainvapaan uudistus vuonna 2022 lievensi tätä diktomiama huomattavasti. Ks. hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sairausvakuutuslain, työsopimuslain ja varhaiskasvatuslain muuttamisesta sekä niihin liittyviksi laeiksi 129/2021 vp. Uudistuksella ei muutettu kotihoidon tukea, joka on lähes yksinomaan naisten käyttämä vapaan muoto.

Vastaavasti voidaan pohtia, vahvistaako tasa-arvolaki heteronormia, kun se nimeä myöten sääntelee naisten ja miesten välistä tasa-arvoa,¹⁰⁵ ja esimerkiksi sinänsä myönteisen kehityksen aiheuttanut kiintiösäännös olettaa sukupuolia olevan kaksi?¹⁰⁶ Lain syrjinnän määritelmä¹⁰⁷ koskee nykyisin myös sukupuoli-identiteettiä ja sukupuolen ilmaisua, ja ne viittaavat väljempään sukupuolen käsitteeseen.¹⁰⁸ Kun kuitenkin syrjintä seksuaalisen suuntauksen perusteella on kielletty yhdenvertaisuuslaissa,¹⁰⁹ voidaan kysyä, edellyttääkö lainsäädäntö Crenshaw'n toteamalla tavalla identifioutumista lainsäädännön tunnistamaan ryhmään ennen kuin syrjintää voidaan tunnistaa.

Tässä on tarkasteltu sitä, miten ja millaista sukupuolta sukupuolentutkimus ja oikeuden ja sukupuolen tutkimus on tehnyt näkyväksi viimeisten viidenkymmenen vuoden aikana. Tutkimuksessa sukupuolen binäärisen ymmärtämisen rinnalle on noussut sekä sukupuolten sisäinen moninaisuus että binäärisen sukupuolikäsitteen kyseenalaistaminen. Nämä suuntaukset on havaittu myös lainsäädännössä, jossa on tunnistettu sukupuolen ilmaisu ja sukupuoli-identiteetti sekä seksuaalinen suuntautuminen syrjintäperusteina. Sukupuolen ja sen moninaisuuden tunnistamisen rinnalla kulkee suomalaiselle sääntelylle ominainen sukupuolineutraaliuden korostus.¹¹⁰ Vaikka sukupuolineutraali lainsäädäntö on monella tavoin edistänyt sukupuolten tasa-arvoa, vaarana voi olla sukupuolieron tekeminen näkymättömäksi ja syrjivien käytäntöjen jääminen tunnistamatta sen vuoksi. Toisaalta sukupuolispesifit sääntelyt voivat sisältää riskin sukupuolieron vahvistamisesta sen sijaan, että sääntelyllä tuettaisiin ihmisten oikeutta löytää oma identiteettinsä sukupuolen määrittämisestä ja rooleista riippumatta.

6. Lopuksi: miksi naisten näkyväksi tuleminen on tärkeää?

Tämän artikkelin lähtökohta oli se, että naisten osallisuus ja siten heidän näkökulmansa ovat olleet pitkään näkymättömiä oikeudellisessa koulutuksessa, tutkimuksessa ja päätöksenteossa. Näkymättömyys tai poissaolo on vaikuttanut

105. Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta 609/1986.

106. Tasa-arvolain 4 a §.

107. Tasa-arvolain 7 §.

108. Lain 7.7 §:ssä määritellään: ”Mitä tässä laissa säädetään sukupuoli-identiteettiin tai sukupuolen ilmaisuun perustuvasta syrjinnästä, sovelletaan vastaavasti syrjintään, joka perustuu siihen, että henkilön fyysiset sukupuolta määrittävät ominaisuudet eivät ole yksiselitteisesti naisen tai miehen.” Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi 19/2014 vp.

109. Yhdenvertaisuuslain (1325/2014) 8 §.

110. Erit. Pylkkänen 2009; Kevät Nousiainen – Anu Pylkkänen, Sukupuoli ja oikeuden yhdenvertaisuus. Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2001.

käsityksiimme ympäröivästä todellisuudesta, oikeuden kieleen ja käsitteisiin sekä oikeudella suojattaviksi ymmärrettäviin oikeushyviin. Olemme käsitelleet sukupuolieron vaikutusta ja etenkin naisten asemaa eri näkökulmista: oikeussubjektius, oikeudelliseen koulutukseen ja professioihin pääseminen, naisten oikeudet sekä sukupuoliserjintä. Tarkastelimme sekä historiallista muutosprosessia että nykyistä tilannetta, jälkimmäistä etenkin sukupuoliteorian diskurssissa. Kysymyksenasettelumme konteksti vaihteli Suomesta Pohjoismaihin, Eurooppaan, kansainväliseen ja globaaliin oikeuteen. Tarkasteluissa liikuttiin mikrotasoilta makrotasolle ja takaisin. Mitä johtopäätöksiä voimme matkaltamme vetää?

Oikeustieteessä ja oikeustieteellisessä koulutuksessa painotetaan oikeuden objektiivisuutta, neutraalisuutta ja tasapuolisuutta. Nämä ovat tärkeitä arvoja, joiden merkitystä emme kiistä. Sen sijaan kannustamme entistä valppaammin kysymään, mitä ne tarkoittavat lainkäyttäjän, lainvalmistelijan, oikeustieteilijän ja tavallisen ihmisen näkökulmista.

Oikeuden symboli on perinteisesti Justitia, nainen side silmillään sekä miekka ja vaaka käsissään. Tämä on ristiriidassa sen kanssa, että artikkelissa kuvatun mukaisesti naiset pitkään suljettiin oikeudenjakajien ulkopuolelle. Side symbolisoi sitä, että oikeudenjakajan tulisi tehdä ratkaisunsa riippumatta yksittäisen oikeuden hakijan yksilöllisistä ominaisuuksista. Kuitenkin ihmisten ominaisuudet, kuten ikä, syyntakeisuus tai vammaisuus, tai olosuhteet, kuten taloudellinen tilanne, työ tai työttömyys, ovat säännönmukaisesti relevantteja erilaisissa oikeudellista päätöksentekoa edellyttävissä tilanteissa. Juristit tarvitsevat eri näkökulmien ymmärrystä, jotta lakeja osattaisiin valmistella, päätöksiä tehdä ja oikeutta tutkia ottaen huomioon erilaisten ihmisryhmien tilanteet, tasapuolisella ja objektiiviseen harkintaan perustuvalla tavalla.

Suomessa on rikottu monia lasikattoja, mistä esimerkkinä tasavallan ja korkeimman oikeuden presidenttinä on ollut nainen. Edelläkävijänaisia, kuten Agnes Lundell, on nostettu esiin myös oikeushistorian tutkimuksessa. Oikeushistoriallisissa vertailuissa Suomi ja Pohjoismaat ovat naisten oikeudellisen aseman osalta monessa suhteessa edelläkävijöitä. Kansainvälisessä oikeudessa muutokset ovat keskimäärin hitaampia sekä ammattikunnan sukupuolijakauman että materiaalisen oikeuden tasa-arvoistumisen osalta. Laajempi historiallinen tutkimus on useissa eri konteksteissa tuonut esiin, että monet muutkin kuin nimetyt ”edelläkävijänaiset” ovat tehneet oikeudellista työtä, mutta heidän työnsä on jäänyt näkymättömäksi. Samalla oikeuden sisällöissä on sivuutettu tietämystä ja näkökulmia, jotka olisivat voineet rikastaa käsityksiämme tasapuolisesta ja objektiivisesta oikeudesta.

Naisten oikeudellisen työn tekeminen näkyväksi ei olisi ollut mahdollista, elleivät useat naisjuristit olisi suuntautuneet tutkijoiksi. Kehitys on kansainvälinen. Yhden ainoan objektiivisen tarkastelukulman kyseenalaistaminen on tarkoittanut myös muiden näkökulmien esiin tulemistä ja teoreettista monipuolistumista. Samalla tutkimuksissa on alettu kysyä, miten oikeus vaikuttaa muiden oikeuden

Näkyväksi? Sukupuoli ja itseymmärrys oikeudessa, sen ammateissa ja tutkimuksessa

valtapositioniin nähden toiseutettujen, kuten erilaisten vähemmistöjen ja haavoittuvassa asemassa olevien ihmisten asemaan. Naistutkijat ovat usein olleet kiinnostuneita esimerkiksi lasten tai ulkomaalaisten oikeudellisesta asemasta. Uusia sukupuolieroja ja sukupuolten tasa-arvoa koskevia kysymyksiä tulee edelleen esiin esimerkiksi pakolaisuuden ja maahanmuuton oikeussäännöissä.

Erilaisten etnisyyksien ja seksuaalisuuksien näkyviksi tuleminen johtaa kysymyksiin siitä, millainen käsitys ihmisestä ja oikeussubjektista on oikeudellisen tiedon perustana ja miten ihmiskäsitys vaikuttaa oikeuden itseymmärrykseen. Voidaan myös kysyä, miten erilaisten ihmisten osallistuminen oikeustieteen tekemiseen vaikuttaa materiaaliseen oikeuteen ja oikeudellisen tiedon tuottamiseen. Näiden kysymysten perusteellinen tutkimus artikkelissa kuvatuissa erilaisissa konteksteissa on vasta alkamassa. Käsitteemme on, että oikeuden ja juristien itseymmärrys tulee muuttumaan, kun oikeudellisen tiedon tuottamisen näkökulmat edelleen monipuolistuvat.

Becoming visible? Sex/gender and self-understanding in law, its professions and its research

TALLGREN, IMMI, LL.D., Title of Docent, University of Helsinki – MIA KORPIOLA, LL.D., Professor, University of Turku – JOHANNA NIEMI, LL.D., Professor, University of Helsinki

Law, legal theory and doctrine, legal education, and the professions of law are facing a sex and gender transition that began in Europe and North America in the 19th Century, accelerated and globalised in the 20th Century, and is currently on-going. Before the transition, women were tacitly subsumed under the general human subject of law, the holder of rights that was male (man, homme). As a result, women were the law's 'Other'. With scarce access to education in general, women were not able to access higher education, study law and enter the legal professions. Women had thus no direct influence on legislation and legal research. They were marginalised in the intellectual, societal and political processes.

The authors discuss the sex and gender transition, its parameters and temporalities in diverse contexts, addressing the changes in terms of women's gradual access to visibility. Their analysis focuses, on the one hand, on the national developments in Finland, influenced by scholarship and activism in Europe and North America and, on the other hand, on international law, where the transition has had a different trajectory, logic and pace compared to the liberal democracies in Europe.

The article has four substantive chapters, addressing: Women's growing visibility in the public sphere demanding equal rights, women's access to legal education and professions in Finland and comparatively, the particularities of women's visibility in international law, and research of feminism(s) and visibility. In the introduction, the authors present the concepts and discourses of sex and gender, explaining why they build the analysis on the basis of the arguably outdated binary of 'women' and 'men' and how they consider the centrality of intersectionality in the analysis of the sex and gender transition in women's visibility.

The central claim of the article is that the on-going transition towards women's visibility has already transformed and is likely to continue transforming material law, legal scholarship, themes and approaches of legal research, and the self-understanding of legal scholars. The analysis of the sex and gender transition in law is therefore a broad and important topic of legal and interdisciplinary research.

HAKUSANAT: tuomioistuimet, tuomarit, oikeustiede, autoetnografia, oikeuslähdeoppi

”Tohtorintutkinto on luultavasti myös auttanut avaamaan ovia ja antanut minulle mahdollisuuden näyttää pystyväni vastaamaan haasteisiin, joista olisin ehkä asiallisesti selviytynyt ilman OTT-tutkintoakin, mutta joita varten en välttämättä olisi ilman ylintä akateemista oppiarvoa saanut edes näyttämisen mahdollisuutta.”

Matti Pellonpää¹

Aloitin opinnot oikeustieteellistä perustutkintoa varten Lapin yliopistossa syksyllä 1997. Opintojen sujuminen joutuisasti ja etenkin prosessioikeutta kohtaan herännyt mielenkiinto johtivat siihen, että ajatus jatko-opinnoista ei tuntunut mahdottomalta. Prosessioikeudessa kiinnostavinta oli oikeudenkäyntimenettelyyn ja etenkin rikosprosessiin perehtyminen. Onhan oikeudenkäyntejä järjestetty kaikkina aikoina ja kaikissa kulttuureissa. Mikä voisi olla historian ystävälle kiinnostavampaa?

Ensimmäinen kosketukseni tutkijan ja tuomarin roolien yhdistelmään tuli vaihto-opiskelijavuotena Utrechtin yliopistolla Alankomaissa. Eurooppalaisen rikosoikeuden kurssilla opettanut *André Klip*, joka muuten oli suomalaisiin kollegoihinsa verrattuna erinomainen luennoitsija, hoiti yliopistotyönsä ohella osa-aikaista hovioikeuden jäsenen tehtävää. Ajatus siitä, että prosessioikeuden tutkija pystyi yhdistämään työuraansa myös tuomarin viran, tuntui kiinnostavalta ja jäi jollakin tavalla itämään tulevaisuuden varalle. Omalla kohdallani yliopistotehtävät eivät tokikaan ole yltäneet professori Klipin aikaansaannosten veroisiksi, mutta erilaisissa tuomioistuintöissä on kulunut kohta 20 vuotta ja niistä merkittävä osa käräjätuomarina, joka on roolina tuntunut omimmalta.

Tuomioistuimissa vietettyjen vuosien aikana olen tavannut useita kollegoja, joilla on ollut ylin akateeminen oppiarvo. Toisinaan olen pohtinut, löytyykö tällaiseen uravaihtoehtoon päätyneiden välillä yhtäläisyyksiä, ovatko valintaan

* *Antti Tapanila*, OTT, käräjätuomari. Kiitän referee-lukijoita kannustuksesta ja vaimoani KT Katriina Tapanilaa avusta metodikysymyksissä.

1. Sitaatti teoksesta Halila, Heikki – Timonen, Pekka (toim.), *Miten meistä tuli oikeustieteen tohtoreita*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 263.

johtaneet tekijät samankaltaisia. Syvällisemmin asiaa tarkastellessa voi kysyä myös sitä, vaikuttavatko tutkijan ja tuomarin roolit jollakin tavoin vuorovaikutteisesti toisiinsa. Silloin ollaan jo lähellä oikeustieteen itseymmärrystä. Tutkijan tehtävä on selvittää voimassa olevan oikeuden sisältöä ja tuomari työllään muokkaa oikeutta. Minkälaisena tutkijatuomari² näkee oman merkityksensä ja roolinsa oikeustieteen kentällä?

1. Tutkimustehtävästä

Teorian ja käytännön vuorovaikutus on ollut oikeustieteelle luonteenomaista. Teorialla tarkoitetaan tässä yhteydessä oikeustiedettä akateemisenä opetuksena ja tutkimuksena. Vuorovaikutus on näkynyt monin tavoin; opetuksen ja tutkimuksen painopisteinä, tutkimusaiheiden ja -metodien valinnassa sekä urakierrossa yliopistojen ja käytännön lakimiesammattien välillä. Jälkimmäisestä voidaan esittää konkreettisenä esimerkkinä eri aloilla työskentelevät lakimiehet, jotka ovat suorittaneet ylimmän akateemisen oppiarvon. Myös monella yliopistotehtävissä työskentelevällä on takanaan työvuosia erilaisissa lakimiesammateissa.

Tuomareita voidaan pitää sikäli erityislaatuisena ammattiryhmänä, että heidän työllään on välitön vaikutus oikeustieteeseen, jossa tuomioistuimien ratkaisuja käytetään oikeuslähteinä. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on ainakin aikaisemmin pyritty selvittämään reaalista oikeuskäytäntöä sellaisena kuin se on ilmennyt tuomioistuimien ratkaisuksista. Jos tutkimuksen tavoitteena on selvittää voimassa olevaa oikeutta tietyiltä osin, tuomioistuinratkaisujen sivuuttaminen tekee tutkimuksen tuloksista epävarmoja tai harhaanjohtavia.

Tutkija voi käyttää lähteinään tuomioistuimien ratkaisuja ja tuomari puolestaan hyödyntää tutkijan kirjoittamaa julkaisua ratkaisunsa perustana. Tämä johdattaa kysymään, miten tutkijatuomarin kaksoisrooli vaikuttaa oikeuslähteoppiin kummassakin roolissa. Onko kaksoisroolilla vaikutusta tutkijana omaksuttuihin valintoihin, onko tutkijataustalla vaikutusta lainkäyttäjänä tai onko tuomarin tehtävien hoitamisella merkitystä tutkijayhteisössä? Kysymyksenasettelun eräänlaisena syvällisempänä juonteena pyritään saamaan selville, minkälaista yhteiskunnallista merkitystä sillä on, että tuomarin ja tutkijan roolit yhdistyvät.

2. Artikkelissa käytetään käsitettä ”tutkijatuomari” kuvaamaan sellaista käräjätuomarin, laamannin, hovioikeudenneuvoksen tai hovioikeuden presidentin virassa olevaa henkilöä, joka on suorittanut OTT-tutkinnon. Syy sille, että rajaus on kohdistettu kahteen tuomioistuinhierarkiassa alempaan tuomioistuimeen, jotka edustavat ns. yleistä tuomioistuinlinjaa, selvitetään jäljempänä.

Pyrittäessä vastaamaan minkälaisena tutkijatuomarit kokevat kaksoisroolinsa erityisesti tuomarin tehtävissä, joudutaan väistämättä selvittämään varsin kokemuksenvaraisia ja subjektiivisesti hahmottuvia seikkoja. Kysymyksenasettelu rajoittaa mahdollisuuksia tutkimusmetodin valinnalle. Ainakaan tutkijatuomarin itseyemmärrystä ei voida lähestyä perinteisin oikeusdogmatiikan menetelmin. Oikeustieteessä ymmärrys metodista on moninainen ja oikeustiedettä on harjoitettu lukuisin lähestymistavoin.³ Oma näkemykseni on, että tutkimusmetodi on valittava ensisijaisesti sen perusteella, mihin kysymykseen haetaan vastausta tieteellisin keinoin. Jos vastattavaa kysymystä ei voida lähestyä perinteisesti oikeustieteelliseksi mielletyllä metodilla, valinnan pitää kohdistua metodiin, joka voi tuottaa vastauksen edellyttämää tietoa. Tästä huolimatta on selvää, että metodin valinnan pitää kestää kriittinen tarkastelu.

Mikä sitten on *tieteellinen* metodi? *Charles Peircen* mukaan metodi ei voi olla tieteellinen, jos se perustuu tutkijan itsepäisyyteen, eli tutkija ei kykene irrottautumaan omista (ennakko)luuloistaan, vaikka tutkimuksessa hankittu evidenssi muuta todistaa. Metodi ei voi myöskään sisältää auktoriteettiin vetoamista. Tieteessä kenelläkään tai millään ei voi olla tutkimustuloksen justifioivaa auktoriteettia. Oikeustieteen kannalta on tärkeä tunnustaa, että tulkintakannanoton tai oikeuden sisältöä koskevan väitteen arvoon ei vaikuta esittäjän asema, vaan väitteelle esitettyjen perusteluargumenttien painavuus ja vakuuttavuus.⁴ Peirce on edelleen hylännyt *apriorisen menetelmän*, jolla hän on tarkoittanut ihmisen oletettua kykyä saavuttaa tietoa oman järkensä tai älyllisen intuition avulla.⁵

Tieteellistä menetelmää voidaan pitää objektiivisena, kun a) tutkimuskohteen ominaisuudet ovat tutkijan mielipiteistä riippumattomia, b) tieteellinen tieto syntyy tutkijan ja tutkimuskohteen välisen vuorovaikutuksen tuloksena, c) tiede ei voi perustua dogmien, uskon, ilmestyksen, auktoriteetin tai intuition varaan, vaan tiedon lähteenä ja kriteerinä tieteessä on viime kädessä itse tutkimuskohteesta saatava kokemus, d) tutkimuskohteesta on mahdollista saavuttaa totuudellista tietoa ja tutkijayhteisössä on mahdollista päästä yksimielisyyteen tämän tiedon laadusta.⁶ Vaikka oikeustiedettä voidaan luonnehtia ihmistieteeksi, jossa tutkimustuloksilla ei, toisin kuin luonnontieteissä, päästä minkäänlaiseen eksaktiuteen tai ulkoisin keinoin kontrolloitavuuteen, voitaneen edellä kuvattuja Peircen asettamia vaatimuksia soveltaa myös oikeustieteeseen.⁷

3. Metodisesta hajaannuksesta saa hyvän kuvan tutustumalla esimerkiksi Raimo Siltalan teokseen ”Oikeustieteen tieteenteoria”. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 464–468.

4. Siltala on – aivan oikein – havainnut perustelemattoman auktoriteettiuskon ja dogmaattisuuden juuri lainopin ongelmana (Siltala 2003, s. 470–471).

5. Ilkka Niiniluoto, Johdatus tieteenfilosofiaan – käsitteen- ja teorianmuodostus. Otava 1980, s. 81–83 ja C. S. Peirce, Johdatus tieteen logiikkaan ja muita kirjoituksia. Suom. Markus Lång. Vastapaino 2001, s. 137–150.

6. Niiniluoto 1980, s. 83, jossa on kiteytetty Peircen näkemys objektiivisesta metodista.

7. Ks. myös Siltala 2003, s. 470.

Tutkittaessa tutkijatuomarin itseymmärrystä tutkimusaineistona on väistämättä tutkijatuomareiden oma käsitys kaksoisroolista ja sen vaikutuksista. Tämänkaltainen tutkimuskysymys johdattaa metodin etsintään muista tieteistä. Ihmistieteiden tutkijoilla on usein yhteistä tutkimuksen kohde, joka on mielen konstruoima maailma, joka rakentuu ja välittyy merkityssisältöinä. Ihmistieteissä kaikki tieto on myös kulttuurisidonnaista. Tutkiessaan niitä merkityssisältöjä, joita kulttuurissa on, tutkija tutkii aina myös itseään. Ihmistieteen tekijällä ei ole mahdollisuutta asettua ulos siitä maailmasta, jota hän on tutkimassa.⁸ Tutkimuskohteen ollessa tutkijatuomarin itseymmärrys, on väistämätöntä, että tutkijalla on jokin suhde tutkimuskohteeseensa, mikä vaikuttaa tutkimustuloksiin. Tieteen etiikan kannalta kysymys on lopulta siitä, kuinka tutkija pystyy refleктоimaan omaa tutkimustyötään ja persoonallisen panoksen vaikutusta sekä miten avoimesti ja objektiivisesti tutkimustulokset raportoidaan.

2. Tutkimusmetodina autoetnografia

Autoetnografisessa tutkimuksessa tutkija tarkastelee itseään ja omia kokemuksiaan osana tiettyä organisatorista, sosiaalista ja kulttuurista yhteisöä.⁹ Siinä pyritään kuvaamaan ja systemaattisesti analysoimaan henkilökohtaista kokemusta osana kulttuurista kokemusta. Autoetnografia metodina koostuu menettelystä (*process*) ja lopputuloksesta (*product*).¹⁰ Se mahdollistaa tutkimuksen tekemisen henkilökohtaisiin kokemuksiin pohjautuen. Autoetnografian keinoin on mahdollista tutkia ilmiöitä, joista on vaikea puhua tai mistä yleensä vaietaan. Haasteena on menetelmän subjektiivisuus, sillä tutkimuskohdetta ei ole mahdollista erottaa tutkijasta. Asian voi nähdä niinkin, että autoetnografiassa hyväksytään subjektiivisuus ja sen haitallista vaikutusta pyritään ehkäisemään tiedostamalla subjektiivisuuteen sisältyvät riskit.¹¹

Autoetnografisessa tutkimuksessa uskottavuus syntyy erityisesti refleksiivisyydestä. Tutkijalla pitää olla kyky tarkastella omia oletuksiaan osana tiedon tuottamisen prosessia. Refleksiivisyys on myös tietoista pohdintaa niistä valinnoista ja päätöksistä, jotka tutkija tekee tutkimuksen kuluessa. Se kohdistuu ensinnäkin tutkijan asemaan ja vuorovaikutuksellisuuteen. Toiseksi reflektiivisyys

8. Anu Puusa – Pauli Juuti teoksessa Laadullisen tutkimuksen näkökulmat ja menetelmät. Gaudeamus 2020, s. 28–35.

9. Janne Tienari – Carol Kiriakos teoksessa Laadullisen tutkimuksen näkökulmat ja menetelmät. Gaudeamus 2020, s. 282.

10. Carolyn Ellis – Tony E. Adams – Arthur P. Bochner, Autoethnography: An overview. Forum: Qualitative Social Research 2011, s. 1.

11. Carolyn – Adams – Bochner 2011, s. 2.

kohdistuu tutkimuksen aineistoihin, menetelmiin ja teorioihin. Kolmanneksi refleksiivisyys suhteutuu tieteen kenttään ja yhteiskuntaan. Olennaista on, että autoetnografiassa tutkija on avoimesti läsnä koko tutkimuksen ajan.¹² Subjektii-visuutta ei siis pyritä häivyttämään, sillä häivyttäminen voisi olla keinotekoisista, vaan subjektiivisuuden vaikutuksen pitää olla tutkimuksen auditorion arvioitavissa.

Autoetnografista tutkimusta on tehty muun muassa kauppatieteiden alalla organisaatio- ja liikkeenjohtotutkimuksessa. Autoetnografialla on mahdollista myös pureutua herkkiin kysymyksiin, kuten kokemuksiin sorrosta, väkivallasta tai seksuaalisesta hyväksikäytöstä. Kuvaavaa sinänsä, autoetnografiaa on hyödynnetty myös akateemisen työn muutoksen tutkimuksessa.¹³ Vaikka tutkijatuomarin kokemuksissa kaksoisroolistaan ei ole kysymys sorretun puheenvuorosta tai muutoksen kuvaamisesta, autoetnografia on perusteltavissa tutkimusmetodin valintana. Tutkijatuomarin kokemuksia voitaisiin toki selvittää laadullisella haastattelututkimuksella, mutta tällöin on vaarana, että tutkimuksessa ei tavoiteta kaikkia kokemuksen vivahteita. Jos haastattelututkimuksen toteuttaisi joku tutkijatuomarin kokemuksista ulkopuolinen, jo mielekkään kysymyksenasettelun laatiminen voisi olla vaikeaa. Jos taas tutkijana olisi joku tutkijatuomarin kokemuksella varustettu henkilö, läsnä olisi joka tapauksessa subjektiivinen näkökulma.

Autoetnografisen tutkimuksen arvioimisen kannalta keskeisiä seikkoja ovat luotettavuus, yleistettävyyys ja validiteetti. Vaikka totuudenkaltaisuus kaiken tieteen tavoin on tutkimuksen päämääränä, autoetnografiassa tunnustetaan, että tutkimushavainnot ovat aina tulkintaa ja alttiita subjektiivisuudelle. Luotettavuudessa on siis kysymys tutkijan uskottavuudesta; voiko tutkijalla olla hänen kuvaamansa kokemukset, kun otetaan huomioon olosuhteita koskevat faktat? Yleistettävyyys puolestaan on selvitettävissä tutkimuksen ja lukijan välisessä suhteessa. Yleistettävyyttä ei yksilön kokemusten kohdalla voida selvittää vertaamalla niitä johonkin laajaan vertailuryhmään. Lukija joutuu arvioimaan tutkimuksen perusteella, ovatko siinä esitetyt havainnot yleistettävissä. Validiteetti puolestaan liittyy lukijan arvioon siitä, voisiko tutkimuksessa kuvattu kokemus olla mahdollinen ja uskottava.¹⁴

Artikkelin metodiksi on valittu autoetnografia, joka on oikeustieteellisen tutkimuksen metodina epätavallinen, voisi jopa sanoa tavaton. Kriittinen lukija saattaa tietysti kysyä, onko tutkimuksessa kysymys enää lainkaan oikeustieteestä vaan jostakin muusta ihmistieteestä. Tutkimuksen kohdehan on tuomarin it-

12. Tienari – Kiriakos 2020, s. 286–287.

13. Tienari – Kiriakos 2020, s. 285–288.

14. Carolyn – Adams – Bochner 2011, s. 9–10. Etenkin validiteetin arvioinnin osalta autoetnografialla on yhtymäkohta todisteiden arvioimiseen oikeudessa. Näyttää arvioiva tuomari joutuu vastaavaan tehtävään kuin autoetnografisen tutkimuksen lukija. Tuomari joutuu arvioimaan sitä, voiko todistajan kertomus olla luotettava, kun arvioidaan kertomusta sisällöllisesti ja suhteessa muuhun näyttöön taikka asiasta tiedettyihin seikkoihin.

seymmärrys. Tutkimuksen eräänä juonteena on arvioida myös sitä, voiko autoetnografian keinoin vastata oikeustieteen kannalta relevanttiin kysymykseen. Oma näkemykseni on, että oikeustieteellisenä kysymyksenä se, miten tutkijatuomari näkee oman roolinsa, on relevantti.

Autoetnografiaa ei juurikaan ole käytetty suomalaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa.¹⁵ Jonkinlaisena autoetnografisena aineistona voidaan pitää vuonna 2003 julkaistua teosta ”Miten meistä tuli oikeustieteen tohtoreita”. Teokseen on koottu 107 lakimiehen pienoiselämäkerrat siitä, miten he ovat tulleet lakitieteen tai oikeustieteen tohtoreiksi. Vaikka teoksen lopussa on lyhyt arviointi ja yhteenveto pienoiselämäkerroista, teosta ei voida pitää varsinaisena autoetnografisena tai edes etnografisena tutkimuksena. Tätä väitettä perustelen sillä, että pienoiselämäkerrat on kirjoitettu vapaamuotoisesti eikä niissä ole pyritty sellaiseen refleksiivisyyteen, jota tieteellinen autoetnografia edellyttää. Tähän ei luonnollisesti ole pyrittykään.¹⁶

Jonkinlaisena esikuvana artikkelille on ollut kansanedustaja, yhteiskuntatieteiden tohtori *Anna Kontulan* tutkimus¹⁷, joka käsittelee eduskuntaa yhteisönä. Kontulan tutkimuksessa on tarkasteltu kansanedustajan resursseja, kansanedustajien keskinäisiä valtarakenteita eli ”nokkimisjärjestystä”¹⁸, käyttäytymisnormeja ja ristiriidoilta suojautumista.¹⁹ Kontulan tutkimus perustuu etnografiseen kentätöyöhön, etenkin osallistuvaan havainnointiin ja avaintoimijoiden teemahaastatteluihin. Tutkimuksen keskiössä ovat eduskunnan sisäiset konfliktit ja niiden hallinta. Keskeisenä aineistona on Kontulan omat muistiinpanot kansanedustajakaudelta. Kontula myöntää autoetnografiaan liittyvät ongelmat, mutta huomauttaa osallisuuden tuovan mukanaan myös lyömättömiä etuja. Osallisuus takaa pääsyn paikkoihin ja verkostoihin, jotka muuten jäisivät huomaamatta. Joidenkin ryhmien kohdalla luottamusta tutkijan ja haastateltavien välillä on mahdollonta rakentaa muutoin, sillä haastateltavat eivät välttämättä luota ulkopuolisen kykyyn ymmärtää asioita. Jos tutkijalla on ennalta henkilökohtaisia kontakteja ja

15. Poikkeuksena tästä on Hilkka Heinosen väitöstutkimus Naapuruiskiistat ja kunnan ympäristönsuojeluviranomaisen kiistojen käsittelijänä. Itä-Suomen yliopisto 2016. Väitöskirjassa on hyödynnetty tutkijan omakohtaisia kokemuksia viranhaltijan tehtävistä (ks. Heinonen 2016, s. 46–50).

16. Teoksen Halila – Timonen (2003, s. 543–544) tavoite on ilmaistu seuraavasti: ”Tavoitteena on ollut persoonallisten muistojen kerääminen ja tallettaminen.” Teoksen aineiston kokoaminen on ymmärrettävissä etnografiseksi. Etnografisella tutkimuksella tarkoitetaan kulttuurin kuvaamista ja refleksiivisen tulkintaprosessin kautta tapahtuvaa käsityötä. Etnografia perustuu empirialle, jolloin kentältä kerättävät aineistot ja myös tutkittavien kanssa syntyvä vuorovaikutus määrittävät koko prosessin kulkua ja siten myös tutkimuksen lopputuloksia (Pilvi Hämeenaho – Eerika Koskinen-Koivisto teoksessa ”Moniulotteinen etnografia” Ethnos ry 2014, s. 7–8).

17. Anna Kontula, Eduskunta – västviä ja vihamiehiä. Into Kustannus 2018.

18. Termi on Kontulan käyttämä.

19. Kontula 2018, s. 8.

tuntemusta tutkimusaiheeseen, on hänellä todennäköisesti vahvempi taju siitä, mikä yhteisössä on enemmän ja mikä vähemmän merkityksellistä.²⁰

3. Kirjoitelma-aineisto

Kontulan tavoin olen päätenyt hyödyntämään haastatteluaineistoa autoetnografisen tutkimuksen tukena ja täydentäjänä.²¹ Tähän on keskeisenä syynä se, että autoetnografian subjektiivisuutta on mahdollista vähentää käyttämällä vertailuaineistona muiden vastaavanlaisessa asemassa olevien kokemuksia. Kirjoituspyyntö on lähetetty OTT-tutkinnon suorittaneille käräjäoikeuden ja hovioikeuden tuomareille. Heitä on pyydetty kirjoittamaan vapaamuotoisesti omista kokemuksistaan. Kirjoituksen laajuutta tai käsiteltäviä aihepiirejä ei ole rajattu. Saateviestissä on esitetty esimerkinomaisesti kysymyksiä, joihin kirjoituksessa on voinut vastata. Kysymyksiä ovat olleet esimerkiksi:

- Minkälaista polkua pitkin olet päätenyt tuomariksi / tutkijaksi?
- Onko tutkijataustasta ollut hyötyä/haittaa tuomarin tehtävässä?
- Miten arvioit oman tutkimustoiminnan vaikutusta lainkäyttöraatkaisuihin? Onko tutkijataustalla jotakin vaikutusta oikeuslähteiden käyttöön, oikeuslähteiden arvottamiseen tai tulkitsemiseen?
- Minkälaiset ovat odotukset tutkijayhteisöä kohtaan? Mitä odostat esimerkiksi oikeustieteelliseltä koulutukselta ja tutkimukselta?

Tutkijatuomareiden kirjoitukset ovat olleet laajuudeltaan vaihtelevia. Lyhyimmät kirjoitukset ovat olleet yhden sivun mittaisia ja pisin oli seitsemän sivua.

Pyyntö kirjoitelmasta on lähetetty yhteensä 18 oikeustieteen tohtorille, joista 12 työskenteli hovioikeudessa ja kuusi käräjäoikeudessa. Kirjoitelmapyyntö on kohdennettu yksinomaan virassa oleville tuomareille. Valintaa voidaan perustella sillä, että virkaan nimitetyllä tuomarilla on usein pidempi työkokemus, kun taas määräraikaiseen tehtävään on voinut tulla verraten lyhyellä kokemuksella.

20. Kontula 2018, s. 155–158.

21. Tässä yhteydessä on syytä mainita, että vuonna 2019 julkaistussa tutkimuksessa on tehty haastattelututkimus tuomareille ammattiprofession erityispiirteistä (Riikka Koulu – Risto Koulu – Sanna Koulu, Tuomarin roolit tuomioistuimissa. Alma Talent Oy 2019). Haastattelututkimus on varsin suppea ja sen tulokset liittyvät ainoastaan osaan tutkimusta. Mistään etnografisesta saati autoetnografisesta tutkimuksesta ei ole kysymys. Tutkimus edustaa kuitenkin harvinaisuutta sikäli, että tuomareiden ammatillisen identiteetin tai roolien tutkiminen on ollut yleisesti ottaen vähäistä (ks. myös Mirjami Paso, Tuomariutta tutkimassa. Lakimies 3–4/2022, s. 674–678).

Tutkimuksen tavoitteen kannalta on eduksi, jos kirjoitelman laatinut henkilö on ehtinyt hoitaa tuomarin virkaa siinä määrin, että hänellä on edellytykset reflektoida kaksoisrooliin liittyviä kysymyksiä. Vastaavasta syystä myös hovioikeuksissa koulutustehtävissä työskentelevät asessorit ja esittelijät on jätetty ulkopuolelle.

Pyyntö kirjoitelmasta on osoitettu ainoastaan käräjäoikeuksissa ja hovioikeuksissa työskenteleville tuomareille. Näin menetellen kirjoitelma-aineisto on jollakin tavoin yhteismitallinen autoetnografiseen osuuteen, sillä olen itse työskennellyt vastaavissa tehtävissä. Korkeinta oikeutta ei ole otettu mukaan, koska KKO:n rooli eroaa olennaisesti alemmista tuomioistuimista. KKO:lla on lakisääteisenä tehtävänä ohjata oikeuskäytäntöä ennakkoratkaisuilla. Alempien tuomioistuinten työssä painopiste on yksittäistapausten ratkaisemisella. Tämä ero on nähdäkseni merkityksellinen tutkijatuomarin kaksoisroolin kannalta. Hallinto-oikeudet on jätetty sivuun yhtäältä siitä syystä, että itselläni ei ole niistä työkokemusta. Toisaalta hallinto-oikeustuomarin työn painotukset eroavat yleisistä tuomioistuimista huomattavasti niin menettelyn kuin käsiteltävien asiaryhmien sisällön kannalta. Tutkimuksen laajuudenkaan vuoksi ei ole mahdollista ryhtyä erittelemään tällaisten seikkojen vaikutusta tutkimustuloksiin.

Kirjoitelman toimitti yhteensä seitsemän tuomaria, joista viisi työskenteli hovioikeudessa ja kaksi käräjäoikeudessa kesäkuussa 2022. Tarkemmin ei ollut mahdollista selvittää syitä siihen, miksi osa tutkijatuomareista vastasi kirjoitelmapyyntöön ja osa taas ei. Kaksi tutkijatuomaria lähetti sähköpostiviestin, joissa he toivat esille pyrkimyksensä toimittaa kirjoitelma. Viesteissä tuotiin esille, että työkiireet olivat estäneet vastaamisen. Vastaaminen ajoittui kesälomia edeltävään aikaan, jolloin tuomioistuimissa usein on kiireisempää. Mitään aihetta ei ilmennyt sellaiseen päätelmään, että kirjoitelman laatijoiden valikoituminen 18 tutkijatuomarin joukosta olisi jollakin tavalla vaikuttanut aineiston sisältöön.

Tulosten raportoinnissa ei ole eroteltu henkilön tehtävää tuomioistuimessa, sillä päällikkötuomarin aseman esille tuomisella olisi saatettu murtaa vastaan anonymiteetti.²² Samasta syystä kirjoitelmista, jos niitä on käytetty suorina viittauksina, on häivytetty tiedot, jotka voisivat paljastaa henkilöllisyyden. Kirjoitelmat on jaoteltu teemoittain, jotka puolestaan on saatu kiteyttämällä esimerkinomaisista kysymyksistä, joita tutkijatuomareille esitettiin, kun heitä pyydettiin kirjoittamaan kokemuksistaan. Teemoittelu on edelleen tiivistetty vastaamaan artikkelin lukujen 4–7 otsikoita. Tutkijatuomareiden kirjoitelmat olisivat antaneet eväitä laajempaankin tarkasteluun ja tutkimuksen avartamiseen myös muihin teemoihin²³, mutta rajaus on ollut välttämätön paitsi aihepiiriin fokusoimiseksi myös artikkelin enimmäislaajuuden vuoksi.

22. OTT-tutkinnon suorittaneiden joukossa oli kaksi päällikkötuomaria.

23. Ilmiö lienee tyypillinen laadullisen aineiston hyödyntämiselle (ks. Anu Puusa teoksessa Laadullisen tutkimuksen näkökulmat ja menetelmät. Gaudeamus 2020, s. 148).

Kuvatun kaltainen teemoitus on keskeinen osa laadullisen tutkimuksen raportointia. Teemoittaminen auttaa päättämään säännönmukaisuuksia ja samankaltaisuuksia, mutta toisaalta mahdollistaa poikkeavien ilmiöiden havaitsemisen.²⁴ Tutkijatuomareiden kirjoitelmista ei ollut tarkoitus päätellä niinkään objektiivista totuutta tutkijatuomareiden asemasta vaan ennemmin heidän itseymmärrystään siitä, miten he kokevat oman roolinsa.²⁵ Tutkimuksen tulosten raportoinnissa on mukana tulkintaa, josta ei voida eikä ole tarkoituksenmukaista pyrkiäkään eroon, kun tutkimuksen kohteena on tietyissä tehtävissä toimivien itseymmärrys ja tutkimus toteutetaan tekemällä päätelmiä kirjoitetusta kuvailusta. Olennaista on huomata myös se, että keskiössä ei ole selvittää määrällisiä näkökohtia. Kysymys ei ole tilastollisesta tutkimuksesta, vaan pyrkimyksenä on selvittää tietyn ryhmän ajattelutapoja.²⁶

4. Tutkijan uralta tuomariksi vai päinvastoin?

Tutkijan ja tuomarin ura on itselläni edennyt limittäin. Ilmoittauduin tekemään lisensiaatin opintoja kesken auskultoinnin. Eräs syy jatko-opintoihin oli kiinnostus tuomioistuintyötä kohtaan, jolloin prosessioikeus tuntui hyödylliseltä oikeudenalalta. Lisensiaatin tutkinnon suorittamisen jälkeen hain töihin vakuutus-oikeuteen, josta sitten aikanaan palasin takaisin yleiseen tuomioistuimeen eli käräjäoikeuteen. Pääosa työurastani on kulunut käräjätuomarin tehtävissä, josta olen ollut kahdesti poissa; ensin kihlakunnansyyttäjänä ja toisella kerralla hovioikeudenneuvoksena. Työuraani voi luonnehtia tuomioistuinpainotteiseksi.

Työskentelyni tuomioistuimissa on vaikuttanut olennaisella tavalla tutkimusaiheiden ja tutkimusmetodien valintaan. Lisensiaatin tutkimukseni aihe valikoitui työnohjaajan ehdotuksesta, mutta muiden julkaisujen aiheet olen päättänyt itsenäisesti. Lisensiaatin tutkimuksessa näkökulma painottui Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön selvittämiseen ja oikeuskäytännöstä pääteltävien linjausten toteutumiseen Suomessa. Sittemmin olen valtaosassa julkaisuistani varioinut teemaa eri muodoissa ja erilaisissa rikosprosessiin liittyvissä kysymyksissä. Tutkimusten kysymyksenasettelu ja kokemukset tuomarin roolista ovat osaltaan suunnanneet metodia ”oikeusrealistiseksi” siten, että keskiössä on ollut oikeuskäytännön selvittäminen eikä niinkään teoreettisesti

24. Puusa 2020, s. 152–153.

25. Vertailukohtana voidaan viitata esimerkiksi tutkimukseen, jossa on selvitetty taloudellisesti varakkaimman väestönosan kulttuureja ja moraalisia selitysmalleja (ks. Anu Kantola – Hanna Kuusela, *Huipputulokset – Suomen rikkain promille*. Vastapaino 2019).

26. Kantola – Kuusela 2019, s. 315.

kunnianhimoinen systematisointi. Viime vuosina olen kuitenkin joissakin artikkeleissa kokeillut erilaisia tutkimusmetodeja hyödyntäen prosessioikeudellisissa teemoissa oikeushistoriaa ja laadullista tutkimusta.²⁷

Tutkimustyöni on jatkunut julkaisujen laatimisen, koulutustehtävien ja satunnaisten akateemisten opinnäytetöiden arvioimisen puitteissa tuomarin töiden ohella. Julkaisujen kirjoittamista olen pitänyt ammatillisesti kiinnostavimpana ja kaikkiaan olen kirjoittanut yksin tai yhdessä kanssakirjoittajien kanssa yhdeksän kirjaa sekä lukuisia artikkeleita. Kirjat ovat käsitelleet oikeudenkäynnin julkisuutta, kontradiktorista periaatetta, itsekriminointisuoja ja todistelua. Kahdesti olen osallistunut yleisteoksen kirjoittamiseen Euroopan ihmisoikeussopimuksesta.²⁸ Rikosprosessin ohella olen kirjoittanut siviiliprosessista, josta julkaistun kokonaisuusityksen sisältöön käytännön kokemukseni käräjatuomarina ovat vaikuttaneet eniten.²⁹

Kirjoituspyyntöön vastanneet tutkijatuomarit ovat jaettavissa kahteen ryhmään sen perusteella, missä vaiheessa työuraa he ovat tehneet oikeustieteellisiä jatko-opintoja. Tutkijatuomareista viisi oli suorittanut OTT-tutkinnon työuran alkuvaiheessa ja siirtyneet sitten tuomarin tehtäviin. Tutkijatuomareista kaksi puolestaan oli aloittanut työuran tuomioistuimessa ja ryhtynyt vasta tämän jälkeen suorittamaan jatko-opintoja. Itse koen lukeutuvani jälkimmäiseen ryhmään.

Ensimmäiseen ryhmään eli ”yliopistotaustaisiin” kuuluneet ovat päätyneet tuomarin virkaan erilaisia polkuja pitkin. Osa oli toiminut ensin muissa työtehtävissä, kuten syyttäjänä tai lainvalmistelijana, kunnes oli hakenut virkaa tuomioistuimesta, mahdollisesti pidemmän ajan kuluttua. Tälle ryhmälle on leimallista, että suhtautuminen oikeustieteen tutkimukseen on itseisarvoisempaa ja kunnianhimoisempaa. Osa on työskennellyt yliopistolla pidempään, vaikka esimerkiksi väitöskirjaa on saatettu tehdä muiden työtehtävien ohella. Kaikilla ensimmäiseen ryhmään kuuluvilla tutkijan ura on joka tapauksessa alkanut jonkinlaisessa työsuhteessa yliopistoon.

Yliopistolla tutkijana aloittaneet tuomarit kuvaavat yliopistolta pois siirtymistä eri tavoilla. Yhtenä syynä mainitaan se, että yliopiston työmahdollisuudet on koettu epävarmoina ja työläinä. Väitöskirjan jälkeen urakehitykselle yliopistolla olisi ollut vain rajalliset mahdollisuudet³⁰; ”professori ainakin etelän yliopistoissa vaikutti lähes mahdottomalta”. Toisena motiivina on nostettu esille tutkimustyön herättämä kiinnostus tuomioistuihin kohtaan. Väitöskirjan oikeu-

27. Antti Tapanila, *Nemo tenetur*, teoksessa *Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon – juhla-julkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017*. Alma Talent Oy 2017, s. 357–374 ja Antti Tapanila, *Tietynlaista valaistumista – tuomioistuimet ja media*. *Lakimies* 7–8/2019, s. 1040–1063.

28. Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölönen – Antti Tapanila, *Euroopan ihmisoikeussopimus*. 5. uudistettu painos, Talentum Media Oy 2012 ja 6. painos, Alma Talent Oy 2018.

29. Antti Tapanila, *Siviiliprosessi*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 2021, s. 6.

30. KÄO1 ja HO5.

denala on saattanut herättää kiinnostusta oikeudenkäyntejä kohtaan tai sitten tutkimusaihe, jos se on liittynyt tuomioistuimien toimintaan. Joillakin vastaajista siirtyminen tuomioistuimeen on tapahtunut jonkinlaisen ulkopuolisen kannustimen perusteella. Yhden tutkijatuomarin kohdalla on avautunut mahdollisuus hakea KKO:n esittelijäneuvoksen virkaa, johon oli toivottu hakijoita myös tuomioistuinlaitoksen ulkopuolelta. Kahdelle tutkijatuomarille oli ollut ainakin jonkinlaista merkitystä keskusteluilla, joita he olivat käyneet hovioikeuden presidenttien kanssa, jotka olivat suositelleet hakeutumista tuomioistuimeen.

Yliopistotaustaisista tutkijatuomareista kaksi toi esille, että tuomarin uralle siirtyminen oli ollut hankalaa.³¹ Ensimmäinen totesi, että hakeutuminen hovioikeuteen rangin viimeiseksi esittelijäksi ei olisi ollut houkuttelevaa OTT-tutkinnolla. Hänen kohdallaan ratkaisevaa oli ollut mahdollisuus hakea KKO:n esittelijäneuvokseksi. Toisen tutkijatuomarin kokemus oli, että suomalaisessa järjestelmässä ei ole ihan yksinkertaista päästä tuomioistuimeen, jos on 10 vuotta tehnyt tutkimusta. Hänellä ensimmäinen yritys päästä hovioikeuteen oli johtanut kohteliaisiin pakkeihin. Kokemukset viittaavat siihen, että tuomioistuimissa ei välttämättä ainakaan ensimmäistä tuomarin virkaa tai määräaikaaisuutta haettaessa arvosteta tieteellistä pätevyymistä kovin korkealle. Kahden tutkijatuomarin kokemuksia voi pitää olennaisina myös sikäli, että heillä tutkimustoiminta oli jatkunut todennäköisesti muita yliopistotaustaisia pidempään eli siirtymisen tuomioistuimeen ei ollut tapahtunut uran alkuvaiheissa. Tältä kannalta on kiinnostavaa verrata havaintoja sellaisen tutkijatuomarin kommenttiin, joka on siirtynyt yliopistolta hovioikeuden esittelijäksi varsin pian väitöskirjan valmistumisen jälkeen:

”Olen hovioikeudessa tuomarina toimiessani huomannut, että yleensä ylioikeuden esittelijänä toimineet henkilöt vaikuttavat olevan jonkin verran parempia tuomareita kuin sellaiset henkilöt, jotka eivät ole toimineet esittelijöinä. Tämä on toki karkea yleistys...”

Arvion esittelijöiden lähtökohtaisesta paremmuudesta voi nähdä ilmentävän varsin vanhakantaista ajattelua pätevyymisestä tuomarin virkaan. Omat havaintoni nuorempien kollegojen pätevydestä käräjätuomarin tehtävissä eivät kuitenkaan korreloi siihen, ovatko kollegat toimineet hovioikeudessa esittelijöinä. Oma tuomarin urani hovioikeudessa jäi vuoden mittaiseksi, joten en koe olevani pätevä arvioimaan esittelijöiden paremmuutta hovioikeudenneuvoksen tehtävään. Sen sijaan pidän käräjätuomarin tehtävää ja viran vaatimuksia hyvin erilaisina hovioikeudenneuvokseen verrattuna. Käräjätuomarin työ painottuu vuorovaikutukseen oikeudenkäyntien osallisten kanssa sekä näytönarviointiin. Nämä osa-alueet edellyttävät sosiaalisia taitoja ja ymmärrystä elämän monimuotoisuudesta. Muutoksenhakutuomioistuimissa oletan oikeudellisen ajattelun ja

31. HO3 ja HO5.

päätelyn olevan enemmän etusijalla. Joka tapauksessa vanhakantainen ajatus esittelijän tehtävän pätevoittävistä vaikutuksesta voi osaltaan selittää kahden tutkijatuomarin verrattain negatiivisia kokemuksia tuomarinuran houkuttelevuudesta.³²

Pienempi osa tutkijatuomareista oli ryhtynyt tekemään jatko-opintoja vasta tuomioistuinalle lähdettyään. Heidän vastauksissaan oli nähtävissä selkeämpi välineellinen arvo jatko-opinnoille, sillä jo väitöskirjan aihetta on pohdittu tuomioistuinyöskentelyn näkökulmasta.³³ Vastauksissa ei myöskään keskitytä yhtä paljon arvioimaan oikeustieteellistä tutkimusta ja siihen liittyviä kysymyksiä verrattuna yliopistotaustaisiin tutkijoihin. Oikeustiede nähdään enemmän oman tuomarin työn kannalta eikä laajemmassa kontekstissa. Tuomarin taustalla väitöskirjan tehneet eivät myöskään ole harjoittaneet varsinaista tutkimustoimintaa enää väitöskirjan valmistumisen jälkeen. Sen sijaan yliopistotutkijana aloittaneista merkittävä osa edelleen jatkoi tutkimusta, joka oli lähinnä artikkelien kirjoittamista.³⁴

”Tuomioistuinyöskentely (harjoittelut, auskultointi ja esittelijäntyö) ja graduni aihe vaikuttivat ilman muuta väitöskirjan aiheen valintaan. Rikosoikeus on yksi keskeisimmistä tuomarintyön osaamisalueista, joten se oli kiinnostava, luonteva ja uran kannalta tarkoituksenmukainen valinta. Sekä tutkimustoiminta että alavalinta tuomioistuimessa ohjasivat vuoroin toisiaan.”

Jotkut tuomioistuintaustaiset tutkijatuomarit ovat nimenneet syyksi jatko-opintoihin jonkinlaisen ulkopuolisen kannustajan. Ensimmäisellä kannustus jatko-opintoihin oli tullut tutkielman ohjanneelta professorilta. Toinen puolestaan on ilmoittanut kannustajaksi arvostamansa päällikkötuomarin, joka oli pyytänyt häntä alioikeuksien tarkastajaksi. Tarkastajan tehtävässä oli ollut erinomainen tilaisuus keskustella tuomareiden kanssa käytännön prosessinjohtoon liittyvistä ongelmista. Keskusteluista oli valikoitunut aikanaan tutkimuskysymys. Tuomari-taustaisilla tutkijoilla työskentely tuomioistuimissa oli ohjannut valintoja ainakin väitöskirjan oikeudenaan, erällä jopa konkreettiseen tutkimuskysymykseen.

32. Tuomarinuran avaaminen ulkopuolelta tuleville päteville lakimiehille on ollut pidempään tuomarivalintalautakunnan tavoite (ks. Terttu Utriainen, Tuomarivalintalautakunta, teoksessa *Matkalla pohjoiseen – professori Jyrki Virolaisen juhla- ja Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta 2003, s. 431–432* ja Tatu Leppänen, Tuomareiden rekrytoinnista, teoksessa *Juhla-julkaisu Pekka Vihervuori 1950 – 25/8 – 2020. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2020, s. 216*). Näin tavoite on ainakin julkilausuttuna, eri asia toki on se, onko tavoite mitenkään toteutunut tai onko sitä edes pyritty vakavissaan toteuttamaan. Olen omien kokemusteni ja havaintojeni perusteella jossakin määrin eri mieltä kuin Leppänen, joka on pitänyt pitkää esittelijänuraa pikemminkin dismeriittinä haettaessa tuomarin virkaa. Leppäsen kanssa voi olla samaa mieltä siitä, että tuomarin virkaan nimitetään vähän sellaisia henkilöitä, joiden työura on luotu kokonaan tai lähes kokonaan tuomioistuimien ulkopuolella (Leppänen 2020, s. 219–220).

33. KÄO 2 ja HO1.

34. KÄO1, HO2, HO3 ja HO4.

Yliopistotaustaisten tutkijatuomareiden kohdalla tällaista kytkentää ei ollut, sillä kaikilla heistä oikeudenala ja tutkimusaihe oli valikoitunut muulla perusteella. Syynä tähän toki on voinut olla, että heillä pääasiallinen työskentely tuomioistuimissa oli alkanut vasta väitöskirjan valmistuttua.³⁵

5. Tutkijan taustalla tuomioistuimessa

Oikeustieteen tutkijan ja tuomarin työssä on samankaltaisuuksia. Molemmat pyrkivät jäsentämään heille asetetut kysymykset oikeudellisesti ja hakemaan vastauksia oikeuslähteistä. Vastaus perustellaan oikeudellisella argumentaatiolla. Keskeisenä erona lienee ainakin se, että tutkija voi vapaasti valita tutkimuskysymyksensä eikä hänen tarvitse antaa mihinkään kysymykseen lopullista vastausta.³⁶ Tuomarin tehtävässä ei suoriteta abstraktia normien tulkintaa eikä etenään systematisointia, vaan normien soveltamista ohjaa aina yksittäistapauksen tosiseikat, joiden selvittäminen edellyttää näytön arvioimista. Tämä erottaa tuomarin työn tutkijasta.

Vaikka oikeudenkäynnissä esitetty näyttö vaikuttaa tapauksesta jälkikäteen tehtäviin tulkintoihin, tutkija ei vastaanota näyttöä eikä hänellä voi olla siitä omakohtaisia havaintoja. Useimmiten näyttöön perustuvat ratkaisut ovat tutkijoita vähemmän kiinnostavia. Tutkija saattaa pyrkiä tekemään yleistäviä päätelmiä näyttöasetelman sivuuttaen, vaikka tuomarina ajattelen, että ratkaisu kytkeytyy aina faktoille ja myös yleistettävyyden on faktasidonnaista. Tuomarin näkökulmasta oikeustieteen tutkimuksissa toisinaan häiritsee se, että näyttöön pohjaavan tapauksen perusteella pyritään tekemään pitkälle meneviä tulkintoja normin soveltamisesta. Toisinaan jää pohtimaan, onko tutkimuksessa oivallettu tuomioistuinratkaisujen tapauskohtaisuus ja sidonnaisuus tiettyyn prosessuaaliseen asetelmaan. Ei edes ylin tuomioistuin voi irrottautua tästä kontekstista, vaikka se pyrkisi ohjaamaan tulevaa oikeuskäytäntöä ratkaisullaan.

Tuomarin tausta on saattanut vaikuttaa siihen, että tutkimukselta edellyttää objektiivisuutta. ”Asianajajan” tyylillä kirjoitettu julkaisu ei vakuuta, jos tutkija painottaa omaa kantaansa puoltavia lähteitä eikä selvästi tuo esille, jos oma kanta poikkeaa vallitsevasta näkemyksestä.³⁷ Oma tutkimustoimintani on puolestaan

35. ”Pääasiallisuudella” viitataan tässä yhteydessä siihen, että osa yliopistotutkijoista oli auskultoinut jo ennen jatko-opintojen aloittamista. Auskultoinnilla on joissakin tapauksissa saattanut olla vaikutusta väitöskirjaa koskeissa valinnoissa, mutta ei yhtä selvää yhteyttä kuin tuomaritaustaisilla tutkijoilla.

36. Vastaavasti KÄO1.

37. Tämänkaltainen lähteiden käyttäminen osoittaa heikkotasoisia oikeustiedettä, mutta voi olla myös tutkimuseettinen ongelma (ks. Markku Helin, *Oikeustiede ja tutkimusetiikka*. *Lakimies* 6/2015, s. 801).

vaikuttanut siihen, kuinka helposti vakuutun asianosaisten esittämistä kannanotoista. Tutkijan rooli tuottaa skeptistä asennetta ja kovin ponteva oman kannan oikeellisuuden todisteleminen vaikkapa loppulausunnossa saattaa johtaa muuhun kuin aiottuun tulokseen. Tutkijan mentaliteetti tuottaa kysymyksiä, onko asia lopulta niin kiistaton ja selväpiirteinen kuin sitä oikeudenkäynnissä esitetään.

Tutkijatuomarit näyttävät kokevan roolinsa tuomarina jossakin määrin eri tavoin sen mukaan, ovatko he aloittaneet uransa yliopistotutkijana vai tuomioistuimessa. Tuomioistuintaustaiset eivät pohtineet laajalti tutkijan roolin vaikutusta työyhteisössä eivätkä he esittäneet ulkopuolisen havaintoja tuomioistuimesta työpaikkana. Yksi heistä vastasi, että tutkimus on antanut valmiuksia tuomarin tehtävissä ja syventänyt näkemystä tuomarin roolista. Toisella tutkimus oli antanut syvemmän osaamisen rikosoikeuden yleisiin oppeihin ja tunnusmerkistötekijöiden tulkintaan.³⁸ Yliopistotutkijoina uransa aloittaneet puolestaan esittivät monipuolisia havaintoja tuomarin tehtävästä ja vertasivat sitä selkeämmin yliopistotutkijan työhön. Varsinaisissa tuomarin tehtävissä tutkijan taustasta nähtiin olleen merkittävää hyötyä. Konkreettisesti hyöty oli näkynyt valmiuksina käyttää erilaisia oikeuslähteitä, nähdä jutut laajemmin ”helikopterikatseella” ja kykyä jäsentää oikeudellisia ongelmia.³⁹ Tutkimustyön nähtiin myös parantavan edellytyksiä vakuuttavaan argumentaatioon ja loogiseen ajatteluun.⁴⁰

Kirjoitelmissa ei tuotu esille tutkijan taustan negatiivisia vaikutuksia tuomarin työssä. Sen sijaan kaksi yliopistotaustaista tutkijatuomaria viittasi jonkinlaisiin negatiivisiin kokemuksiin työyhteisössä. Yksi oli törmännyt ennakkoluuloihin, että tutkijataustainen olisi liian teoreettinen tuomarin työhön. Toisella oli kokemus, että ”työyhteisöön” solahtamisessa tutkijan taustasta oli ollut lähinnä haittaa. Vaikka suhtautuminen oli muuttunut parempaan suuntaan kuluneiden 10 vuoden aikana, edelleen taustasta mielellään naljailaan.⁴¹ Omat kokemukseni ovat tässä suhteessa neutraalimpia, sillä en ole havainnut varsinaista tutkijan taustasta naljailua, vaan suhtautuminen on ollut asiallista. Toisinaan tieteellinen ansioituminen on saatettu ottaa esille positiivisessa hengessä.⁴²

Useimmissa vastauksissa ei tuotu esille sitä, että tutkimustyö olisi jotenkin konkreettisesti vaikuttanut tuomarina tehdyissä lainkäyttöratkaisuissa. Yksi tutkijatuomari oli kuitenkin havainnut, että hänen tutkijataustallaan on ollut ratkaisevaa merkitystä ennen kaikkea kiperissä oikeudellisissa ongelmissa. Kokoonpanossa oli saatettu käydä tiivistäkin keskustelua siitä, mikä esimerkiksi oli jonkin kansainvälisen oikeuslähteen asema ratkaisussa ja tulkinnessa.⁴³ Toinen

38. HO1 ja KÄO2.

39. KÄO1 ja HO3.

40. HO4 ja HO5.

41. HO3 ja HO5.

42. Vastaavasti asennoitumista kuvasi tuomioistuintaustainen HO1.

43. HO3.

tutkijatuomari arveli, että hänen tapansa perustella poikkeaa kollegoista nimenomaan tutkijan taustan vuoksi. Tutkijatuomari koki perustelevansa tuomiot perusteellisemmin verrattuna kollegoihinsa.⁴⁴

Omat kokemukseni ovat samansuuntaisia sikäli, että toisinaan tuomarikollega on saattanut tulla kysymään neuvoa jossakin omassa jutussaan ainoastaan sen vuoksi, että tietää minun perehtyneen aiheeseen. Toisinaan kysyjä on saattanut olla myös toisesta tuomioistuimesta. Tuomioistuimissahan ei ole mitenkään tavatonta, että jotakin aluetta hyvin tunnevalta kollegalta käydään kysymässä ns. *second opinion*. Perustelutavan muovautumisen kannalta oletaisin enemmän vaikutusta olleen sillä, että aloitin tuomioistuinurani vakuutus oikeudessa, jossa ratkaisut perusteltiin erittäin tiiviisti. Yhteenvetona sanoisin, että yksinomaan tutkijan taustalla ei ole ollut kovin merkittävää vaikutusta siihen, miten olen tuomarin työni tehnyt. Ainakin vaikutuksen jäännöksetön erottelu työuran muiden vaiheiden merkityksestä on vaikeaa, ellei mahdotonta.

Joissakin vastauksissa on viitattu ”sosiaalistumiseen” tuomarin tehtävissä.

”Tutkimustoiminnalla ei ole mielestäni ollut vaikutusta lainkäyttöraatkaisuihin. Rikosjutuissa on tapahtunut ”sosiaalistumista” yleiseen tuomitsemiskäytäntöön – aluksi muualta tulleet ihmettelin eräitä näyttökynnyksratkaisuja, mutta nyt jo lienee itselläkin hallinnassa, milloin näyttö yleensä riittää. Samaan tapaan lienee rangaistuskäsityksissäni tapahtunut jonkin verran ankaroitumista siihen verrattuna, miten asioista ajattelin hovioikeudessa aloittaessani...”⁴⁵

”Tuomarin rooli on myös – ainakin toistaiseksi – yhteiskunnallisesti varsin arvostettu. Siitä taas seuraa mm. tietynlaisia käyttäytymisvelvoitteita, joita ei tietenkään varsinaisesti sanota ääneen, mutta kulttuuriin sosiaalistuu. Koen edustavani en vain itseäni, vaan myös tuomioistuinta, jonka myötä koen toimivani ja esimerkiksi puhuvani sordiinin läpi. Työyhteisö on tuomioistuimessa yliopistoon verrattuna homogeeninen, konservatiivinen, säilyttävä eikä juuri missään suhteessa luova.”⁴⁶

Tutkijan ”sosiaalistuminen” tuomioistuinikäntöihin nousi esille kirjoitelmissa. En ollut ymmärtänyt ottaa teemaa esille kirjoituspyyntöön liittyneissä kysymyksissä.⁴⁷ Omalla kohdallani arvelisin sosiaalistumista tapahtuneen vähemmän, minkä oletan olevan seurausta siitä, että olen työurallani vaihtanut tuomioistuinlinjaa ja lisäksi työskennellyt pisimpään kärjätuomarina, jolloin valtaosa jutuista ratkaistaan yksin. ”Sosiaalistuminen” tietynlaiseen tuomarin käyttäytymistapaan on niin ikään itselleni tuntemattomampi ilmiö. Sen sijaan tunnistan kirjoitelman

44. HO4.

45. HO2.

46. HO3.

47. Sosiaalistumisella tarkoitetaan prosessia, jossa ammattikuntaan liittyvä sisäistää ammattiin liittyvän koodiston ja sen mukaiset roolikäsitykset. Ks. sosiaalistumisesta lähemmin Koulu ym. 2019, s. 327–337.

kommentit tuomioistuimesta homogeenisena ja konservatiivisena työyhteisönä, joskin viime vuodet ovat muuttaneet ympäristöä, kun tuomariksi hakeudutaan aiempaa monipuolisemmin taustoin ja eri ikäisinä.

Yhdessä kirjoitelmassa oli pohdittu syvällisesti myös tuomarin ammatillista kehittymistä.

”Tuomarin työssä olennaisen tärkeitä ovat laaja-alainen oikeudellinen yleissivistys ja kestäväällä juridisella pohjalla oleva hyvä harkinta. Toisaalta tuomarin työhön liittyy sellaisia piirteitä, jotka muistuttanevat jossakin määrin käsityöläisammattajeja: työtä oppii tekemisen kautta, ja monet asiat ovat sellaisia, joihin tutkimustoiminta ei varsinaisesti valmenna. Monijäsenisessä kokoonpanossa juttuja ratkaistaessa on mahdollisuus seurata pitkään tuomareina toimineita kollegoita, jotka ovat toimineet vain tuomioistuimessa – ja virkatovereiden kanssa käytävät keskustelut rikastavat omaa ajattelua olennaisesti.”⁴⁸

Tuomarin työn vertaaminen käsityöläisammattiin kertoo minusta jotakin kovin olennaista ammatista. Vaikka olen kokenut tutkijan taustasta olevan suurta hyötyä tuomarin työssä ja se on lisännyt käräjätuomarin tehtävässä vaadittavaa itsetuottamusta ja rohkeutta⁴⁹, tuomarin ammatin oppiminen muutoin kuin työtä tekemällä tuntuu todellisuudelle vieraalta. Ehkä kokemuseräinen oppiminen on eräs syy sille, että tuomioistuinlaitoksen perinteisen karriäärin ulkopuolelta tulleet kokevat toisinaan jonkinlaista vierautta. Heidän polkunsu tuomariksi on ollut erilainen, eikä uraa ole aloitettu seuraamalla kokeneempien lainkäyttäjien ammatillista toimintaa. Eräs tutkijatuomari totesikin, että hänellä olisi tutkijana pohdinnallista tarjottavaa kollegiossa, mutta keskustelukumppaneita ei ole välttämättä ollut montaa.⁵⁰ Omalla kohdallani virkauran eteneminen on näyttäytynyt niin, että kokeneempia kollegoja ei ole enää montaa jäljellä. Kolmen tuomarin kokoonpanoa vaativissa jutuissa olen kokenut omalla näkemyksellä olevan paljon merkitystä juttua ratkaistaessa. Sitä kuitenkin on vaikeaa, ellei mahdotonta arvioida, vaikuttaako kollegojen suhtautumiseen enemmän tutkijantausta vai virkaiän suoma kokemuksen karttuminen.

48. HO4.

49. Eräs tutkijatuomari arveli tutkijan taustan antaneen itsevarmuutta ratkaisutoimintaan (KÄO1), mihin havaintoon voin omasta puolestani yhtyä.

50. HO3.

6. Tutkijan ja tuomarin oikeuslähteet

Oikeuslähdeopilla on keskeinen merkitys tutkijalle ja tuomarille. Oikeuslähdeoppi sitoo oikeudellisen ratkaisun tekijän yhteiskunnassa vahvistettuihin normeihin.⁵¹ Tuomaria sitoo oikeuslähteisiin virkavelvollisuus – tuomarin pitää ratkaista jutut voimassa olevan oikeuden mukaan. Oikeustieteen tutkijalla ei samanlaista velvollisuutta ole. Oikeuslähdeoppiin hänet sitoo tutkijan etiikka ja pyrkimys esiintyä uskottavana oikeustieteen tutkijana. On vaikea kuvitella, että tutkijana voisi saavuttaa minkäänlaista uskottavuutta, jos esittää tulkintakannanotot kovin epäkonventionaalisilla perusteilla. Voidaan arvioida, että tutkijan ja tuomarin oikeuslähdesidonnaisuus on samankaltaista, joskin tuomarilla vahvasti velvoittavaa. Oikeustieteilijä voi lisäksi käyttää lähteinään sellaisia (heikosti velvoittavia) oikeuslähteitä, joihin tuomari ei voi ratkaisuaan perustaa.⁵²

Vaikka tuomarin sidonnaisuus oikeuslähteisiin on vaivattomasti perusteltavissa, todellisuudessa sitovuus on relatiivista. Oikeuslähteitä voidaan painottaa eri tavoilla – edes tutkijoiden keskuudessa ei ole yksimielisyyttä oikeuslähteiden soveltamisesta. Oikeuslähteet sisältävät myös harkinnan- ja tulkinnanvaraa, joka jättää tilaa tutkijan tai tuomarin persoonalliselle panokselle oikeuden soveltamisessa. Omalla kohdallani tutkimustoiminta on epäilemättä vaikuttanut oikeuslähteiden käyttämiseen. Merkittävässä osassa julkaisuja lähestymistapa on ollut eräällä tavalla *oikeusrealistinen*, jolloin vastauksia on haettu erityisesti oikeuskäytännöstä.

Tuomaria sitoo toiminnassaan laki, joten vastoin lain selvää sanamuotoa juttua ei voi ratkaista. Tämän ehdottoman lähtökohdan merkitystä kuitenkin vähentää se, että useimmiten laintulkinnan ongelmat tulevat ajankohtaisiksi vasta sitten kun kirjoitetusta laista ei ole pääteltävissä yksiselitteistä vastausta. Toisinaan tuomarit saattavat tällaisessa tilanteessa hakea vastausta lain esitöistä, mitä voinee pitää perinteisenä tapana lähestyä oikeudellisia ongelmia. Lähestymistapa on havaittavissa esimerkiksi lukemalla takavuosina annettuja KKO:n ratkaisuja, joissa on lähes yksinomaan viitattu hallituksen esityksiin tai valiokuntien mietintöihin.⁵³ Omissa ratkaisuissani olen hyödyntänyt usein KKO:n ratkaisuja, joiden etuna olen pitänyt sitä, että niissä normin soveltamista on tarkasteltu asiayhtey-

51. Ks. oikeuslähdeopista mm. Siltala 2003, s. 247–254; Hannu Tolonen, Oikeuslähdeoppi. WSOY Lakitieto 2003, s. 12–18 ja Hannu Tolonen, Oikeuden kaleidoskooppi – kirjoituksia oikeudesta ja sen historiasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008, s. 156–165.

52. Helin 2015, s. 803–804.

53. Tältä osin KKO:n perustelut ovat muuttuneet, sillä nyttemmin KKO viittaa aiempaa enemmän myös oikeuskirjallisuuteen (ks. Markku Helin, Oikeuskirjallisuus korkeimman oikeuden päätösten perusteluissa, teoksessa Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon – juhlaulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017. Alma Talent Oy 2017, s. 45–58). Vastaavia havaintoja olen tehnyt oikeuskäytäntöön viittaamisesta, mutta jo varhemmin.

dessä eikä abstraktisti yleisellä tasolla. KKO:n ratkaisujen merkitys piilee myös siinä, että KKO:lla on lakisääteisenä tehtävänä ohjata oikeuskäytäntöä. Voi ajatella, että tuomarin on syytä noudattaa ylimmän tuomioistuimen tulkintaohjetta, vaikka hän hiljaa mielessään olisi eri mieltä KKO:n kanssa.⁵⁴

Tutkijatausta on yleisemmin voinut vaikuttaa sikäli, että kynnys käyttää oikeuskirjallisuutta lähteenä on matalalla. Kirjallisuuden hyödyntämistä voi miunusta puoltaa sillä, että kirjallisuudessa on saatettu esitellä laajemmin tiettyjä peruskysymyksiä, jolloin viittauksella voi saada tuomion perusteluihin havainnollisuutta ja ymmärrettävyyttä.⁵⁵ Usein esimerkiksi rikosoikeuden yleisten oppien; vaikkapa tahallisuuden tai osallisuuden, perusasiat olen selostanut viittaamalla rikosoikeuden perusteokseen.⁵⁶ Voisi ajatella, että oma tutkimustoiminta on tuottanut sellaista ”lukkarin rakkautta” oikeustiedettä kohtaan, joka johdattaa kollegoja useammin hakemaan tukea kirjallisuudessa esitetyistä kannanotoista. Omaan kirjalliseen tuotantoon viittaamista olen pyrkinyt välttämään, vaikka joissakin tapauksissa tarve viitata EIT:n ratkaisukäytäntöön on ollut siinä määrin ilmeinen, että olen joutunut turvautumaan perusteluissa kirjaan, jossa olen ollut kanssakirjoittajana.⁵⁷

Tutkijatuomarit kommentoivat kirjoitelmissaan oikeuslähdeoppia ja oikeuslähteiden käyttämistä yleisesti ottaen varsin niukasti eikä heidän vastauksistaan hahmottunut selviä linjoja. Yhdellä vastaus oli sikäli ”oppikirjamainen”, että hän piti tuomarin oikeuslähdesidonnaisuutta ehdottomana. Tutkija voi kritisoida vallitsevaa kantaa ja vaikuttaa muutoksen aikaansaamiseen, mutta tällaista oman näkemyksen esille tuomista tuomari voi tehdä vain äärimmäisen rajoitetusti ja varovasti. Sama tutkijatuomari toisaalta arveli, että tutkijataustaisella tuomarilla

54. Jossakin määrin samanlaisia näkemyksiä KKO:n ratkaisuista esitti tutkijatuomari HO4, joka piti ennakkopäätöksiä tärkeimpänä oikeuslähteenä lainsäädännön lisäksi. Hän piti myös hovioikeuden ratkaisuja itselleen erittäin merkityksellisinä. Vaikka hän koki hyödyntävänsä oikeuskirjallisuutta myös tuomarina, hän käytti sitä enemmän ongelman systemaattisen hahmottamisen apuna eikä niinkään tuomion perustelemisessa.

55. Ks. myös Helin 2017, s. 54–58, jossa kirjoittaja esittää monia tunnuttuja näkökohtia kirjallisuuteen viittaamisesta tuomion perusteluissa. Helin kuitenkin tarkastelee KKO:n perusteluita, joilla on alempaan tuomioistuimeen verrattuna erilainen funktio. Alemmassa tuomioistuimessa pääpaino on asianosaisten jutun ratkaisemisella, jolloin perustelujen avoimuutta ja ymmärrettävyyttä on ajateltava korostuneesti asianosaisten kannalta. KKO:n perustelujen auditorio on laajempi ja abstraktion taso korkeampi.

56. Valinta on lähes poikkeuksetta osunut Sakari Melanderin kirjaan Rikosvastuun yleiset edellytykset (Tietosanoma Oy 2016). Valintaa ei ole syytä päätellä arvioksi rikosoikeuden tutkijoiden pätevyysjärjestyksestä vaan teoksen havainnollisesta esitystavasta.

57. Yksi tutkijatuomari (KÄO1) oli kokenut pientä ristiriitaa silloin, kun hänelle oli jaettu väitöskirjan aihetta sivuva juttu. Hän oli kokenut, että hänen oli pidettävä roolinsa visusti erillään. Hän oli pyrkinyt tuomarina ratkaisemaan asian niin kuin tuomioistuimessa pitää. Vastaavanlaista ristiriitaa en ole itse havainnut. Ehkä osasyynä on, että omat tutkimusaiheet ovat olleet verraten yleisiä prosessioikeudessa ja niihin törmää rikosasioissa toistuvasti.

voi olla monipuolisempi ja parempi osaaminen sellaisista oikeuslähteistä, joihin on perehdyttävä, jos laki, esityöt tai oikeuskäytäntö eivät anna riittävää vastausta.

Toinen tutkijatuomari puolestaan ilmoitti näkemyksensä oikeuslähdeopista varsin moderniksi. Hän oli käynyt kokoonpanossa joskus tiivistä keskustelua esimerkiksi kansainvälisoikeudellisen oikeuslähteen asemasta tulkinnessa. Kolmas tutkijatuomari pohti, että hän taustansa vuoksi osaa hakea keskimääräistä tuomaria laaja-alaisemmin tietoa kulloinkin ratkaistavana olevista oikeuskysymyksistä. Hän oli myös pyrkinyt tukeutumaan ulkomaisiin oikeuslähteisiin. Tutkijatuomari toi esille kiinnostavan näkökulman siitä, että tutkimustausta on harjaannuttanut arvioimaan myös muiden tekemän tutkimuksen laatua.⁵⁸

Tuomarin tehtävissäni olen havainnut, että oikeuslähteiden käyttäminen on intensiteetiltään ja laadultaan erilaista ainakin kärjäoikeuksissa ja hovioikeuksissa. Hovioikeudessa toimiessani kirjallisuutta ja hallituksen esityksiä hyödynnettiin tapausten ratkaisemisessa enemmän ja säännönmukaisemmin. Eräs syy tähän saattoi olla se, että hovioikeudessa ei varsinaisesti voinut erikoistua mihinkään juttutyyppeihin. Tämä helposti johti siihen, että joutui oikeuslähteiden avulla perehtymään tietyn oikeudenalan peruskysymyksiin. Kärjäoikeudessa työn tahti on merkittävästi kiireisempi ja työnkuva painottuu tiettyihin vakaviin rikosasioihin. Mihinkään perusteiden selvittämiseen ei ole yleensä tarvetta, joten oikeuslähteistä etsii tietoa lähinnä silloin, kun käsillä on jokin poikkeuksellinen oikeudellinen kysymys.

7. Tutkijatuomari, yliopisto ja yhteiskunta

Tuomioistuimilla ja yliopistoilla on merkittävä yhteiskunnallinen tehtävä, joka liittyy oikeudenmukaisuuden toteuttamiseen ja välittämiseen. Vaikka tuomioistuinten ensisijainen tehtävä on yksittäistapausten ratkaiseminen voimassa olevan oikeuden mukaisesti, tätä tehtävää toteuttaessaan ne yhtäältä luovat oikeutta tulkinnoillaan ja toisaalta välittävät tietoa oikeudesta ratkaisuillaan. Yliopistot tai oikeastaan laajemmin tutkijat toteuttavat osaltaan vastaavia tehtäviä, sillä oikeustieteellisen tutkimuksen perinteisenä kohteena on voimassa olevan oikeuden jäsentäminen.

Voidaan ajatella, että tutkija ja tuomari toimivat vuorovaikutuksessa, sillä kirjallisuuden kannanotot heijastuvat yhtenä oikeuslähteenä tuomioistuimen ratkaisuihin. Positiivista oikeutta tutkivan on perehdyttävä tuomioistuinten ratkaisuihin, jos hän haluaa esittää tutkimuksessaan väitteitä normien soveltamisesta tuomioistuimissa. Tutkijatuomarin vaikutus voi olla kahtalainen, sillä hän voi

58. HO4, HO3 ja KÄO1.

vaikuttaa oikeuteen sekä ratkaisuja antamalla että julkaisemalla oikeustieteellistä tutkimuskirjallisuutta.

Kirjoituspyynnöillä pyrittiin kartoittamaan tutkijatuomareiden näkemyksiä tutkijayhteisöstä ja siitä, minkälaisia odotuksia heillä on oikeustieteellistä tutkimusta ja opetusta kohtaan. Vielä laajemmasta yhteiskunnallisesta näkökulmasta heiltä myös kysyttiin näkemyksiä oikeustieteen itseymmärryksestä. Tällä kysymyksellä oli tarkoitus kartoittaa, miten tutkijatuomarit näkevät kaksoisroolinsa oikeustieteen ”pelikentällä”.

Tuomioistuinstaustalta väitöskirjan tehneet tutkijatuomarit kommentoivat nuikemmin suhdettaan tutkijayhteisöön ja vastaukset ilmensivät enemmän tuomioistuimen näkökulmaa tutkimukseen ja opetukseen. Molemmilla heistä oli ollut tehtäviä yliopistolla väittelyn jälkeen, sillä yksi oli toiminut työelämäprofessorina ja toinen oli opettanut pitkäaikaisesti rikosoikeutta yliopistolla.⁵⁹ Yliopistostaustaiset tutkijatuomarit puolestaan kommentoivat laajemmin suhdetta tutkijayhteisöön ja odotuksiaan oikeustiedettä kohtaan. Heistäkin osalla kontaktit tutkijayhteisöön olivat saattaneet jäädä vähäisemmiksi.

Yksi yliopistostaustainen tutkijatuomari oli kokenut tietynlaista ulkopuolisuutta, koska hän ei ollut yhtä perehtynyt teoriaan ja oikeuskehitykseen, koska tuomarina katse on tässä ajassa ja ratkaistavana olevissa jutuissa. Hän toi vahvasti ilmi oikeustieteen tehtävänä tulevaisuuteen katsomista ja uusien kehityssuuntien ja ilmiöiden esille nostamista. Tutkijatuomari esitti esimerkkinä oikeusvaltiota vaarantavat autoritaariset kehityssuunnat. Toinen yliopistostaustainen tutkijatuomari kommentoi, että suhteet tutkijayhteisöön olivat jääneet aika etäisiksi. Vaikka hänellä oli ollut yksilötason yhteyksiä, nekin olivat ajan kanssa vähentyneet vanhemman sukupolven eläköitymisen vuoksi. Nuorempi tutkijapolvi oli jäänyt hänelle vieraaksi.⁶⁰

Kahdella yliopistostaustaisella tutkijalla näyttäisi olevan tiiviimmät yhteistyösuhteet yliopistotutkimukseen. Yksi oli kokenut tuomioistuinstaustaan liittyvää arvostusta, ja tutkijayhteisöltä oli tullut enemmän yhteistyöpyyntöjä kuin hän oli ehtinyt osallistumaan. Toinen oli ylläpitänyt kontakteja yliopistoihin ja hakeutunut dosentiksi. Dosentuurit olivat tuottaneet erilaisia akateemisia asiantuntijatehtäviä, jotka hän oli kokenut mielenkiintoisiksi, mutta työläiksi. Tutkijatuomari oli hoitanut aktiivisesti kouluttajantehtäviä täydennyskoulutustilaisuuksissa.⁶¹ Hänellä on samankaltainen suhde akateemiseen maailmaan kuin itselläni, sillä olen Lapin yliopistossa prosessioikeuden dosenttina ja satunnaisten akateemisten asiantuntijatehtävien ohella olen usein kouluttanut tuomareita ja syyttäjiä erilaisissa tilaisuuksissa.

59. KÄO2 ja HO1.

60. KÄO1 ja HO2.

61. HO4 ja HO3.

Kaikilla tutkijatuomareilla oli verraten samankaltaisia odotuksia oikeustieteellistä tutkimusta ja opetusta kohtaan. Tutkimukselta odotetaan käytännönläheisyyttä ja yliopistojen nykysuuntauksessa lainopin vieroksuminen koettiin jossakin määrin uhkaavana. Tutkijatuomarit kokivat, että tutkijayhteistö arvostaa enemmän ”teoreettista” tutkimusta, vaikka myös käytännönläheisemmin suuntautuneelle olisi suuri kysyntä.⁶²

”Odotan, että tutkijayhteistö ei kokonaan unohtaisi lainopillista orientaatiota (vaara on suuri). Näin käytännöllisellä alalla ammatillisen yhteisömmä näkymät ovat huonot, jos käytännöllisesti orientoituneelle tutkimukselle ei ole lainkaan tilaa. ... Teoreettisen tutkimuksen sovellusten ja käytännöllisten yhteyksien rakentaminen ei ole ihan helppoa, mutta se on erittäin hyödyllistä ja inspiroivaa sekä tutkijalle että lainkäyttäjille. ... Työskentely tuomarina on herättänyt siihen todellisuuteen, että tieteenalamme on oikeustiede eikä esimerkiksi filosofia.”

”Pidän yleensäkin oikeustieteellisen tutkimuksen kannalta olennaisen merkittävänä sitä, että yliopistoissa harjoitettu tutkimus olisi hyödynnettävissä myös käytännön toiminnassa. ... Erilaisten ”tieteellisyyden” ja ”käytännöllisyyden” välisten, keinotekoisien vastakkainasettelujen rakentamisen asemesta pidän tärkeänä sitä, että käytännön kannalta merkityksellisiä aiheita tutkittaisiin tavalla, joka puhuttelisi myös käytännön juristeja.”

Oikeustieteen opetukselta toivottiin muun muassa sitä, että opiskelijoiden oikeuslähteiden käyttöön ja argumentaatiotaitoon panostettaisiin. Opetuksessa tulisi ymmärtää teoreettisen osaamisen merkitys praktiikan kannalta. Maisteriaineeseen tulisi olla luovempaa ja kommunikatiivisempaa. Opetuksessa ei pitäisi unohtaa myöskään oikeusteoreettisia kysymyksenasetteluita, joita voidaan pitää oikeudellisen ajattelun kantavina rakenteina.⁶³ Yhteenvetona voi todeta, että tuomarin tausta näkyi odotuksina sellaisten taitojen kättymisestä, joista voi ajatella olevan merkittävää hyötyä tuomarin työssä. Odotukset olivat kuitenkin tietyllä tavalla kahtalaisia; toivottiin yhtäältä käytännönläheisyyttä ja eräänlaista ”työelämälähtöisyyttä”, mutta toisaalta myös vahvaa teoreettista perustaa, jonka varaan tuomarin ammattitaitoa voi myöhemmin rakentaa.

Oikeustieteen itseymmärryksen kannalta tutkijatuomareiden pelot yliopistotutkimuksen nykysuuntauksesta ovat huomiota herättäviä. Voidaan perustellusti kysyä, että voiko oikeustieteellinen opetus ja tutkimus enää tarjota pohjaa käytännön lakimiehen, kuten tuomarin, tehtäviin, jos yliopistotutkimuksessa painotetaan teoreettisuutta ja lainoppi laiminlyödään. Lainopin tuloksilla on kuitenkin välitön käyttöarvo niissä tehtävissä, joihin oikeustieteellisen perustutkinnon oletetaan antavan perusedellytykset. Tutkijatuomareiden vastauksista

62. HO3, HO4 ja HO5.

63. HO4, HO3 ja KÄO2.

oli havaittavissa, että käytännön ja teorian välinen jännite oli tunnistettu, mutta myös tiedostettiin niiden merkitys toisilleen. Voidaan perustellusti kysyä, voiko yhtä olla uskottavalla tavalla ilman toista.

”Itseymmärrykseni on myös siinä suhteessa kirkastunut, että parhaat praktiset ajattelijat, joihin olen itse törmännyt, ovat olleet ainakin jossakin määrin teoreettisesti orientoituneita. Teoreettinen osaaminen tarjoaa välineet oikeudellisten ongelmien hahmottamiseen ja ratkaisemiseen – mitä kiperämpi kysymys, sen varmemmin.”⁶⁴

8. Johtopäätökset

Tutkijatuomareiden pohdintoihin omasta merkityksestään ja roolistaan vaikutti keskeisesti se, olivatko he aloittaneet lakimiesuransa tuomioistuimissa vai siirtyneet tuomarin tehtäviin vasta myöhemmin. Tuomarin uralta jatko-opintoihin siirtyneet olivat muihin tutkijatuomareihin verrattuna vähemmän aktiivisia tutkijayhteisössä ja tutkimustyön jatkamisessa verrattuna akateemiselta uralta tuomioistuimeen siirtyneisiin. Heillä suhtautuminen jatko-opintoihin näyttäytyi jossakin määrin välineellisempänä, sillä vastauksista oli suoremmin luettavissa tutkimustyön välittömät hyödyt tuomarin tehtävässä. Yliopistotaustaiset tuomarit puolestaan pohtivat tutkimustyön merkitystä laajemmassa kontekstissa. Heistä joillakin oli myös kokemuksia, jotka viittasivat jonkinlaiseen ulkopuolisuuden tunteeseen tuomioistuimen työyhteisössä.

Jotkut yliopistotaustaiset tuomarit viittasivat ”sosiaalistumiseen”, joka oli tutkimuksen kuluessa esille tullut käsite ja ansaitsi jatkotutkimusta siitä, miten tuomioistuimeen nimitetyt tuomarit muuttavat omaa ammatillista toimintaansa yhteisön julkilausumattomien normien mukaan. Pääosan työurastaan tuomioistuimissa työskennelleenä ei välttämättä tällaista havaintoa tulisi tehneeksi eikä kykenisi erottelemaan muun ammatillisen kehittymisen vaikutuksesta. Esille tuli myös kokemusperäinen oppiminen tuomarin työhön, joka rinnastaa tuomarin työn eräällä tavalla käsityöammattiin. Tämä havainto voi osaltaan selittää sitä, että yliopistotaustaiset tuomarit ovat kokeneet sosiaalistuvansa heille uudenlaiseen työyhteisöön.

Tutkijatuomareiden vastaukset antavat aiheen pohtia, onko tuomioistuimissa täysin ymmärretty potentiaalia, jonka tutkijan tausta antaa tuomarin työhön. Tuomioistuimissa on suhtauduttu varsin varovaisesti ajatukseen tuomareiden erikoistumisesta, mitä voidaan perustellusti kritisoida. Toisaalta tutkijakoulutus antaa eväitä kriittiseen ajatteluun, oikeuslähteiden käyttämiseen ja soveltamiseen

64. HO3.

sekä sellaisia teoreettisia valmiuksia, joista todennäköisesti on hyötyä kaikissa tuomarin tehtävissä. Ainakin tutkijatuomarit itse pitivät kouluttautumistaan merkityksellisenä ja kokivat siitä olleen merkittävää hyötyä. Tuomioistuimien kannalta tutkijatuomarit voisi korostuneemmin nähdä resurssina myös rekrytointia koskevissa päätöksissä sekä luomalla uusia mahdollisuuksia vaihtaa tutkijan uralta tuomioistuimeen tai päinvastoin.

Tutkijatuomarit eivät nähneet taustastaan aiheutuvan eroavuutta tavoissa hoitaa tuomarin virkaa. Jos eroja mainittiin, ne liitettiin valmiuksiin hyödyntää oikeuslähteitä sekä perustelujen laatimistapoihin. Oikeuslähteiden käyttötavoissa eroavuutta ei havaittu, joskin jonkinlaisia signaaleja oli siitä, että ainakin jotkut tutkijatuomarit hyödyntävät mielellään oikeustapauksia lähteinä eikä kynnyksellä hyödyntää kirjallisuutta ole välttämättä kovin korkealla. Voi olla, että tutkijatuomarit myös varoivat kirjoitelmissaan sitä, että heistä olisi muodostunut kuva omapäisenä tai muista tuomareista olennaisesti poikkeavana lainkäyttäjien ryhmänä.

Yliopistotaustaiset tutkijatuomarit pohtivat myös sitä, mitä he kaipaavat oikeustieteelliseltä (yliopisto)tutkimukselta ja -opetukselta. Työ tuomarina selvästi vaikutti odotuksiin, sillä opetukselta kaivattiin yhtäältä kytkentää tuomioistuinten tarpeisiin. Toisaalta teoreettisempaakin opetusta pidettiin hyödyllisenä lakimiehen ammatillisten perusvalmiuksien kannalta. Huomiota herätti tutkijatuomareiden ilmentämä huolestuminen siitä, onko oikeustieteellinen tutkimus etäännytynyt käytännön oikeuselämästä jo liiaksi ja pystytäänkö enää sellaiseen vuorovaikutukseen, josta molemmat osapuolet hyötyvät. Osa tutkijatuomareista oli aktiivisemmin mukana yliopistojen kanssa tehtävässä yhteistyössä. Tutkijatuomarit suhtautuivat myönteisesti tämänkaltaiseen yhteistyöhön ja osalla oli kokemuksia siitä, että yliopistolla oli arvostettu heidän ammatillista orientatiotaan. Yhteiskunnallisesta näkökulmasta voisi ajatella, että vuoropuhelua olisi syytä jatkaa ja arvioida yliopistollista tutkimusta myös suhteessa yhteiskunnan tarpeisiin.

A researcher and a judge

TAPANILA, ANTTI, LL.D., District Court Judge, District Court of Pirkanmaa

The interaction between theory and practice has been characteristic for Finnish jurisprudence. Lawyers with practical working experience have entered postgraduate studies. Sometimes University researchers have been nominated as judges. The judiciary may be considered as unique professional group among lawyers, since their work has a direct impact on jurisprudence as court decisions are commonly used as sources of law.

If a judge holds a doctorate, he or she has a double role in the field of law. It can be asked how he or she sees the role, especially in adjudication. In the article the answer is searched for by using autoethnography and qualitative research as methods. The author has been able to use his own experiences as research material. Besides, the other judges in the District Courts and in the Courts of Appeals who have a doctorates in law were requested to write an essay on their own thoughts about this topic. The request sent to 18 judges, of whom seven responded.

Judges with doctorates can be divided into two subcategories. The first is composed of judges who have worked in the court system before their postgraduate studies. The other group is composed of academic researchers who have been appointed to judicial office. This division is clear also in the essays. Judges with previous academic careers have stronger connections to the Universities and a broader view of the significance of academic research.

The role of a judge has certain similarities to the role of a researcher, but there are also differences. Both make use of legal sources, but the judge normally has a more instrumental view on jurisprudence and legal sources. The researcher can be freer and more creative. The case and its facts are binding on the judge. Professional experience can be seen very important for the profession of judge, as it has certain similarities to artisanal craftsmanship.

Judges with different backgrounds had different expectations regarding academic research. Both groups expressed worries about the current state of Universities and how the needs of legal professions are met in the academic study of law. In general, the interaction between courts and Universities was seen as fruitful for both sides. Some judges had links to university research, mostly by writing legal articles or teaching either at University or in continuous professional education.



Lainopillinen ja monitieteinen tulkinta tieteenrajat ylittävissä lain käsitteissä

HAKUSANAT: lainoppi, oikeuslähdeoppi, laintulkinta, monitieteisyys

1. Johdanto

Globalisaatio ja digitalisaatio muuttavat yhteiskuntaa nopealla tahdilla. Kehityksestä johtuen yhteiskunnan yksityiskohtaiselle normittamiselle on kasvavaa tarvetta esimerkiksi talouden, turvallisuuden tai terveystilanteen muutosten myötä. Yhteiskunnan eri alojen oikeudellistuessa herää kysymys, pystyykö oikeustiede metodeineen tarkastelemaan muiden tieteellisten diskurssien puolelle meneviä käsitteitä ja järjestyksiä. Kysymys konkretisoituu, kun lainsoveltaja joutuu ratkaisemaan kysymyksiä, kuten mikä on määräävä markkina-asema, millainen on järkevä sijoittaja tai koska henkilö on mieleltään sairas. Yhteiskunnan kehittyminen ja oikeudellistuminen ovat johtaneet tilanteeseen, jossa perinteinen lainoppi oikeuden sisäiseen tarkasteluun suljettuna metodina ei yksin riitä tulkitsemaan oikeustieteen ulkopuolelle laajentuvia käsitteitä ja järjestyksiä.

Lainoppi tulkitsee lain käsitteitä ja systematisoi sitä helpommin ymmärrettävään järjestykseen¹. Lainoppi kykenee vastaamaan oikeudellisiin kysymyksiin luotettavasti, jos normatiivisen aineksen merkitys voidaan riittävän yksiselitteisesti johtaa perinteisistä auktoriteettilähteistä käsin. Pelkkä laintulkinta ei kuitenkaan aina yksin riitä kuvaamaan normin sisältöä. Jos tulkittava normi sisältää ehtoja tai määritelmiä muiden tieteenalojen puolelta, normin sisältöä ei voida aina tyhjentävästi johtaa pelkän oikeuden sisäisen tarkastelun perusteella. Tässä törmätään lainopin rajoihin metodina selvittää oikeuden sisältöä. Lainopin rajojen tullessa vastaan oikeustieteen tulee kyetä monitieteiseen ja tieteidenväliseen keskusteluun, jossa käydään vuoropuhelua muiden tieteiden kanssa

* Veli-Matti Tikkanen, OTM, väitöskirjatutkija, Lapin yliopisto; Esko Yli-Hemminki, OTM, VTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto. Artikkelit on laadittu yhdessä. Kirjoittajien nimet ovat aakkosjärjestyksessä. Esimerkkien osalta Yli-Hemminki on vastannut luvusta 3.1. ja Tikkanen luvuista 3.2. ja 3.3. Kiitämme emeritusprofessori *Dan Frändeä* asiantuntevista ja rakentavista kommentteista artikkelia valmisteltaessa.

1. Ks. esim. Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 493–505; Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi. Werner Söderström Lakitieto Oy 2000, s. 303; Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria. Werner Söderström Osakeyhtiö 1989, s. 53–61.

normin sisällön määrittelemisestä. Rajoja ylitettäessä tulee kuitenkin huolehtia, ettei laintulkinta itsessään siirry ei-normatiiviselle tieteenalalle, vaan varsinaisen normien tulkinta pysyy kiinnittyneenä lainoppiin.

Artikkelissa esitetään, että laki sisältää oikeustieteen metodien tavoittamattomissa olevia käsitteitä ja ettei lainoppi yksin aina kykene tulkitsemaan niitä. Näiden käsitteiden tulkintaan ja sisällön selvittämiseen tarvitaan muitakin tieteitä ja tutkimusmetodeja. Kyse on käsitteistä, jotka ovat osa toista tieteellistä diskurssia ja jotka osana lakia saavat aineellisen sisältönsä toisen tieteenalan avulla. Näin ollen artikkeli tarkastelee sellaisten lain käsitteiden soveltamistilanteita, joissa lainsanan toteutumisen selvittäminen edellyttää lainopin rajat ylittävää ja oikeustieteen ulkopuolista tieteellistä osaamista.

Artikkelissa esitetty teoreettinen viitekehys soveltuu vain tietyn kaltaisiin oikeudellisiin kysymyksiin ja konsepteihin. Se ei puutu lainopin asemaan oikeustieteen metodina, vaan osoittaa lainopin rajallisuuden tietyissä määritellyissä tapauksissa. Artikkelissa esitetään, että oikeustieteen ulkopuolisia tieteitä tarvitaan määrättyissä tilanteissa avaamaan juridisten käsitteiden sisältöä. Näitä käsitteitä ja termejä kutsutaan artikkelissa käsitteellisiksi rajatapauksiksi, eli *rajakäsitteiksi*, koska ne sijaitsevat oikeustieteen metodien selvityskyvyn rajoilla. Artikkelissa ei oteta kantaa kysymykseen itse oikeuden sisällöstä, eikä artikkelin tarkoitus ole arvioida tuleeko oikeustieteen ulkopuolisesta diskurssista osa oikeutta. Vaikka muut tieteet ja niiden toimijat tuottavat merkitysisältöjä, on kyseessä lainsäätäjän kirjaama käsite, ja oikeudellinen arvio jää aina lopulta lainsoveltajan päätettäväksi. Kysymys siitä, tuleeko oikeustieteellisen tiedon ulkopuolisesta tieteellisestä tiedosta ja sen soveltamisesta osa oikeuden sisältöä, jää oikeuspositivististen koulukuntien ratkaistavaksi².

Artikkelissa erotetaan myös käsitteelliset rajatapaukset ja niiden tulkinta oikeustieteen ulkopuolisten tieteiden avulla perinteisen oikeuslähdeopin reaaliargumenteista³. Oikeustieteen ulkopuoliset tieteet määrittelevät rajakäsitteitä, jotta lain tarkoitus ja soveltuvuus reaali maailmassa voidaan selvittää. Kyse ei ole pelkästään sallitusta argumentaatiosta vaan lainsanan sisällön määrittelystä. Rajakäsitteiden monitieteinen tulkinta eroaa reaalisista argumenteista siinä, että rajakäsitteet eivät ole laintulkinnan osaksi tuotuja sallittuja tosiseikkoja, vaan kyse on itse normien sisältämien käsitteiden merkitysisällön avaamisesta toisen tieteenalan kehittämää ymmärrystä hyväksi käyttäen.

2. Vrt. esim. keskustelu eksklusiivisen ja inklusiivisen oikeuspositivismin välillä oikeuden sisällöstä. Ks. esim. Andrei Marmor, *Exclusive Legal Positivism*, s. 104–124, teoksessa Jules Coleman – Scott Shapiro (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press 2004; Kenneth Eimar Himma, *Inclusive Legal Positivism*, s. 125–165, teoksessa Jules Coleman – Scott Shapiro (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press 2004.

3. Reaalisten argumenttien roolista osana oikeuslähdeoppia ks. esim. Aarnio 1989, s. 239–241 ja Siltala 2003, s. 281–283.

Artikkelin aluksi esitellään teoria lainopin rajoista sekä miten rajakäsitteitä tulisi tulkita käyttäen muita tieteitä. Tämän jälkeen esitellään kolme tapausesi-merkkiä konkretisoimaan teoriaa. Ensiksi esitellään mielisairauden käsite osana syyntakeisuusarviota, toiseksi sisäpiirintiedon määritelmään sisältyvä järkevä sijoittajan testi ja kolmanneksi kilpailuoikeudellinen määrävä markkina-asema. Lopussa esitetään yhteenveto ja kannanotto siitä, miten rajakäsitteet ja niiden tulkinta tulisi huomioida oikeustieteessä ja sen koulutuksessa.

2. Tulkinnan teoreettinen perusta

Oikeusjärjestyksemme sisältää muiden tieteenalojen, kuten taloustieteen ja lääketieteen, käsitteistöä. Lainsäätäjällä ei aina ole mahdollisuuksia määritellä kaikkia käsitteitä tyhjentävästi lakitekstissä (esimerkiksi legaalimääritelmässä) tai lain valmistelumateriaalissa. Joskus on perusteltua jättää käsite arkikielellä ymmärrettäväksi⁴ tai erityistieteillä kuvailtavaksi. Erityisesti liikuttaessa kauemmas oikeudenalan yleisistä opeista ja niitä koskevista normeista kohti erityisempää alakohtaista säätelyä tai normin yksityiskohtia käsitteiden tyhjentävä määrittely voi vaikeutua.

Rajakäsitteiden tulkinnassa on kyse oikeusnormien tulkinnasta. Lainoppi on metodi, jolla tulkitaan oikeusnormien sisältöä⁵. Vaikka rajakäsitteiden sovellettavuus on lainopillinen kysymys, niiden sisällön on määrittely paikoitellen oikeustieteen ulkopuolisten tieteiden aluetta. Jos lainopin rajoja ei määrittelykysymyksissä rikota, uhkana ovat käsitteiden tautologiset määritelmät. Oikeuden sisältämä rajakäsite yritetään avata vain käyttäen oikeudellisia lähteitä.

Rajakäsitteiden monitieteinen tulkinta vaatii, että oikeuslähdeoppia tulee ajatella uudelleen. Lainopillisessa tulkinnassa oleellista on tunnistaa oikeuslähteet ja niiden etusijajärjestys. Oikeuslähdeoppi ottaa kantaa siihen, mistä oikeuden

4. Rikosoikeudessa rikosoikeudellinen laillisuusperiaate edellyttää yleiskielistä merkityssisältöä. Esim. Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanomat 2016, s. 83. On kuitenkin syytä huomata, että oikeudellisille käsitteille voidaan myös antaa yleiskielisestä merkityssisällöstä poikkeava merkitys, joka ei ole laillisuusperiaatteen kannalta ongelmallista. Esimerkiksi rikoslain yleisten oppien käsitteille (kuten tahallisuuden juridis-tekniselle määritelmälle) on yleiskielistä laajempi merkityssisältö. (Melander 2016, s. 84.) Rikoslain esitöiden mukaan "[I]n soveltaminen, joka perustuu termeille annettuun normaalikielen mukaiseen merkitykseen, on sallittua tulkintaa. Myös lain soveltaminen, joka perustuu termeille oikeustieteessä, lakien esitöissä taikka mieluummin itse laissa vahvistettuun juridis-tekniseen merkityssisältöön, on sallittua tulkintaa." Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 44/2002 vp, s. 34/II.

5. Lainopin metodin määritelmästä esim. Siltala 2003, s. 496–502.

tulkintaan ja systematisointiin voidaan ottaa kantaa.⁶ Oikeuslähdeoppi on oikeudellisen ajattelun ydin, jota voitaisiinkin vertauskuvallisesti kutsua eräänlaiseksi juristien ja oikeudellisen ajattelun perustuslaiksi.⁷

Kuten *Ida Koivisto* on nostanut esiin tiedelähdeoppia koskevassa kirjoituksessaan, oikeuslähdeoppi on oikeustieteen itsensä luomus ja muuttuvan maailman edessä vastuu oikeuslähdeopin kehittamisestä osuu oikeustieteilijöiden, ei lainsäätäjän tehtäväksi.⁸ Oikeuslähdeoppia koskevat viimeaikaiset puheenvuorot ovat painottuneet vahvasti käsittelemään oikeuslähteiden luokittelua ja hierarkiaa, johtuen erityisesti oikeuden pluralisoitumisesta. Uusien avauksien tarkoituksena on avartaa oikeudellisen ajattelun näkökulmaa varsin suppeaksi käyneestä aarniolais-peczenikiläisestä mallista kohti polysentristä 2000-luvun oikeusjärjestelmää.⁹ Tässä onkin onnistuttu, joskin laajempi oikeustieteellinen tutkimuksen ja opetuksen paradigma ei ole vielä kokenut lopullista muodonmuutosta uuteen muottiinsa – ainakaan niin laajasti kuten perinteinen aarniolainen oikeuslähdeoppi on itsensä sementoinut osaksi suomalaista oikeustiedettä. Voidaan myös kysyä, voiko nykyistä oikeusjärjestelmää enää systematisoida kaiken kattavaksi, yksittäiseksi ja muuttumattomaksi perustelujen hierarkiaksi.¹⁰

Jos keskeisenä oikeuslähdeopin systematisoinnin uudistumista ajavana trendinä voidaan tunnistaa viime vuosien oikeustieteellisessä keskustelussa oikeuden pluralismi, tulisi keskustelussa korostaa vielä tarkemmin oikeudellistumisen merkitystä. Ensinnäkin on todettava, että oikeudellistuminen on itsessään tietysti liitännäinen pluralismiin – sääntelyn määrä on siis yksinkertaisesti lisääntynyt siitä syystä, että lainsäädäntövalta on eriytynyt, minkä lisäksi kuvaan ovat astuneet myös erilaiset *soft law* -normistot. Toiseksi oikeudellistumisen mukana yhä useampaa ilmiötä on ryhdytty sääntelemään ja lainsäädännön luonne on muuttunut yhä yksityiskohtaisemmaksi ja teknisemmäksi. Oikeudellistuminen on luonut laintulkinnalle ainakin kaksi haastetta.

Avoimuusongelma: Kompleksisia ilmiöitä sääntelevien normien tulkintaan sisältyy sellaisia avoimia rajakäsitteitä, joiden tulkitseminen yksistään perinteisiä auktoriteettilähteitä hyödyntäen on käytännössä mahdotonta ilman, että tulkinnasta muodostuu jonkinlainen tautologinen määritelmä. Avoimuusongelman voidaan nähdä liittyvän esimerkiksi talouden ja markkinoiden sääntelyyn,

6. Ks. esim. Tuori 2000, s. 174–175; Aarnio 1989, s. 218–221.

7. Oikeuslähdeopin merkityksestä oikeudelliselle ajattelulle ks. Juha Karhu, Kohti 2000-luvun oikeuslähdeoppia. Lakimies 7–8/2020, s. 1017–1034, 1017.

8. Ida Koivisto, Pitäisikö oikeustieteessä puhua oikeuslähdeopin ohella myös ”tiedelähdeopista”? Oikeus 1/2021, s. 102–107, 105.

9. Oikeuslähdeopin kehittamisestä viime vuosina ks. esim. Thomas Wilhelmsson, Siviilioikeuden hiipivä eurooppalaistuminen ja Suomen oikeuslähdeoppi. Lakimies 7–8/2020, s. 1172–1196; Jaakko Husa, Tuomioistuinratkaisut oikeuslähteenä – oikeuslähdeoppi ja oikeusyhteisön kulttuurinen identiteetti. Lakimies 7–8/2020, s. 972–992; Ari Hirvonen, Konkreettinen oikeuslähdeoppi: normimateriaasta rakenteisiin ja ratkaisutoimintaan. Lakimies 7–8/2020, s. 954–971.

10. Ks. esim. Juha Karhu, Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 5/2003 s. 789–807.

jossa vaikeasti määriteltäviä taloudellisia ilmiöitä säädellään avoimilla käsitteillä, joiden määrittely ilman taloustieteellistä ymmärrystä arvioitavien tosiseikkojen luonteesta on mahdotonta.

Tarkkuusongelma: Avoimuusongelman vastakohta on tarkkuusongelma. Tarkkuusongelmassa lainsäätäjä päinvastoin on säätänyt lain niin yksityiskoh-
taiseksi ja teknistä tietoa sisältäväksi, että lainopin on yksin perinteisiin aukto-
riteettilähteisiin nojaten mahdotonta tulkita rajakäsitteitä ilman monitieteistä
tulkintaa normin sisällöstä.

Avoimuus- ja tarkkuusongelmiin on mahdollista vastata lainopin rajat rik-
komalla ja muodostamalla monitieteinen argumenttikonstellaatio¹¹ normien
tulkittamiseksi. *Juha Karhu* on uudessa 2000-luvun oikeuslähdeopissaan esitellyt
osaksi oikeuslähdeoppia synkronoivat oikeuslähteet. Synkronoivat oikeusläh-
teiden ovat Karhun mukaan ” – *argumentaatiota suuntaavia rakennenneormeja.*
Synkronointilähteet ikään kuin pohjustavat ja virittävät myöhemmin varsinaisilla
näkökohdilla tapahtuvaa pro et contra -argumentaatiota”.¹² Lainopin rajat rikkova
rajakäsitteiden monitieteinen tulkinta voitaisiin ymmärtää myös vastaavalla ta-
valla Karhun tarkoittamaksi synkronointilähteeksi, jolloin rajakäsitteiden moni-
tieteinen tulkinta Karhun määritelmää mukaillen virittää ja pohjustaa avoimeksi
jätetyt käsitteet laintulkitsijalle ymmärrettävään muotoon.¹³

Oikeustieteen ulkopuolisen tiedon käyttäminen rajakäsitteiden tulkinnassa
ei näin hylkää lainoppia tai oikeuslähdeoppia. Se laajentaa laintulkintaa oi-
keudellistumisen aikakaudella hakemaan konsultaatiota muilta tieteenaloilta
avoimuus- ja tarkkuusongelmien kaltaisissa tilanteissa. Muita tieteitä käyttäen
voidaan muodostaa rajakäsitteistä tulkinta, joka muuntaa käsitteiden sisällön
juridisiksi kriteereiksi. Lainsoveltaja tekee edelleen päätöksen lain normatiivi-
sistä sisällöstä. Oikeustieteen ulkopuolisia tieteitä käytetään apuna tulkinnassa
täyttämään tulkinnallisia aukkoja.¹⁴

11. Ks. Karhu 2020, s. 1023. Karhu käyttää käsitettä argumenttikonstellaatio kuvailemaan argu-
mentoinnin muodostamista.

12. Karhu 2020, s.1023.

13. Ks. myös Pekka Timosen esittämä muutosehdotus oikeuslähteiden lakitteluun velvoittavuuden
perusteella. Pekka Timonen, Taloustieteen ja sen tutkimustulosten käyttö oikeustutkimuksessa,
s. 129–159 teoksessa Vesa Kannianen – Kalle Määttä (toim.), Näkökulmia oikeustaloustietee-
seen. Gaudeamus 1996, erityisesti s. 145–147.

14. Ks. Kimmo Nuotion näkemys empiiristen tieteiden käytöstä osana rikosoikeustiedettä. Kimmo
Nuotio, Criminal Law Scholarship – Should It Be Able to Present Itself as Science? s. 77–103
teoksessa Shin Matsuzawa – Kimmo Nuotio (eds), Methodology of Criminal Law Theory Art,
Politics, or Science? Nomos 2021.

3. Kolme tapausesimerkkiä lain sisältämistä rajakäsitteistä ja niiden sisällön selvittämisestä

3.1. Mielisairaus osana syyntakeettomuuden psykiatrista kriteeriä

Seuraavaksi nostetaan esiin kolme tapausesimerkkiä, joiden avulla esitellään lakiin sisältyviä rajakäsitteitä. Kyseiset rajakäsitteet myös osaltaan avaavat esitettyä teoriaa muun tieteellisen tiedon käytöstä lain tulkinnassa ja osana oikeuslähdeoppia. Tapausesimerkeissä on tarkoitus tuoda esiin taloustieteen merkitys lakiin sisällytettyjen avoimien rajakäsitteiden tulkinnassa.¹⁵ Sisäpiiritiedon järkevä sijoittaja ja määräävä markkina-asema ovat esimerkkejä tästä. Taloustiede ei kuitenkaan ole ainoa oikeustieteen ulkopuolinen tieteenala, jota voidaan hyödyntää rajakäsitteiden tulkinnassa, vaan myös esimerkiksi luonnontieteillä on merkittävä roolinsa. Tästä esimerkkinä on lääketieteen käyttäminen syyntakaisuusarvioissa tutkittaessa mielisairautta. Se tuo esiin, että rikosvastuun yleiset edellytyksetkin saattavat vaatia muiden tieteiden apua laintulkinnassa. Muita tapausesimerkkejä rajakäsitteistä (joita ei tässä käsitellä tarkemmin) voisivat olla tartuntatautilain (1227/2016) pandemian määrittely (tartuntatautilain 3 §:n 6 kohta) epidemiologian käyttäen. Ympäristönsuojelulain (527/2014) osalta voitaisiin tarkastella ympäristötieteiden puolelle meneviä käsitteitä ja niiden arviointia, kuten ympäristön pilaantuminen (ympäristönsuojelulain 5 §:n 1 momentin 2 kohta). Ympäristöoikeudellinen tulkinta ja päätöksenteko nojaakin vahvasti ympäristö- ja luonnontieteisiin¹⁶.

15. Joskin on huomattava, että taloustiede tieteenalana ei tuota yhtenäistä objektiivista kokonaiskuvaa, vaan sen tuottama tieto riippuu valitusta kysymyksenasettelusta. Vastaavat lainalaisuudet pätevät myös, jos taloustiedettä hyödynnetään osana oikeustieteen viitekehystä (Timonen 1996, s. 144); Aikaisemmin rikosoikeustieteessä käsitteiden monitieteisyyden tulkintaan on kiinnittänyt huomiota myös esim. Markku Salminen, joka toteaa, että velallisen rikosten maksukyvyttömyyden arvioinnissa tulisi käyttää liiketaloustieteellistä näkökulmaa, eli toisin sanoen velallisen toimien vaikutusta maksukyvyttömyyteen tulisi arvioida liiketaloustieteen avulla. Tätä mukaillen myös maksukyvyttömyyttä velallisen rikosten tulkinnassa voitaisiin pitää esimerkkinä rajakäsitteiden ilmenemisestä. (Markku Salminen, Velallisen rikos – Tutkimus velallisen rikosten selvittämisestä erityisesti osakeyhtiöihin kohdistuneiden tekojen ja osakeyhtiötä koskevan oikeuskäytännön valossa. Werner Söderström Lakitieto Oy 1998, s. 162.). On myös syytä huomata että varallisuus- ja talousrikossääntelyn tunnusmerkistöissä viitataan laajalti varallisuusoikeudelliseen ja muuhun taloudelliseen sääntelyyn, jolla voi olla niin ikään yhteyttä taloustieteen hyödyntämiseen käsitteiden tulkinnassa. Samalla on syytä todeta, että rikosoikeudellinen tulkinta voi omista lähtökohdistaan poiketa käsitteen siviilioikeudellisesta tulkinnasta. (Raimo Lahti, Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset. I, II ja III. Lakimies 1991, s. 873–901, erityisesti s. 884–886.)

16. Ympäristötieteiden käytöstä ympäristöoikeudessa ks. esim. Henrik Thorén – Niko Soinen – Niina Kotamäki, Scientific models in legal judgements: The relationship between law and environmental science as problem-feeding. *Environmental Science & Policy* 2021, s. 478–484.

Ensimmäisessä tarkemmin tarkasteltavassa tapausesimerkissä käsitellään kuitenkin rikosvastuun kannalta oleellista syyntakeisuuden selvittämistä. Esimerkiksi otetaan mielisairauden käsite osana rikoslain (39/1889, RL) 3 luvun 4 §:n 2 ja 3 momentin sisältämää psykiatrista kriteeriä ja rikoksenteikijän terveydentilan selvittäminen mielentilatutkimusta apuna käyttäen.

Rikosvastuun edellytyksenä on syyntakeisuus (RL 3:4.1). Rikoslain 3 luvun 4 §:n 2 momentin mukaan tekijä on syyntakeeton, jos hän ei tekohetkellä kykene mielisairauden, syvän vajaamielisyyden taikka vakavan mielenterveyden tai tajunnan häiriön vuoksi ymmärtämään tekonsa tosiasiallista luonnetta tai oikeudenvastaisuutta taikka hänen kykynsä säädellä käyttäytymistään on sellaisesta syystä ratkaisevasti heikentynyt (*syyntakeettomuus*). Saman pykälän 3 momentin mukaan, jollei tekijä ole 2 momentin mukaan syyntakeeton, mutta hänen kykynsä ymmärtää tekonsa tosiasiallinen luonne tai oikeudenvastaisuus taikka säädellä käyttäytymistään on mielisairauden, vajaamielisyyden taikka mielenterveyden tai tajunnan häiriön vuoksi tekohetkellä merkittävästi alentunut (*alentunut syyntakeisuus*), on rangaistusta määrättäessä otettava huomioon, mitä 6 luvun 8 §:n 3 ja 4 momentissa säädetään.

Syyntakeisuus on oikeudellinen käsite¹⁷. Tuomioistuimien määrittää henkilön lain nojalla syyntakeiseksi, alentuneen syyntakeiseksi tai syyntakeettomaksi. Osana syyntakeettomuutta tekijän on tullut kärsiä tekohetkellä tietystä psyykkisestä poikkeavuustilasta (*psykiatrisen kriteeri*), kuten mielisairaudesta¹⁸. Tuomioistuin ei kuitenkaan *de facto* yleensä voi itsenäisesti määrittää syyntakeettomuuden tai alentuneen syyntakeisuuden tapauksessa mielisairauden, syvää vajaamielisyyttä tai vakavaa mielenterveyden tai tajunnan häiriötä. Tekijän terveydentilaa (ja laajemmin syyntakeisuuden) arviointiin tarvitaan yleensä mielentilatutkimus, joka perustuu lääketieteelliseen arvioon.

Syytetyn mielentila selvitetään normaalisti mielentilatutkimuksessa. Kyse on lääketieteellisestä arvioista. Päätöksen mielentilatutkimuksesta määräämiseen tekee tuomioistuin. Mielentilatutkimukseen määräämiseen edellytyksistä säädetään oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 37 §:ssä¹⁹. Prosessia on kuvattu mielentilatut-

17. Esim. Walter Sinnott-Armstrong – Ken Levy, *Insanity Defenses*, s. 299–334 teoksessa John Deigh – David Dolinko (eds) *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford University Press 2011, s. 300.

18. Rajakäsitteitä koskevan argumentin selkeyden vuoksi, tarkastellaan tässä erityisesti mielisairausten käsitettä ja syyntakeettomuutta, vaikka argumentti itsessään sopii myös syyntakeisuuden, alentuneen syyntakeisuuden ja syyntakeettomuuden muihin sairautta ja terveyttä koskeviin käsitteisiin.

19. Mielentilatutkimuksista ja sen edellytyksistä ks. esim. Tapio LappiSeppälä, *Rikosten seuraamukset*. Werner Söderström Lakitieto 2000, s. 242–258; Marianne Wagner-Prenner, *Syyntakeisuus ja mielentila*. Werner Söderström Lakitieto 2000 s. 103–125; Heli Korkka-Knuts – Dan Helenius – Dan Frände, *Yleinen rikosoikeus*, 3. uudistettu painos. Edita Publishing Oy 2020, s. 281; Marika Lauri, *Mielentilatutkimukseen määräämisestä*, s. 171–201 teoksessa Aulikki Ahlgrén-Rimpiläinen – Carita Elenij – Petteri Joelsson – Hanna Kaarre – Maiju Kolehmainen

kimusten määrän vähenemistä selvittäneessä VN TEAS raportissa *Mielentilatutkimusten väheneminen ja väkivaltarikollisten psykiatrinen hoito* seuraavasti:

“Mielentilatutkimukset suoritetaan valtion mielisairaaloissa (Niuvanniemi ja Vanha Vaasa), psykiatrisen vankisairaalan yksiköissä sekä sairaanhoitopiirien oikeuspsykiatrian yksiköissä (HYKS/HUS Kellokosken sairaala, Oulun ja Tampereen yliopistolliset keskussairaalat). Tutkimus suoritetaan moniammatillisissa tiimissä, jossa päävastuu tutkimuksesta on lausunnon laativalla lääkäriellä. Mielentilatutkimuslausunnossa kuvataan tutkimuksen aikaiset havainnot, tehdyt johtopäätökset ja esitetään tutkivan lääkärin käsitys syyntakeisuudesta sekä hoidon tarpeesta. Tutkimuksen jälkeen Terveyden ja hyvinvoinnin laitoksen (THL) oikeuspsykiatristen asioiden lautakunta antaa sairaalan lausunnon perusteella tuomioistuimelle oman lausuntonsa henkilön syyntakeisuudesta. Lisäksi THL päättää, määrätäänkö henkilö mielenterveyslain (1116/1990) 17.1§:n nojalla tahdosta riippumattomaan hoitoon.”²⁰

Varsinainen päätös syyntakeisuuden ratkaisemisesta kuuluu lopulta tuomioistuimelle, joskin käytännössä se noudattaa suurimmassa osassa ratkaisujaan THL:n antamia lausuntoja.²¹ Tuomioistuin tarvitsee laintulkinnassa lääketieteen apua. Tässä on kuitenkin syytä huomauttaa, että vaikka lähtökohtana sairauden tai poikkeavuuden selvittämisessä on lääketieteellisen osaamisen hyödyntäminen, lainsäädäntö itsessään mahdollistaa syyntakeisuuden arvioimisen myös ilman sitä.²² Mielentilatutkimuksessa on kyse kattavasta henkilön terveyden arviosta. Vaikka tavallisesti mielentilatutkimus tehdään, ei kaikissa tilanteissa arviolle ei ole tarvetta. Hallituksen esityksen mukaan “[m]ielentilatutkimus on tärkeänä apuvälineenä päätettäessä syyntakeisuudesta, mutta milloin asiassa on saatavissa jo muutoinkin riittävä selvitys, esimerkiksi syytetystä on jonkin aikaa aikaisemmin laadittu toisen rikoksen johdosta mielentilalausunto, asia voidaan päättää ilman uutta tutkimusta.”²³ Tuomioistuimella on näin mahdollisuus arvioida syyntakeettomuutta myös varhaisemman selvityksen tai reaalisten argumenttien varassa ja tulkita henkilön olleen tilanteessa syyntakeeton tai alentuneen

– Tapio Lappi-Seppälä – Hannu Lauerma – Marika Lauri – Sakari Melander – Kirsi Niinistö – Mika Rautanen – Miisa Törölä, *Mielentilatutkimusten väheneminen ja väkivaltarikollisten psykiatrinen hoito*. Valtioneuvoston kanslia, 2021.

20. Tapio Lappi-Seppälä – Maiju Kolehmainen, *Mielentila ja syyntakeisuus*, s. 17–117 teoksessa Aulikki Ahlgrén-Rimpiläinen – Carita Elenij – Petteri Joelsson – Hanna Kaarre – Maiju Kolehmainen – Tapio Lappi-Seppälä – Hannu Lauerma – Marika Lauri – Sakari Melander – Kirsi Niinistö – Mika Rautanen – Miisa Törölä, *Mielentilatutkimusten väheneminen ja väkivaltarikollisten psykiatrinen hoito*. Valtioneuvoston kanslia, 2021, s. 9–10.

21. Lappi-Seppälä – Kolehmainen 2021, s. 9–10.

22. Tapio Lappi-Seppälä – Sakari Melander, *Rikosoikeudellisen vastuun yleisistä edellytyksistä*, s. 48–72 teoksessa Tapio Lappi-Seppälä – Kaarlo Hakamies – Dan Helenius – Sakari Melander – Kimmo Nuotio – Timo Ojala – Ilkka Rautio (toim.) *Rikosoikeus*. 5., uudistettu painos. Alma Talent 2022, s. 62.

23. HE 44/2002 vp, s. 49/I.

syntakeinen ilman (uutta) mielentilatutkimusta. Syntakeisuus ja sen osatekijät oikeudellisina käsitteinä eivät siis aina edellytä lääketieteellistä arvioita, mutta lääketieteellinen arvio on yleinen lähtökohta. Tästä syystä tässä esitetty tarkastelu kohdistetaan nimenomaan lääketieteelliseen selvitykseen sairaudesta, koska mielisairauden käsitteessä osana syntakeisuuden arviointia on kyse rajakäsitteestä.

Tekijä on siis syntakeeton, jos hän ei tekohekellä kykene mielisairauden vuoksi ymmärtämään tekonsa tosiasiallista luonnetta tai oikeudenvastaisuutta taikka hänen kykynsä säädellä käyttäytymistään on sellaisesta syystä ratkaisevasti heikentynyt. Syntakeisuusarvio pitää sisällään edellä mainitun psykiatrisen kriteerin ja *psykologis-normatiivisen kriteerin*. Psykologis-normatiivisen kriteerin mukaan psyykkisen poikkeavuustilan on vaikuttanut tekijän tekoa koskevaan ymmärrys- tai kontrollikykyyn. Molempien kriteerien tulee täytyä, jotta henkilö on syntakeeton.²⁴ Syntakeisuuden ja rikosvastuun kannalta oleellista on poikkeavuustilan toteen näyttäminen ja sen vaikutus tekijän kykyyn ymmärtää teon luonne ja kontrolloida käyttäytymistään.

Ottamatta tässä kantaa psykologis-normatiivisen kriteerin sisältöön tulee lainsoveltajan määritellä tapauksessa poikkeavuustila, kuten mielisairaus. Rikoslaki ei sisällä viittauksia mihinkään tiettyyn psykiatriseen diagnoosiin. Mielenterveyden tilaa koskevat termit ovat hallituksen esityksen mukaan yleiskielisiä.²⁵ Mielisairaus tarkoittaa ” – – tyypillisesti psykoottisluonteisia tiloja.”²⁶ Usein kyseessä on skitsofrenia²⁷. ”Syvää vajaamielisyyttä vastaava psykiatrinen käsite olisi usein kehitysvammaisuus.”²⁸ Kehitysvammaisuus voi viitata fyysisiin ominaisuuksiin, mutta niillä ei merkitystä syntakeisuuden arvioissa. Tällä viitataan erityisesti älylliseen kehitysvammaisuuteen (älykkyystasoltaan 9-vuotiaan lapsen tason alapuolelle jäävät henkilöt).²⁹ ”Vakava mielenterveyden häiriö viittaa ennen kaikkea vaikeisiin rajatiloihin sekä sekavuustiloihin, tajunnan häiriö taas erilaisiin myrkytystiloihin, ikäheikkouteen, dementian tuomiin ymmärryskyvyn alenemistiloihin sekä orgaanisiin aivovammoihin.”³⁰ Nämä ilmaisut eivät

24. Melander 2016, s. 210; Lappi-Seppälä – Kolehmainen 2021, s. 12.

25. HE 44/2002 vp s. 62/II. Ks. myös Korkka-Knuta – Helenius – Frände 2020, s. 282; Lappi-Seppälä – Melander 2022, s. 61.

26. HE 44/2002 vp, s. 62/II.

27. Melander 2016, s. 211; Korkka-Knuta – Helenius – Frände 2020, s. 282; Lappi-Seppälä – Melander 2022, s. 61.

28. HE 44/2002 vp, s. 62/II–63/I.

29. HE 44/2002 vp, s. 62/II–63/I, Korkka-Knuta – Helenius – Frände 2020, s. 282; Melander 2016, s. 211; Lappi-Seppälä – Melander 2022, s. 61. Tässä keskitytään vain käsitteen tulkintaan. Tulee huomata, että syntakeisuusarvioissa on kuitenkin myös psykologis-normatiivinen kriteeri. Kuten Melander huomauttaa ”ratkaisevaa on älyllisen kehitysvammaisuuden vaikutus tekijän ymmärrys- ja kontrollikykyyn, ei psykiatrisen diagnoosi kehitysvammaisuudesta tai arvio älykkyysosamäärästä.” (Melander 2016, s. 211.)

30. HE 44/2002 vp, s. 63/I. Ks. myös Melander 2016, s. 211; Korkka-Knuta – Helenius – Frände 2020, s. 282; Lappi-Seppälä – Melander 2022, s. 62.

kuitenkaan riitä käsitteiden (kuten mielisairaus) määrittelyyn konkreettisessa tapauksessa. Yleiskielinen tai oikeudellinen määritelmä ei riitä.

Syyntakeisuus, alentunut syyntakeisuus ja syyntakeettomuus ovat oikeudellisia käsitteitä ja niitä tulkinta tapahtuu ensi sijassa lainopin keinoin. Syyntakeisuusarvio edellyttää kuitenkin psykiatrisen kriteerin nojalla myös mielenterveyden käsitteiden määrittelyä. Viittaaminen esimerkiksi hallituksen esityksen määritelmään ei riitä. Sairaus ja terveys ovat lääketieteen, eivät oikeustieteen käsitteitä³¹. Niiden sisältöä ei voi ratkaista lainopin tai pelkän yleiskieällisen käsitteanalyysin keinoin. Psykiatrisen kriteerin täytyminen edellyttää mielisairauden toteen näyttämistä ja tietyissä konkreettisissa tilanteissa lääketieteen konsultoimista. Lainsoveltaja tarvitsee lääketieteen tuottaman tiedon, jotta se voi määrittää henkilön mielisairauden nojalla syyntakeettomaksi. Tuomioistuimella ei ole mahdollisuuksia itsenäisesti vain lain nojalla tehdä arviota, onko tapauksessa kyseessä syyntakeeton tekijä mielisairauden vuoksi.³²

Rikosprosessi ja siinä toteutettava laintulkinta eivät ole kliinistä diagnostiikkaa, eikä lainsoveltaja voi ilman lääketieteen apua todeta henkilön tilan täyttävän esimerkiksi tiettyä ICD-tautiluokitusjärjestelmän mielenterveyden tai käyttäytymisen häiriötä. Rikosprosessissa tuomioistuin arvioi sille annettujen lääketieteellisten lausuntojen perusteella onko syytä nähdä henkilö sairaana. Kummankin syyntakeettomuuden arviointikriteerin täytyessä tuomioistuin voi määritellä tekijän syyntakeettomaksi, mutta poikkeavuustilaa, sairautta tai terveyttä ei voida yksin lainopin avulla määritellä tyhjentävästi, minkä vuoksi syyntakeettomuuden määrittely vaatii lainopin rajat ylittävää monitieteistä tulkintaa.

3.2. Sisäpiirintietoa hyödyntävä järkevä sijoittaja

Toisena lainopin rajoja rikkovana monitieteisenä rajakäsitteenä voidaan tunnustaa sisäpiirintiedon käsitteen tulkinta järkevän sijoittajan testiä hyödyntäen. Monitieteisyys ei ole sisäpiirintiedonsääntelyn tulkinnalle muutoinkaan vierasta, sillä koko arvopaperimarkkinaoikeuden tulkinta ja tutkimuskenttä on poikke-

31. Sairauden määrittelyn ongelmasta lääketieteessä ks. esim. Kari O Tikkinen – Hans K. Blomberg, Sairauden määritelmä ja yli diagnostiikka: missä menee sairauden raja? Suomen lääkäri-lehti. 44/2021, s. 2558–2564; Anna-Henrikje Seidlein – Sebina Salloch, Illness and disease: an empirical-ethical viewpoint. BMC Med Ethics. 2019 20(1) 2019.

32. Mielentilatutkimusten perusteella annettujen lausuntojen käytöstä tuomioistuimessa ks. esim. KKO 2000:3 ja sitä koskeva kommentaari Raimo Lahti, KKO 2000:3. Murha. Syyntakeisuus. Lakimies 2000, s. 763–776, erityisesti s. 772–775.

uksellisen painottunut oikeustaloustieteeseen.³³ Oikeuskirjallisuudessa arvopaperimarkkinaoikeuden tulkintaa on kuvailtu *markkinalähtöiseksi tulkinnaksi*.³⁴

Sisäpiirintiedon sääntely on keskeinen osa arvopaperimarkkinoiden sääntelyä, jolla varmistetaan sijoittajien luottamus markkinoita kohtaan sekä markkinoiden itsensä tehokas toimiminen.³⁵ Sisäpiirintiedon käsitteeseen viitataan kansallisesti muun muassa arvopaperimarkkinalain (746/2012, AML) 12 luvun 1 §:ssä sekä esimerkiksi rikoslain 51 luvun 6 §:ssä markkinoiden väärinkäyttöasetuksen 7 artiklaan (Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 596/2014, MAR), jonka 1 kohdan mukaan sisäpiirintieto on ”luonteeltaan täsmällistä ja julkistamatonta tietoa, joka liittyy suoraan tai välillisesti yhteen tai useampaan liikkeeseenlaskijaan taikka yhteen tai useampaan rahoitusvälineeseen ja jolla, jos se julkistettaisiin, todennäköisesti olisi huomattava vaikutus kyseisten rahoitusvälineiden hintoihin tai niihin liittyvien rahoitusjohdannaisten hintaan”. Sisäpiirintiedon määritelmä on jaettu suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa perinteisesti kolmeen (tai joskus neljään) osatekijään. Sisäpiirintieto on rahoitusvälinettä koskeva tietoa, joka on 1) *täsmällistä*, 2) *julkistamatonta* ja 3) *olennaista*.³⁶

Sisäpiirintiedon määritelmän osatekijöistä tiedon *täsmällisyydellä* viitataan siihen, että sisäpiirintieto on tietoa, joka on korostetusti täsmällistä, mistä johdettua tiedon haltijalle muodostuu informaatioetumatka muihin markkinatoimijoihin nähden.³⁷ Sisäpiirintiedon tulee olla myös *julkistamatonta*. Tiedon

33. Ks. esim. Jesse Collin, Osake ja modernit arvopaperimarkkinat: yhtiö- ja arvopaperimarkkinaoikeudellinen tutkimus pörssiyhtiön osakkeen omistuksen oikeudellisen luonteen ja tiettyjen rahoitusvälineiden välisestä suhteesta. Alma Talent 2020, s. 19 ja siinä viitattu Susanne Kals, European Capital Market Law, s. 489–512 Teoksessa Karl Riesenhuber (ed), European Legal Methodology. Intersentia Ltd 2017, s. 504.

34. Ks. markkinalähtöisestä tulkinnasta Märten Knuts, Sisäpiirisääntely arvopaperimarkkinoilla. Talentum 2011, s. 12–21. Knuts toteaa tulkitsevansa sisäpiirisääntelyä *markkinalähtöisesti*, minkä tarkoituksena on johtaa optimaalisesti toimiviin arvopaperimarkkinoihin. Markkinalähtöisessä tulkinnassa yhdistyvät sijoittajien vapautta korostava *informaation prosessointiperiaate* sekä sijoittajien yhdenvertaisuutta korostava *markkinatoimijoiden yhdenvertaisuusperiaatte*, joiden välille muodostuu tulkinnassa keskinäinen jännite.

35. Jarmo Parkkonen – Märten Knuts, Arvopaperimarkkinalaki. Talentum 2014, s. 317–318.

36. Parkkonen – Knuts 2014, s. 322, alaviite 530. Rahoitusvälineitäntänsäydestä myös Knuts 2011, s. 29, jonka mukaan rahoitusvälineitäntänsäyttä ei ole tarpeen eritellä, koska Suomen lainsäädännön mukaan sisäpiirintietoa voi olla vain tieto, joka vaikuttaa olennaisesti arvopaperin tai rahoitusvälineen arvoon. Täten kaikki olennainen tieto on aina vähintään välillisesti arvopaperiin tai rahoitusvälineeseen liittyvää.

37. Knuts 2011, s. 32; Marco Ventrizzo – Chiara Picciau, Inside Information, s. 175–207 teoksessa Marco Ventrizzo – Sebastian Mock (eds), Market Abuse Regulation. Oxford University Press 2017, s. 189–191. Oikeuskirjallisuudessa Vesa Annola on systematisoinut täsmällisyyttä edelleen tiedon viittaamien olosuhteiden todennäköisyyden sekä tiedon itsensä tarkkuuden arviointiin (Vesa Antero Annola, Informaatio, sisäpiiri, markkinat. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Yksityisoikeuden sarja, A:114 2005, s. 285).

katsotaan olevan julkista, jos se on markkinatoimijoiden saatavilla laillisesti, vaikkakaan kaikki markkinatoimijat eivät olisi saaneet tietoa.³⁸

Tässä artikkelissa tarkastelu keskittyy rajakäsitteen osalta tiedon olennaisuuteen. Olennaisuus tarkoittaa sitä, että tiedolla “olisi julkistettaessa todennäköisesti huomattava vaikutus rahoitusvälineen hintaan”. MAR 7 artiklan 4 kohdan mukaan tiedolla, jolla olisi todennäköisesti huomattava vaikutus tarkoitetaan tietoa, “jota järkevästi toimiva sijoittaja käyttäisi yhtenä sijoituspäätöksensä perusteena”. Tiedolle asetettu olennaisuuden vaatimus erottelee siten sisäpiirintiedon määritelmän ulkopuolelle tiedot, jotka eivät ole olennaisia ja joilla olisi vain vähäinen vaikutus rahoitusvälineen hintaan.³⁹ Sisäpiirintiedon olennaisuuden määritelmän keskeisin osa on MAR 7 artiklan 4 kohdassa mainittu järkevän sijoittajan testi, jolla on pyritty tarkentamaan 7 artiklan 1 kohdassa säädettyä määritelmää. Testin taustalla on ajatus siitä, että jos tieto olisi julkinen järkevä sijoittaja käyttäisi sitä yhtenä sijoituspäätöksensä perusteena ja tiedolla olisi täten vaikutus rahoitusvälineen hintaan. Toisin sanoen järkevä sijoittaja on rationaalinen toimija, joka kykenee erottelemaan markkinoilla olevat rahoitusvälineen hintaan vaikuttavat tiedot.⁴⁰ Järkevän sijoittajan testi ei ole juurikaan onnistunut selventämään sisäpiirintiedon olennaisuuden määritelmää. Kyseisestä testistä on sen sijaan muodostunut oiva esimerkki aikaisemmin esitetystä *avoimuusongelman* ilmenemismuodosta. Oikeustieteilijät ovatkin ahkerasti pohtineet kysymystä siitä, kuka on järkevä sijoittaja.

Keskeisiltä osin epäselväksi jäänyt se millaista subjektiivisen rationaliteetin tasoa vasten rahoitusvälinettä koskevaa tietoa tulisi arvioida. Kysymys järkevän sijoittajan subjektiivisen rationaliteetin tasosta ei ole yhdentekevä, päinvastoin. Sijoittajia koskevissa tutkimuksissa on havaittu, että sijoittajan asemalla (esimerkiksi ammattisijoittaja vastaan keskimääräinen osakesäästäjä) tai sukupuolella on merkitystä sijoituspäätöksen tekemisessä. Toisin sanoen sijoittajan kyvykkyydellä ja ominaisuuksilla on vaikutusta sijoituspäätösten tekemiseen.⁴¹ Suomalaisen oikeustieteen piiristä järkevän sijoittajan rationaliteetista, tarkemmin lausuttuna sen tasosta, ei ole päästy yksimielisyyteen.⁴²

38. Ventoruzzo – Picciau 2017, s. 196–198. Ks. myös Knuts 2011, s. 57 ja Parkkonen – Knuts 2014, s. 326–327.

39. Matti Turtiainen, Mitä on sisäpiiritieto? *Defensor Legis* 2/2022, s. 525–545, 541.

40. Ventoruzzo – Picciau 2017, s. 200 ja 202, johon viitaten myös Turtiainen 2022, s. 541.

41. Ventoruzzo – Picciau 2017, s. 200 ja siinä viitattu A. Can Inci – M. P. Narayanan – H. Nejat Seyhun, Gender Differences in Executives’ Access to Information. *The Journal of Financial and Quantitative Analysis* 52(3) 2017, s. 991–1016 ja Joan MacLeod Heminway, Female Investors and Securities Fraud: Is the Reasonable Investor a Woman? *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice* 2009, s. 291–336.

42. Knuts 2011, s. 107–108 ja erityisesti alaviite 237, jossa Knuts huomauttaa, että taloustieteen viitekehyksessä käytetty rationaalisuus on yleensä todellisuudelle vierasta ylтиorationaalisuutta, josta ei voida muodostaa inhimillistä toimintaa arvioivaa oikeudellista standardia. Knuts katsookin, että järkevällä sijoittajalla viitataan lainsäätäjän mukaan pitkällä sijoitushorison-

Olipa järkevän sijoittajan rationaalisuuden taso mikä tahansa, palautuu järkevän sijoittajan suhteellinen rationaalisuus lopulta aina tietoon ja sijoittajan kykyyn reagoida tietoon. Vaikkakaan MAR:ssa säädetty järkevän sijoittajan testi ei selvästikään oikeudellisena määritteenä täysin palaudu taloustieteelliseen yltiörationaaliseen ja teoreettiseen taloustieteelliseen malliin, ei se voi myöskään irtaantua siitä. MAR:ssa määritelty järkevän sijoittajan toiminta on siten peruslähtökohdiltaan yhteneväinen taloustieteellisen rationaalisuuskäsityksen kanssa.⁴³ Vastaavan kannan oikeuskirjallisuudessa on esittänyt muun muassa *Jenni Laininen*, joka näkemystä kannattaen toteaa, että “[s]ijoitustoiminnasta tekee taloustieteellisesti, ja myös arvopaperimarkkinalain tarkoittamalla tavalla, järkevää nimenomaan halu maksimoida sijoitetun pääoman tuotto ja/tai muuten taloudellisesti optimoida varallisuuden arvo”.⁴⁴

Edes monitieteinen tulkinta hyödyntäen taloustieteellistä käsitystä taloudellisten toimijoiden rationaalisuudesta ei tee järkevän sijoittajan testin tulkinna käytännössä helppoa. Taloustieteellinen rationaalisuuskäsitys auttaa laintulkitsijaa käsittämään sen, mitä asteikkoa vasten tiedon olennaisuutta tulisi tulkita.⁴⁵ Ongelmalliseksi muodostuu lopulta se, ettei laintulkitsija pysty edes monitieteisen tulkinnan avulla selvittämään sitä, mikä on se nimenomainen järkevän sijoittajan testin todellinen rationaalisuuden taso, joka samalla määrittää sisäpiirintiedon olennaisuuden alarajan. Toisaalta, jos järkevän sijoittajan testiä tulnaisiin lainsäätäjän toimesta tarkentamaan määrittelemällä selkeämmin tietyin ominaisuuksin kuvattua markkinatoimijaa, korostuisi taloustieteen rooli sisäpiirintiedon olennaisuuden tulkinnassa entisestään, koska silloin sisäpiirintiedon olennaisuuden alarajan muodostamisesta muodostuisi selkeästi taloustieteen keinoin mitattava käsite.

Karhu on osana 2000-luvun oikeuslähdeoppiaan esittänyt, että oikeuslähteiden luokittelujen rajat ovat liikkuvia. Esimerkkinä Karhu on tästä maininnut

tilla toimivaan arvosijoittajaan, joka ei reagoi samalla tavalla tietoon kuin yltiöspekulatiivinen aktiivisijoittaja. Kotiranta puolestaan katsoo, että ei ole olemassa mitään syytä järkevän sijoittajan määritelmän rajaamisesta vain pitkäaikaista ja jatkuvaa sijoitustoimintaa tekeviin markkinaosapuoliin, vaan järkevää sijoittajaa on ymmärrettävä yleisesti arvopaperimarkkinoilla kauppaa tekevänä markkinaosapuolena tämän sijoitusintressistä tai -horisontista huolimatta (Kai Kotiranta, Sisäpiirintiedon syntyminen - Kontekstuaalinen tulkinta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2014, s. 85–87).

43. Taloustieteellisestä rationaalisuudesta ks. esim. Topi Olli Oskari Miettinen – Marja-Liisa Halko – Hannu Kalevi Vartiainen, *Mieletön taloustiede*, s. 154–188 teoksessa Antti Gronow – Tuukka Kaidesoja (toim.), *Ihmisielen sosiaalisuus*. Gaudeamus 2017, erityisesti sivut 159–160.

44. Jenni Laininen, *Tulevaisuudennäkymien antaminen uuden arvopaperimarkkinalain mukaan*. Defensor Legis 1/2013, s. 23–48, 25–26 ja erityisesti alaviite 16. Myös Knuts korostaa arvopaperimarkkinoilla olevien toimijoiden lähtökohtaisesti järkiperusteisia syytä toiminnalle sekä toimijoiden tarkoitusta tavoitella omaa etua arvopaperimarkkinoilla. (Knuts 2011, s. 14.)

45. Taloustieteen hyödyntäminen osana järkevän sijoittajan testin tulkintaa on oivallinen esimerkki tilanteesta, jossa rajakäsitteiden monitieteinen tulkinta toimii Karhun tarkoittamalla tavalla synkronointilähteenä.

perus- ja ihmisoikeudet, jotka Suomen perustuslain (731/1999) 106 §:n mukaan voivat ristiriitatilanteessa ohittaa muut velvoittavat säännökset.⁴⁶ Eräänlaisena kuriositeettina voitaisiin esittää kysymys siitä, miten monitieteisen tulkinnan asema oikeuslähdeopin systematisoinnissa sellaisena kuin Karhu sen on esittänyt, voisi muuttua sisäpiirintiedon tunnusmerkkien tulkinnassa. Elefanttina huoneessa seisookin nyt kysymys siitä, voisiko taloustieteellinen tulkinta – siis käsitys taloudellisen toimijan rationaliteetista – nousta vahvasti velvoittavaksi oikeuslähteeksi MAR 7 artiklan 4 kohdan tulkinnassa, jos katsotaan että lain sisältämää käsitettä ei olisi mahdollista tulkita ilman ymmärrystä taloustieteellisestä rationaalisuudesta.

Vaihtoehtoisesti voitaisiin myös esittää, olisiko sisäpiirintiedon olennaisuutta mahdollista sitten arvioida ilman taloustieteellistä käsitystä markkinatoimijoiden rationaliteetista. Kun testin määritelmä on jätetty MAR 7 artiklan 4 kohdassa varsin avoimeksi, muodostuu perinteisiin auktoriteetilähteisiin perustuvasta järkevän sijoittajan tulkinnasta tautologinen määrittely, jonka hyödyntäminen lainkäyttäjän näkökulmasta muodostuu mahdottomaksi. Testin sisältö aukeaa vasta, kun lakiin sisällytettyä käsitettä aletaan tulkita monitieteisesti oikeassa kontekstissa.

3.3. Kilpailuoikeudellinen määräävä markkina-asema

Jokseenkin vastaavalla tavalla kuin arvopaperimarkkinaoikeudessa myös kilpailuoikeudessa taloustieteellä on merkittävä roolinsa osana laintulkinnan valtavirtakäsitystä. Taloustieteellisen kilpailuteorian hyödyntäminen laintulkinnassa on *Petri Kuoppamäen* mukaan kyse kilpailujuristien perinteisiä välineitä täydentävästä työkalupakista, “jonka avulla tapauksia tutkitaan, taustalla olevia ilmiöitä ymmärretään, ongelmia ratkotaan ja informaatiotulvaa hallitaan”. Kyse on tällöin Kuoppamäen mukaan tilanteesta, jossa aineellista laintulkintaa ei missään nimessä ulkoisteta taloustieteilijöille, vaan laintulkinnan argumentaatiota rikastetaan kilpailun taloustieteellä.⁴⁷ Kuoppamäen ajatus taloustieteen hyödyntämisestä osana laintulkintaa kilpailuoikeudessa näyttäisi pitkälti vastaavan artikkelissa esitettyä lainopin rajat ylittävästä monitieteisestä tulkinnasta. Taloustiede on siten kilpailuoikeudellisten kysymysten tulkinnassa työväline, joka auttaa selittämään laintulkitsijalle tulkintatilanteeseen sisältyvät avoimet rajakäsitteet oikeassa kontekstissa.

Keskeisenä taloustieteellistä argumentaatiota hyödyntävänä tulkintatilanteena voidaan tunnistaa kysymys siitä, milloin yritys on saavuttanut määräävän

46. Karhu 2020, s. 1024.

47. Petri Kuoppamäki, *Uusi kilpailuoikeus*. 3., uudistettu painos. Alma Talent 2018, s. VII.

markkina-aseman, eli ylittänyt niin sanotun *dominanssikynnyksen*.⁴⁸ Määräävän markkina-aseman määritelmästä on säädetty kansallisesti kilpailulain (948/2011) 4 §:n 2 momentissa. Kyseisen lainkohdan mukaan määräävällä markkina-aseamalla yhdellä tai useammalla elinkeinonharjoittajalla taikka elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä olevaa koko maan tai tietyn alueen kattavaa yksinoikeutta tai muuta sellaista määräävää asemaa tietyillä hyödykemarkkinoilla, joka merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluporalla. Kilpailulain 7 §:ssä säädetään edelleen määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä, jonka katsotaan lain esitöiden mukaan olevan yhtäläinen SEUT 102 artiklan kanssa.⁴⁹

Määräävän markkina-aseman määrittäminen perustuu kaksivaiheiseen prosessiin, jossa määritellään aluksi kilpailun rajat, eli yrityksen toiminnalle määritellään relevantit hyödykemarkkinat ja markkina-alue, jolla se kilpailee.⁵⁰ Kun yrityksen kannalta relevantti markkina on määritetty, tulee arvioitavaksi itse yrityksen toiminta relevanteilla markkinoilla. Määräävän markkina-aseman tunnusmerkki relevanteilla markkinoilla on yrityksen markkinavoima, jonka avulla yritys voi toimia ainakin tiettyyn tasoon asti kilpailun paineesta vapaana.⁵¹ Toisin sanoen markkinavoimalla tarkoitetaan yrityksen kykyä hinnoitella tuote yli marginaalikustannusten, jolloin yrityksen markkinavoima on sitä suurempi, mitä suurempi erotus yrityksen hinnoitteleman tuotteen myyntihinnan ja tuotantokustannusten välillä on, joskin pelkkä mahdollisuus ylittää marginaalikustannukset viestii vasta siitä, että kilpailu markkinoilla ei ole täydellistä – mitä voitaneen pitää reaali maailman *de facto* lähtökohtana.⁵²

Määräävää markkina-aseman tuomaa markkinavoimaa voidaan arvioida esimerkiksi markkinarakenteen, markkinakäyttäytymisen sekä markkinatulosten kautta. *Markkinarakenteella* yrityksen markkinavoimaa mitataan markkinoiden keskittymisasteen perusteella, jolloin yrityksellä voi olla määräävä markki-

48. Kalle Määttä, *Oikeustaloustieteen perusteet*. Edita Publishing Oy 2016, s. 95.

49. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailulain muuttamisesta 197/2012, s. 5–6. Täten on katsottava, että EU:ssa ja kansallisesti säädettyä lainsäädäntöä sekä oikeuskäytäntöä määräävästä markkina-asemasta on tulkittava yhtenäisesti.

50. Kuoppamäki 2018, s. 264–265; Ariel Ezrachi, *EU Competition Law - An Analytical Guide to the Leading Cases*. Fifth Edition. Hart Publishing 2016, s. 202–203.

51. Kuoppamäki 2018, s. 251–252. Vastaavasti myös lain esitöissä todetaan “määräävässä asemassa oleva yritys ei kohtaa riittävän voimakasta kilpailupainetta ja määräävään markkina-asemaan liittykin yrityksen huomattava markkinavoima”, HE 197/2012 vp, s. 7. Markkinavoimasta EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä ks. asia 27/76, *United Brands v. komissio*, kok. 1978. Kohdat 65 ja 66 sekä asia 85/76, *Hoffmann-LaRoche & Co AG v. komissio*, kok. 1979. Kohdat 38 ja 39; Markkinavoimasta myös Alison Jones – Brenda Sufrin, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*. Fifth Edition. Oxford University Press 2014, s. 298–299.

52. Petri Kuoppamäki, *Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 246–247.

na-asema, mikäli se on selvästi kilpailijoitaan suurempi. Pelkän markkinaosuuden seuraaminen voi olla kuitenkin harhaanjohtavaa ja markkinarakenteen arvioinnissa on syytä kiinnittää myös huomiota korkean markkinaosuuden taustalla oleviin syihin.⁵³ *Markkinakäyttäytymisellä* viitataan puolestaan yrityksen käyttäytymiseen suhteessa sen kilpailijoihin ja asiakkaisiin. Määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi esimerkiksi estää kilpailun syntymistä markkinoille tai kohdella asiakkaitaan epäedullisella tavalla, joilla ei ole mahdollisuutta vaihtaa toimittajaa.⁵⁴ Edelleen määräävää markkina-asemaa voidaan selvittää tulkitsemalla yrityksen markkinatulosta, eli siis liikevoiton kirjanpidollista suuruutta. *Markkinatuloksen* hyödyntäminen määräävän markkina-aseman indikaattorina on yksistään varsin heikko, koska liikevoiton suuruus yksistään voi johtua myös muista tekijöistä, kuten yrityksen kilpailijoita paremmasta tehokkuudesta, jolloin on varsin vaikeaa muodostaa syy-yhteyttä liikevoiton ja määräävän markkina-aseman välille.⁵⁵

Määräävän markkina-aseman selvittäminen tulee perustua objektiiviseen tosiasioiden arviointiin, joka vaatii markkinoiden toiminnan ja rakenteen analyysiä.⁵⁶ Laintulkitsijan näkökulmasta kansalliseen ja EU-lainsäädäntöön perustuvan määritelmän selvittäminen ja soveltaminen tilanteeseen ei ole siten mahdollista ilman markkinan pätevää analysointia.⁵⁷ Yrityksen määräävän markkina-aseman tulkinta perustuu siten lainsäädännössä annetun rajakäsitteen sisältöön, jonka selvittäminen edellyttää monitieteistä lähestymistapaa, jossa yrityksen asemaa markkinoilla tutkitaan taloustieteellisten mittareiden kautta. Ainoastaan perinteisiin auktoriteettilähteisiin perustuva laintulkinta ei kykene

53. Kuoppamäki 2003, s. 244. Kuoppamäki huomauttaa myös, että taloustieteellisessä tutkimuskirjallisuudessa ei ole syntynyt yksittäistä prosenttilukua, jonka katsottaisiin muodostavan määräävän markkina-aseman alarajan, mikä johtunee siitä, ettei määräävän markkina-aseman käsite ole taloustieteessä erityisen hyvin vakiintunut (Kuoppamäki 2003, s. 257). Vastaaviin indikaattoreihin määräävän markkina-aseman olemassaolosta ja liiallisesta markkinavoimasta viitataan myös kilpailulain esitöissä (HE 197/2012 vp, s. 7). EU-oikeudessa on muodostunut korostunut rooli markkinarakenteen tulkinnalle. Oikeuskäytännössä muodostuneen vakiintuneen tulkinnan mukaan yli 50 % markkinaosuuden saavuttaneelle yritykselle muodostuu olettama määräävästä markkina-asemasta (Jones – Surfin 2014, s. 297).

54. Kuoppamäki 2018, s. 256; Kuoppamäki 2003, s. 244–245. *Markkinakäyttäytymisestä* ja yrityksen markkinavoiman suhteesta kilpailijoihin sekä asiakkaisiin vastaavasti: Komission tiedonanto — Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02), kappaleet 16–18.

55. Kuoppamäki 2018, s. 256–257; Jones – Surfin 2014, s. 345; Ezrachi 2016, s. 207.

56. Kuoppamäki 2018, s. 255–256.

57. Kuoppamäki korostaa, että määräävän markkina-aseman tulkinnassa on riittävän varmuuden saamiseksi noudatettava kokonaisvaltaista tulkintaa, jossa tarkastellaan yrityksen toimintaa ja markkinoita analyttisesti. Kokonaisvaltaisen tulkinnan saavuttamiseksi on hyödynnettävä useita ekonometrisiä mittausvälineitä, joita hyödyntämällä rinnakkain voidaan muodostaa tarvittava kokonaiskuva (Petri Kuoppamäki, *Kilpailun taloustieteen soveltaminen kilpailuoikeudessa*. Lakimies 7–8/2008, s. 1077–1105, 1092 ja 1095).

tulkitsemaan määräävää markkina-asemaa, koska lainsäädäntö esitöineen ei kykene prosessoimaan tietoa siitä, mitkä ovat ne relevantit markkinat, jolla yritykset toimii ja millainen yrityksen markkinavoima kyseisillä markkinoilla on.

Petri Kuoppamäki on taloustieteen hyödyntämistä kilpailuoikeudessa käsittelevässä artikkelissaan esittänyt hieman vastaavan vaihtoehtoisen hypoteesin, kuin mitä edellä on esitetty sisäpiirintiedon arvioinnista: olisiko kilpailuoikeudellinen ratkaisutoiminta mahdollista ilman taloustieteellisten apuvälineiden käyttöä, jolloin esimerkiksi määräävän markkina-asema havaittaisiin yksinkertaisen maalaisjärjen avulla? Kuoppamäen vastaus esitettyyn kysymykseen on, ettei maalaisjärkeen perustuva tulkinta olisi mahdollista ilman, että maalaisjärkeä olisi huomattavasti keskimääräistä enemmän.⁵⁸ Toteamus on tietysti huvittava, mutta itse asiassa myös pitkälti artikkelissa esitettyä päätelmää kuvaava. Monitieteinen tulkinta toista tieteenalaa konsultoimalla mahdollistaa laintulkitsijan soveltaa lakia sellaiseen kompleksiseen ongelmaan, jonka selittäminen auki relevanteiksi tosiseikoiksi ja oikeudellisesti tunnistetuiksi relaatioiksi ei liene mahdollista ilman muun tieteen tuomaa ilmiöiden ymmärrystä ja systematisointia. Olemassa olevan muun kuin oikeustieteen tieteenalan konsultointi laintulkinnassa täten oikeastaan mahdollistaa koko juristiprofession olemassaolon, koska ilman sitä laintulkitsijalta edellytettäisiin yli-inhimillistä kykyä tulkita normia suhteessa käsitteisiin, joiden merkitys ulottuu oikeustieteen kantamattomiin.

4. Yhteenveto

Artikkelissa on esitetty teoria lakiin sisältyvistä rajakäsitteistä ja niiden tulkinnasta. Tapausesimerkkien valossa lainsäädäntö sisältää rajakäsitteitä, joiden sisältöä ei voi esittää puhtaasti lainopin keinoin. Ratkaisuksi rajakäsitteiden lainopillisen tulkinnan avuksi on esitetty monitieteinen tulkinta. Rajakäsitteiden tulkinnassa lainopin tulee ylittää perinteisen oikeuslähdeopin rajat ja hakea konsultaatiota oikeustieteen ulkopuolisilta tieteiltä.

Artikkelissa esiteltiin teoreettisen argumentin tueksi kolme tapausesimerkkiä, tarkastelemalla mielisairautta, järkevää sijoittajaa ja määräävää markkina-asemaa. Mielisairauden käsite osana syyntakeisuutta on hallituksen esityksen mukaan yleiskielinen. Mielisairaus tulee tietyissä tilanteissa osoittaa toteen, jotta syyntakeisuutta oikeudellisena käsitteenä voidaan soveltaa. Oikeustiede ei kuitenkaan riitä sairauden ja terveyden määrittelemiseen. Tässä tarvitaan lääketieteen apua osana mielentilatutkimusta. Toiseksi sisäpiirintiedon keskeisenä osatekijänä olevan tiedon olennaisuuden osalta on katsottava, että käsitys tie-

58. Kuoppamäki 2008, s. 1078.

don olennaisuudesta palautuu auttamattomasti taloustieteeseen ja tiedon olennaisuuden ymmärtäminen ilman ainakaan jonkinasteista apua taloustieteeltä olisi haastavaa, ellei jopa mahdotonta. Taloustieteen rooli olennaisuudessa voi tulevaisuudessa kasvaa, mikäli esimerkiksi Euroopan komissio antaisi järkevän sijoittajan testin tulkinnaista tiedonannon, jolloin järkevän sijoittajan rationaliteetin taso olisi määritelty ja tiedon olennaisuutta arvioitaisiin sitä vasten. Myös määräävän markkina-aseman käsite kilpailuoikeudessa on tulkittava rajakäsitteeksi. Määräävän markkina-aseman keskeisen indikaattorin, eli markkinavoiman havaitsemista pelkästään lainopin keinoin olisi lähes mahdotonta, sillä lain tai valmisteluaineistojen perusteella ei voida muodostaa analyysiä relevanteista taloudellisista mittareista, joilla markkinavoimaa perinteisesti määritellään.

Esitetyt näkemykset taloustieteen hyödyntämisestä osana arvopaperimarkkinaoikeudellisten normien tulkintaa tai kilpailuteorian hyödyntämisestä kilpailuoikeudessa eivät ole uusia, vaan ne edustavat oikeustieteen valtavirrassa todettuja käsityksiä laintulkinnasta. Siinä missä aikaisempi keskustelu on pääasiallisesti linkittynyt oikeustaloustieteen rooliin yleisesti oikeustieteessä, tässä artikkelissa ajatusta monitieteisen tulkinnan roolista on haluttu kytkeä erityisesti lainoppiin.

Vaikka kaksi tapausesimerkkiä käsittelee taloustiedettä ja siihen liittyviä rajakäsitteitä, ei keskustelu rajaudu vain niihin. Myös muiden tieteenalojen puolelle meneviin rajakäsitteisiin tulee vastata samalla tavalla. Terveysten ja sairauksien määritelmää osan syyntakeisuuden arviota ja vahingonkorvausoikeutta on arvioitava lääketieteen keinoin. Vastaavasti koronaviruspandemia teki läpinäkyväksi epidemiologian merkityksen tartuntatautilainsäädännön lainsoveltamisessa. Kestävyyssmurroksen aikana ympäristötieteiden rooli ympäristöoikeuden neuvonantajana tuskin tulee ainakaan heikkenemään.

Artikkelin tavoitteena on ollut kehittää oikeustieteellisen tiedeyhteisön sekä käytännön juristien käsitystä monitieteisestä tulkinnasta vakiintuneisiin tulkintatilanteisiin perustuen ja pyrkiä raivaamaan monitieteisyydelle omaa tilaansa oikeuslähteopin ja lainopillisen tulkinnan viitekehyksessä sen kasvavan tarpeen vuoksi. Rajakäsitteet ovat osa lakia ja niiden käyttö tuskin on vähenemässä maailman oikeudellistussa.

Susanna Lindroos-Hovinheimo on tarkastellut tulkintateorioiden historiaa. Hänen mukaansa historiaa tarkasteltaessa voidaan tulkinnan huomata olevan oikeusteorian ikuisuuskyymyksiä. Tämä kysymys on historian saatossa muotoiltu hieman eri tavoin, ja vastaukset siihen ovat olleet hieman erilaisia. ”Käsitykset tulkinnasta ja sen vaikeudesta eivät kuitenkaan ole ratkaisevasti muuttuneet viimeisen sadan vuoden aikana.”⁵⁹ Kielessä on aina kyse tulkinnasta, koska kieli ei anna tarkkoja merkityksiä käsitteille⁶⁰. Laintulkinta pelkkää oikeuslähteiden

59. Susanna Lindroos-Hovinheimo, Miten lakia tulkitaan? – Erään oikeusteoreettisen kysymyksen suomalaista historiaa. *Lakimies* 2/2011, s. 278–298.

60. Ks. Lindroos-Hovinheimo 2011, s. 293–295 ja s. 297.

keiltä käyttäen ei aina ole mahdollista. Vaikka laintulkitsija, kuten tuomari, lopulta tekee päätöksen juridisesta tulkinnasta, voi hän tarvita rajakäsitteiden tulkinnassa muiden tieteiden niille antaman merkityssisällön. Oli kyse esimerkiksi lääketieteen arviosta, taloustieteen konsultaatiosta tai ympäristötaiteiden soveltamisesta, tiede antaa merkityksiä käsitteille, joita tarvitaan apuna normatiivisessa tulkinnassa. Käsitteiden merkityksen avaamista muita tieteitä käyttäen ei vielä voidaan pitää oikeudellisena. Vasta käsitteitä sisältävien normien tulkinta ja juridinen päätöksenteko tuo mukanaan normatiivisen arvion.

Koska lainoppi ei enää riitä kaikkien rajakäsitteiden tulkintaan, tulee oikeustieteen antaa tilaa myös muille tieteellisille diskursseille ja metodeille. Oikeustieteen ei tarvitse siirtyä esimerkiksi taloustieteen tai lääketieteen puolelle, mutta sen tulee ymmärtää koska sen tulee konsultoida muita tieteitä rajakäsitteiden tulkinnassa. Tältä osin myös oikeustieteen koulutuksessa tulisi huomioida muiden tieteenalojen ymmärtäminen. Jotta rajakäsitteet eivät muodostaisi ongelmaa laintulkitsijoille nyt ja tulevassa, olisi oikeustieteen koulutukseen kenties syytä lisätä monitieteistä osaamista osana oikeudellista ajattelua⁶¹. Oikeustieteen opetukseen voitaisiin lisätä koulutusta, jonka avulla oikeustieteilijät tunnistaisivat rajakäsitteen kohdatessaan, mikä taiteenala voi parhaiten auttaa antamaan tulkintoja käsitteestä ja sen sovellettavuudesta. Osana lainoppia, oikeuslähdeoppia ja oikeudellista ajattelua tulee olla käsitys niiden rajoista. Näiden rajojen tunnistamisen tulisi olla osa modernin oikeustieteen itseymmärrystä.

61. Oikeudellisesta ajattelusta ja sen kehittämisestä oikeustieteen opinnoissa ks. esim. Anne Haara-Muhonen – Heidi Hyytinen – Tarja Tuononen – Sakari Melander, Law students' descriptions of legal reasoning. *The Law Teacher*. 2022. <https://doi.org/10.1080/03069400.2022.2057754>.

Doctrinal and multidisciplinary interpretation in cross-disciplinary legal concepts

VELI-MATTI TIKKANEN, LL.M., Junior Researcher, University of Lapland – ESKO YLI-HEM-MINKI, LL.M., MSSc, Doctoral Researcher, University of Helsinki

The law contains concepts that are beyond the reach of the methods of jurisprudence. The doctrinal method alone cannot always interpret concepts at or across the border with other scientific disciplines. Those other scientific disciplines and research methods are needed to interpret such cross-disciplinary concepts and to find their content in law. As the limits of the doctrinal method have been reached, jurisprudence must be capable of multidisciplinary and interdisciplinary discussion, a dialogue with other disciplines about defining the content of concepts and norms. The article introduces three case examples to illustrate the phenomenon. First, mental illness as a defence in criminal proceedings is a medical concept that requires medicine to define it. Second, the evaluation of abuse of insider information must refer to economics to define the rational investor. In the third example, competition law also needs economics to explain the concept of market power. Other scientific disciplines can provide help in interpreting the law. This should be noted in the teaching of doctrinal methods.

Oikeustieteen professuurien nimikkeet oikeustieteen itseymmärryksen kuvastajina

HAKUSANAT: oikeustiede, oikeudenalajaotus, professuurinimikkeet

1. Johdanto ja kysymyksenasettelu

1.1. Tutkimuskysymys

Suomessa eli käytännössä Keisarillisessa Aleksanteri-yliopistossa oli 1850-luvulla neljä oikeustieteen professuuria. Oppituolien nimikkeet olivat ”Siviililainoppi ja Rooman oikeus”, ”Talousoikeus ja valtionalous”, ”Rikoslainoppi ja oikeudenhistoria” sekä ”Kameraali- ja politiaalainoppi sekä valtio-oikeus”. Professuurit säilyivät muuttumattomina 1890-luvulle saakka, jolloin siviililainopin professuuri jaettiin Siviiliprosessioikeuden, roomalaisen oikeuden ja lainopin ensyklopedian professuuriin ja Suomen siviililainopin professuuriin. Seuraavan vuosisadan aikana professuurien lukumäärä kasvoi viidestä yli 70:een.

Professuurinimikkeet ovat kiinteästi yhteydessä oikeudenalajaotukseen, jonka perinteisesti ajatellaan muodostavan lainopin systematiikan ytimen. Oikeudenalajaotus on klassinen oikeustieteellisen tutkimuksen teema, jota vähintään sivutaan lähes kaikissa oikeustieteellisissä väitöskirjoissa. Väitöskirjat sijoitetaan oikeustieteellisen tutkimuksen kontekstiin oikeudenalakäsitteistöä hyödyntäen. Oikeudenalajaotus toimii perustana myös oikeustieteen opetukselle.

Oikeudenalajaotus on pysynyt suhteellisen vakaana vuosikymmenestä toiseen. Myös professuurien nimikkeet ja oppiaineiden nimet ovat noudattaneet samaa kaavaa: rikosoikeus, prosessioikeus, hallinto-oikeus ja niin edelleen.

Viimeisen vuosikymmenen aikana perinteisen oikeudenalakäsitteistön valta-asema on kuitenkin horjunut, kun yliopistoihin on perustettu runsaasti uusia oikeustieteen professuureja, joiden nimikkeet eivät välttämättä enää vastaa perinteistä oikeudenalajaotusta. Professuurinimikkeet vaikuttavat muuttuneen

* *Miikka Vuorela*, OTT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto; *Tapio Määttä*, OTT, akateeminen rehtori, ympäristöoikeuden professori, Itä-Suomen yliopisto. Kiitämme vertaisarvioijia sekä professori emeritus Tarmo Miettistä rakentavasta palautteesta. Kiitämme myös Helsingin, Itä-Suomen, Lapin ja Turun yliopistojen henkilöstöhallinnon asiantuntijoita ystävällisestä avusta aineiston keräämisessä.

pidemmiksi, epäyhtenäisemmiksi ja yliopistojen tutkimusta profiloiviksi. Siinä missä vielä vuosituhannen alussa eri yliopistojen oikeustieteen professorit hallitsivat samannimisiä oppituoleja, ovat oikeustieteellisten tiedekuntien viime vuosina perustamat professuurit usein nimikkeeltään ainutlaatuisia.

Tämän artikkelin tutkimuskohteena ovat oikeustieteen oppituolit¹ eli oikeustieteellisten tiedekuntien professuurit sekä niiden nimikkeet². Tarkoituksena on kuvata professuurien määrän ja nimikkeistön kehitystä 1850-luvulta alkaen, erityisesti keskittyen viimeksi kuluneisiin vuosikymmeniin. Tutkimuskysymyksenä on tiivistäen arvioida professuurinimikkeiden muutoksen sisältöä, syitä ja seurauksia. Tutkimuksen pääaineistona käytetään professuurien nimikkeitä vuosina 1860–2022 sekä täydentävänä aineistona opetushallinnon tilastopalvelu Vipusen tilastoja.

1.2. Professoriviran taustaa

Professori on alkujaan latinan kielestä peräisin oleva opettajaa tarkoittava sana. Nykyään professorilla tarkoitetaan pääasiassa yliopistolain (558/2009) 33 §:n mukaista professorin tehtävää hoitavaa henkilöä tai sellaista yliopiston palveluksessa olevaa henkilöä, jolle on myönnetty oikeus käyttää professorin arvonimeä. Yliopistoissa työskentelee myös apulaisprofessoreita, jotka ovat akateemisen urapolun määräämisiä tehtäviä, joissa on tarkoituksena pätevyitä täyden professorin tehtävään. Uusimpana innovaationa ovat yliopistojen työelämäprofessorit, jotka ovat yleensä akateemisen maailman ulkopuolisia asiantuntijoita. Professori-sana esiintyy myös esimerkiksi muodoissa tutkimusprofessori, akatemiaprofessori, tenure track -professori³ ja vieraileva professori.⁴ Professorilla voidaan hieman

1. Tiedostamme, että termi ”oppituoli” on nykyisen yliopistolain aikana hiukan harhaanjohtava. Käsite on kuitenkin vakiintunut ja käytämme sitä tässä perinteisessä merkityksessä professuurin synonyyminä. Kun yliopistoissa ei ole enää virkoja, myöskään professuureja ei voi enää ajatella tehtäviksi, jotka välttämättä olisivat pysyviä (yksittäiset professorien työsopimukset ovat toki pääsääntöisesti toistaiseksi voimassaolevia). Kun professori jää eläkkeelle tai professuuri muutoin vapautuu tehtävää hoitaneen työsopimuksen päättymisen vuoksi, yliopisto voi aiempaa vapaammin muuttaa professuurin alaa tai palkata tilalle opettajan tai tutkijan johonkin muuhun tehtävään, esimerkiksi yliopistonlehtoriksi.
2. Tarkoitamme nimikkeellä tässä tutkimuksessa professuurin nimessä määriteltyä tehtäväalaa.
3. Nimike on käytössä vain Tampereen yliopistossa, ks. <https://www.tuni.fi/fi/tutustu-meihin/korkeakouluyhteiso-tyonantajana/tampereen-yliopisto-tyonantajana/tenure-track-urapolku> (15.7.2022)
4. Ks. Professorinimikkeen erilaisista variaatioista myös Mika Kallioinen, Jatkuvuuksia ja muutoksia: professorin asema, s. 31–31 teoksessa Mika Kallioinen – Sami Louekari, Tiedossa tulevaisuus. Professorit uudella vuosituhannella. Professoriliitto, s. 8–34. Tekstissä mainitaan 20 erilaista käytössä olevaa professori-johdannaista nimikettä.

harvinaisemmin tarkoittaa myös tasavallan presidentin myöntämää arvonimeä, joskin arvonimi kirjoitetaan muodossa ”professori h.c.”⁵

Nykyinen järjestelmä ei ole kovin pitkäaikainen, vaan apulaisprofessorit ja työelämäprofessorit ovat kaikki vuoden 2010 alusta voimaantulleen yliopistolain aikaisen järjestelmän tuotoksia. Kun uudessa laissa yliopistojen palvelussuhteet muuttuivat työsuhteiksi, on se mahdollistanut tehtävärakenteen kehittämisen aiempaa joustavammin.⁶ Tämä lienee osaltaan myös vaikuttanut professuurien nimikkeiden monipuolistumiseen, kun professuurin alan muuttaminen on tehtävän vapautuessa muuttunut käytännössä täysin vapaaksi.

Yliopistolaissa säädetään vain professorin tehtävästä ja valinnasta sekä professorin arvonimestä. Apulaisprofessoreiden ja työelämäprofessoreiden kelpoisuusvaatimukset ja valintamenettely ovat eri yliopistoissa hiukan erilaisia ja asiasta määrätään yliopistojen johtosäännöissä. Pääosin apulaisprofessorit ovat nykyisin niin sanottuja tenure track -urapolkutehtäviä eli yleensä 4–8 vuoden määräaikaista tehtäviä, joiden aikana apulaisprofessorin odotetaan päteväytyvän professoriksi. Työelämäprofessorit taas ovat pääosin osa-aikaisia ja määräaikaista. Yleensä työelämäprofessorilta edellytetään tohtorin tutkintoa, mutta kaikissa yliopistoissa se ei ole ehdoton edellytys.

Apulaisprofessoreita on kuitenkin ollut aikaisemminkin. Tehtävän juuret ulottuvat vanhoihin apulaisen virkoihin, joista ensimmäiset perustettiin yliopistolle heti 1600-luvulla. Apulaisinstituution ensimmäinen vaihe oli varsin sekava, kun tehtävät, pätevyudet ja palkkaus olivat vuosisatojen kuluessa hyvin monenlaisia. Yliopistolla keskustelua herättänyt apulaistilanne sai lopulta ratkaisunsa, kun keisari Nikolai I lakkautti vuonna 1852 kaikki Keisarillisen Aleksanteri-yliopiston apulaisen virat. Seuraavan kerran apulaisia palkattiin vasta 1880-luvulla.⁷

Apulaisinstituution jälkimmäinen vaihe on sikäli tutkimuksemme kannalta merkittävä, että apulaisen virassa toimineet henkilön saivat vuonna 1949 oikeu-

5. Laki julkisen arvonannon osoituksista (1215/1999); Tasavallan presidentin asetus arvonimistä (381/2000).

6. Ennen uuden yliopistolain voimaantuloa korkeakoulujen henkilöstön kelpoisuusvaatimuksesta ja osin virkojen tehtävistäkin oli yksityiskohtaista laki- ja asetustasoista sääntelyä. Nämä säädökset kumottiin uuden yliopistolain voimaantulon yhteydessä. Muutosta perusteltiin mm. näin (hallituksen esitys Eduskunnalle yliopistolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi 7/2009 vp, s. 63): ”Kun yliopistot siirtyvät valtiohallinnon ulkopuolelle ja saavat työnantajan neuvotteluoikeudet työehtosopimusten osalta ja henkilöstön kanssa tehdään työsopimukset työsuhteesta, ei asetustasoinen tehtävien sääntely ole tarkoituksenmukaista. Tavoitteena on, että yliopistot pystyisivät aikaisempaa joustavammin vastaamaan yhteiskunnan muuttuviin odotuksiin ja toisaalta että varmistetaan henkilöstön mahdollisuudet siirtyä aikaisempaa joustavammin osaamisensa mukaisesti uusiin tehtäviin, joiden tarkemmasta sisällöstä he voivat sopia työnantajan kanssa työsopimuksilla virkarakenteen jäykistämättä näitä mahdollisuuksia.” Ks. aiheesta myös Tarmo Miettinen – Matti Muukkonen – Matti Myrsky – Teuvo Pohjolainen, Uusi yliopistolainsäädäntö. Lakimiesliiton Kustannus 2009, s. 149–152, 168–180.

7. Veli-Matti Autio, Professorin viran ja arvon kehitys Suomessa, teoksessa Leena Ellonen (toim.), Suomen professorit 1640–2007. Professoriliitto 2008, s. 6–15.

den käyttää apulaisprofessorin arvonimeä. Vuonna 1963 kaikki apulaisen virat puolestaan muutettiin apulaisprofessorin viroiksi. Yleisen tieteellisen kehityksen vuoksi apulaisten ja apulaisprofessorien pätevyystasot kasvoivat vähitellen. Usein virkoja hoitivatkin henkilöt, jotka olisivat olleet päteviä myös täysiksi professoreiksi. Vuosisadan loppua kohden tilanne olikin kehittynyt sellaiseksi, että yliopistoissa oli samoja tehtäviä hoitavia henkilöitä, joiden ainoat erot olivat nimikkeessä ja palkkauksessa. Ongelma ratkaistiin, kun kaikki apulaisprofessorin virat muutettiin professorin viroiksi 1.8.1998 alkaen.⁸ Virkojen muuttaminen mahdollistui, kun korkeakoulujen henkilöstön kelpoisuusvaatimuksista ja tehtävistä annettua asetusta (309/1993) muutettiin (A 463/98). Asetukseen lisättiin seuraava virke: ”Apulaisprofessorin virka voidaan muuttaa nimeltään saman alan professorin viraksi sen estämättä, mitä valtion virkamiesasetuksen (971/1994) 4 §:ssä säädetään.” Säädosmuutos tuli voimaan 1.8.1998.

1.3. Oikeustieteen professuurit vuonna 2022

Keväällä 2022 oikeustieteellisissä tiedekunnissa⁹ oli oikeustieteen professoreja yliopistojen oman ilmoituksen mukaan seuraavasti: Helsingin yliopistossa 41 professoria, apulaisprofessoria ja työelämäprofessoria, Itä-Suomen yliopistossa 28 professoria, apulaisprofessoria ja työelämäprofessoria, Turun yliopistossa 19 professoria ja apulaisprofessoria ja Lapin yliopistossa 16 professoria ja työelämäprofessoria. Kuvaamme heidän jakautumisensa erilaisiin työsuhteisiin taulukossa 1. Vakainaisia kokoaikaisia professoreja oli yhteensä 63, määräaikaisia professoreja 5, osa-aikaisia professoreja 13 (osa-aikaisista professoreista 2 on professorina samaan aikaan kahdessa suomalaisessa oikeustieteellisessä tiedekunnassa eli heitä on tosiasiassa 11), apulaisprofessoreita 16 ja työelämäprofessoreita 7. Yhteensä oikeustieteellisissä tiedekunnissa työskenteli keväällä 2022 näin ollen yhteensä 102 professoria, apulaisprofessoria ja työelämäprofessoria.

8. Autio 2008 ja Kallioinen s. 29–31.

9. Oikeustieteellisillä tiedekunnilla tarkoitamme tässä artikkelissa Helsingin yliopiston oikeustieteellistä tiedekuntaa, Turun yliopiston oikeustieteellistä tiedekuntaa, Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekuntaa ja Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitosta. Näissä neljässä yksikössä voi suorittaa oikeustieteellisen alan tutkintoja (ON-, OTM- ja OTT-tutkinnot). Jatkossa 1.8.2023 alkaen oikeustieteellisen alan täysimittainen tutkinnonanto-oikeus on myös Åbo Akademiilla.

Taulukko 1. Oikeustieteellisten tiedekuntien professorit keväällä 2022.

	Professori, 100 %, vakinainen	Professori, 100 %, määräaikainen	Professori, osa-aikainen	Apulais- professori	Työelämä- professori
Helsinki (yht. 41)	29		3	7	2
Itä-Suomi (yht. 28)	12 ¹⁰	3	8	3	2
Turku (yht. 19)	11	1	1 ¹¹	6	-
Lappi (yht. 16)	11 ¹²	1	1 ¹³	-	3 ¹⁴

Professoreiden määrän kehitys on viimeisen vuosikymmenen aikana Vipusen¹⁵ tilastojen mukaan ollut eri tiedekunnissa hiukan erisuuntaista. Helsingin yliopistossa professoreiden kokonaismäärä on vuonna 2021 (33 professorihenkilötyövuotta) palannut lähes samalle tasolle kuin se oli vuonna 2010 (35 henkilötyövuotta). Turun yliopistossa professoreiden määrä on laskenut 19 henkilötyövuodesta (v. 2010) 14 henkilötyövuoteen (v. 2021), samoin Lapin yliopistossa 18 professorihenkilötyövuodesta (v. 2010) 14 henkilötyövuoteen (v. 2021). Itä-Suomen yliopistossa professoreiden määrä on sitä vastoin lähes kaksinkertaistunut 10 henkilötyövuodesta (v. 2010) 19 henkilötyövuoteen (v. 2021).¹⁶

Oikeustieteellisten tiedekuntien henkilöstörakenne on ollut perinteisesti ja on osin edelleenkin hyvin professoripainotteinen. Vipusen tilastojen mukaan vuonna 2010¹⁷ 31 %¹⁸ oikeustieteellisten tiedekuntien opetus- ja tutkimushenki-

10. Lisäksi yksi oikeustieteiden laitoksen vakinaisista professoreista on kokonaan työstävapaana yliopiston akateemisena rehtorina eikä ole mukana tässä luvussa.

11. Turun yliopiston osa-aikainen professori on vakinainen urheiluoikeuden professori (40 %).

12. Lapin yliopiston vakinaisista, kokoaikaisista professoreista yksi on nimikkeeltään tutkimusprofessori.

13. Lapin yliopistossa osa-aikainen on perhe- ja jäämistöoikeuden professuuri (20 %)

14. Työelämäprofessuurien tehtävänhoito-osuudet Lapin yliopistossa ovat 20 %, 40 % ja 100 %.

15. Vipusen aineiston osalta on huomattava, että kyse on henkilötyövuosista, kun muuten puhumme yksittäisistä työsuhteista. Osa työsuhteista on osa-aikaisia, mikä selittää eroa nimi-keaineiston ja Vipusen aineiston välillä. Esimerkiksi vuonna 2021 tehtiin oikeustieteellisissä tiedekunnissa 86 henkilötyövuotta IV-portaan työtä, mutta keväällä 2022 tiedekunnissa oli yli 100 professoria, apulaisprofessoria ja työelämäprofessoria. Lisäksi on syytä huomata, että apulaisprofessori on tenure-vaiheestaan riippuen voitu sijoittaa myös III-portaan tehtäväksi.

16. Muissa kuin oikeustieteellisissä tiedekunnissa oli Vipusen datan mukaan vuonna 2021 yhteensä 7 oikeustieteen professoria (henkilötyövuotta, IV uraporras).

17. Vipusen tiedot ovat tältä osin saatavissa vain vuodesta 2010 alkaen.

18. 82 professoria (henkilötyövuotta), opetus- ja tutkimushenkilöstöä yhteensä 261 (henkilötyövuotta).

löstöstä oli professoreita¹⁹, mikä on kaksinkertainen määrä kaikkien yliopistojen kaikkiin aloihin verrattuna (professoreiden osuus opetus- ja tutkimushenkilöstöstä 15 %). Professorien osuus oikeustieteellisten tiedekuntien kokonaisuhenkilöstöstä on hivenen laskenut, mutta on edelleen tavanomaista suurempi: vuonna 2021 oikeustieteellisten tiedekuntien opetus- ja tutkimushenkilöstöstä 27 %²⁰ oli professoreita (vrt. kaikkien yliopistojen kaikilla aloilla professoreiden osuus 12 %).

2. Professuurinimikkeet ja oikeudenalat oikeudellisen ajattelun jäsentäjinä

2.1. Professuurinimikkeet oikeudenalakeskustelussa

Lainopin toisena päätarkoituksena on voimassa olevan oikeuden systematisointi hahmotettavissa olevaksi järjestelmälliseksi kokonaisuudeksi. Systematisoinnin ytimessä on oikeudenalajaotus, johon systematisointi perustuu, mutta joka on myös syntynyt systematisoinnin tuloksena. Oikeudenalajaotus on perustavanlaatuinen oikeudellinen rakenne, jonka avulla oikeustiede jäsentää itseään ja järjestää itsensä helpommin hallittavissa oleviin kokonaisuuksiin, kuten yksityisoikeuteen ja julkisoikeuteen. Oikeudenalajaotukselle on keskeistä myös sen muodostuminen itsenäisen oikeustieteen tuloksena. Lainsäätäjällä on mahdollisuus säätää laki mistä aiheesta haluaa, mutta vasta oikeustiede ratkaisee, mihin oikeudenalaan se sijoitetaan.²¹

Oikeudenalajaotuksen määrittelyn vaikutukset eivät kuitenkaan rajoitu yksinomaan tieteelliseen argumentaatioon. Oikeudenalat näkyvät monella tavalla oikeustieteen tutkimuksessa ja opetuksessa, minkä vuoksi niillä on myös strategista merkitystä resurssien jaon kannalta. *Kaarlo Tuori* on sanoittanut asian siten, että oikeudenalojen itsenäistymispyrkimykset merkitsevät bourdieulaista kamppailua valta-asemasta oikeudellisella kentällä.²² Perinteisesti on ajateltu, että vakiintunut oikeudenala kykenee paremmin osallistumaan kilpailuun rajallisesta

19. Tarkoitamme tässä yhteydessä professoreilla Vipusen IV-portaan tehtäviä, joihin sisältyvät myös mm. akatemiaprofessorit ja tutkimusjohtajat. Sanottu koskee kaikkia tilanteita, joissa professorien määrää tarkastellaan Vipusen henkilötyövuositilastojen perusteella.

20. 79 professoria (henkilötyövuotta), opetus- ja tutkimushenkilöstö yhteensä 294 (henkilötyövuotta).

21. Ida Koivisto, Oikeus on, miten se systematisoidaan? Kysymys oikeudenalajaotuksesta ja hallinto-oikeudesta. *Lakimies* 7–8/2015, s. 954–972, 955; *Kaarlo Tuori*, Oikeuden ratio ja voluntas. *Alma Talent Verkkokirjahyly* 2007, s. 108–109.

22. *Tuori* 2007, s. 117–118.

tutkimus- ja opetusrahoituksesta. Ottamalla käyttöön uusia oikeudenalanimikkeitä esimerkiksi professuurien nimikkeissä pyritään haastamaan vanhojen oikeudenalojen valta-asemaa.

Professuurinimikkeillä on yhteys oikeudenalajaotteluun sekä oikeustieteen systematiikkaan, mutta tuo yhteys ei välttämättä ole aivan selvä. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty monenlaisia näkemyksiä siitä, mikä asema oppituollilla on oikeudenalan kehitysvaiheen ja menestyksen indikaattorina. Useimmissa puheenvuoroissa on havaittavissa pyrkimys sanoittaa professuurinimikkeet oikeudenalajärjestelmän uusintamiseen liittyvän kamppailun välineenä. Konkreettisimpana esimerkkinä kamppailuretoriikan ilmenemisestä voidaan nostaa esille Tuori, joka kuvailee itsenäistyvän oikeudenalan ensimmäistä professuuria varsin sotaisesti ”[itsenäisyystaistelun] sillanpääsemäksi, josta käsin pyritään uusiin voittoihin ja jo saavutettujen valtausten vakiinnuttamiseen.”²³

Juristien ammattikunnan sisäisessä keskustelussa kamppailuasetelma ilmenee kenties tyypillisimmin eräänlaisen huolikeskustelun muodossa. Hyvänä esimerkkinä huolikeskustelun muodoista on joitakin vuosia sitten esille noussut kysymys työoikeuden professuurien ja sitä myöden opetusresurssien vähenemisestä. Tuossa keskustelussa käytetty retoriikka pohjautui ajatukseen, että mikäli oikeudenala ei esiinny professuurinimikkeessä, on oikeudenalan opetus jollain tavalla vaarantunut.²⁴ Professuurinimikkeiden muutoksen on joskus väitetty merkitsevän myös tietyn oikeudenalan katoamista oikeustieteellisestä opetuksesta.²⁵

Huolipuheeseen yhdistyy joskus myös nostalgiseksi luonnehdittavaa retoriikkaa. Esimerkiksi *Markku Helin* kirjoitti vastikään Lakimies-lehdessä perinteisen oikeudenalajaotuksen puolustuspuheenvuoron. Helinin lähtökohtana on, että oikeudenalojen tulee muodostua oikeusjärjestyksen normiston tuella joko yhtäläisten piirteiden ja hallitsevien periaatteiden taikka yksittäiseen kysymykseen kohdentumisen kautta. Hän mainitsee systematiikan kannalta ongelmallisena vanhuusoikeuden, jonka sijaan hän pitäisi paremmin oikeudenalajaotukseen sopivana rakenteena muutkin kuin vanhukset huomioivan aikuisten suojeluoikeuden. Hän arvelee, että vanhuusoikeuden menestys liittyy kykyyn tuottaa tutkimusrahoitusta ikääntyvässä Euroopassa. Helinin artikkelissa elää vahvasti

23. Tuori 2007, s. 118.

24. Ks. esim. Lakimiesuutiset 2016: Työoikeuden opetus uhattuna. (<https://lakimiesuutiset.fi/tyooikeuden-opetus-uhattuna/>); Lakimiesuutiset 2016: Keskustelua: Työoikeuden tila Helsingin yliopistossa. (<https://lakimiesuutiset.fi/keskustelua-tyooikeuden-tila-helsingin-yliopistossa/>).

25. Ylioppilaslehti: Oikeustieteellisellä tiedekunnalla on Helsingin yliopiston niukimmat opetusresurssit – ”Meidän ylioppilaamme valmistuvat nyt heikommilla eväillä kuin kymmenen vuotta sitten”. (<https://ylioppilaslehti.fi/2022/03/oikeustieteellisella-tiedekunnalla-on-helsingin-yliopiston-niukimmat-opetusresurssit-meidan-ylioppilaamme-valmistuvat-nyt-heikommilla-evailla-kuin-kymmenen-vuotta-sitten/>). Artikkelissa emeritusprofessori ”Jukka Kekkonen harmittelee, että Helsingin yliopiston oikeustieteellisestä tiedekunnasta on lakkautettu olennaisia aineita, jotka tuovat opetukseen laajempaa yhteiskunnallista kontekstia. Tällaisia ovat esimerkiksi naisoikeus, oikeustaloustiede ja oikeussosiologia.”

uhkakuva siitä, että esimerkiksi tutkimusrahoitukseen liittyvät realiteetit ajavat oikeusjärjestyksen normiston ja oikeustieteen systematiikan tukeman oikeudenalajaotuksen ohi.²⁶ Helinin esimerkin valintaan on saattanut vaikuttaa, että vuonna 2021 perustettiin Suomen ensimmäinen vanhuus oikeuden professori, mikä osoittaisi, kuinka suuri symbolinen merkitys oikeudenalajaotusta koskevassa keskustelussa annetaan professorille ja sen nimikkeelle.

Oikeudenalojen välinen kamppailuasetelma ja siihen kytkeytyvä huoli- ja nostalgiaretoriikka herättävät kysymyksen, mikä asema oikeustieteen professorinimikkeillä on oikeudenalajaotuksen ylläpitämisessä ja uusintamisessa. Oikeuskirjallisuudessa on toisinaan keskusteltu paljonkin tuosta yhteydestä. *Ida Koivisto* esimerkiksi hahmottaa tutkimuksessaan oikeustieteen professorialat oikeudenalajaotuksen keskeisenä tuotteena. Hän kirjoittaa: ”Oikeustiede luo oikeudenalat, joiden piirissä edelleen harjoitetaan oikeustiedettä. Niinpä oppituleja ei perusteta oikeustoimilaille, rangaistuksen mittaamiselle tai habermasilaiselle moraalikäsitteille. Jos kyse ei ole esimerkiksi johonkin tiettyyn yhteiskunnalliseen erityiskysymykseen kiinnittyvästä lahjoitusprofessorista, oppituleit perustetaan Suomessa nimenomaan oikeudenalalle.” Koivisto jatkaa korostaen, että oikeudenalajaotus ammentaa institutionaalisen tukensa oikeustieteellisten tutkintojen oppiainejaotuksesta. Koska oikeudenalajaotus ohjaa sitä, miten juristit lähestyvät oikeudellisia ongelmia, jaotusta voidaan pitää osana sekä oikeutta että oikeustiedettä. Sillä, perustetaanko prosessioikeuden tai hallinto-oikeuden professuureja vaiko oikeuden ja digitalisaation tai globaalin oikeuden professuureja, on vaikutus oikeuden systematiikkaan ja sitä kautta oikeudelliseen ajatteluun.²⁷

Koivisto pohtii edelleen, että oikeustieteen oppituleit ovat merkityksellisiä tiedepolitiikan kannalta, koska oppituleia voidaan edelleen pitää osoituksena oikeudenalan itsenäisyydestä. Hän kuitenkin toteaa, etteivät kaikki professorit suinkaan ”vaivattomasti istu” oppiainejaotteluun ja katsoo niiden pikemminkin merkitsevän ”oikeuden kontekstualisoimista osaksi yhteiskunnan kokonaisuutta”. Esimerkkeinä tällaisista professuureista hän mainitsee oikeustaloustieteen, oikeuslingvistiikan, pohjoismaisen oikeuden ja sukupuolen tutkimuksen oppituleit.²⁸ *Päivi Korpisaari* kirjoittaa sen sijaan suoremmin, ettei oppitulei varsinaisesti indikoi oikeudenalaa, vaan oppitulein perustamiseen liittyvät monet käytännön kysymykset, kuten tiedekunnan painotukset ja ulkopuolisen rahoituksen saaminen.²⁹ Korpisaaren ajattelussa on tältä osin selviä yhteyksiä Helinin myöhempään kirjoitukseen, johon viittasimme edellä.

26. Markku Helin, Yhtenäinen vai pirstoutuva oikeus. *Lakimies* 1/2022, s. 147–154.

27. Koivisto 2015, s. 955.

28. Koivisto 2015, s. 956. Tässä tutkimuksessa kuitenkin luokittelemme pohjoismaisen oikeuden professorin jäljempänä esiteltäviin laajoihin oikeudenalanimikkeisiin.

29. Päivi Korpisaari, Oikeudenalan tunnusmerkeistä ja oikeudenalajaotuksen tarpeellisuudesta. *Lakimies* 7–8/2015, s. 987–1004, 995. Korpisaari viittaa tässä yhteydessä Kaarlo Tuoriin, joka on pitänyt oppituleia etappina uuden oikeudenalan tunnistamisessa.

Vaikka oikeustieteen professuurinimikkeiden yhteys kilpailtuun tutkimusrahoitukseen on ilmeinen ja vahvistunut, professuurien nimeämisessä on nähdäksemme aina kyse myös oikeudenalarajojen piirtämisestä sekä oikeudenalojen välisestä reviiiri- ja resurssikamppailusta. Edellä kuvatulla tavalla oppituuolia ei varauksetta pidetä merkinä itsenäisestä oikeudenalasta, mutta siitä huolimatta on tärkeää havainnoida, millaisille aloille uusia oikeustieteen professuureja nimitetään. Professuurien nimikkeiden muutos kuvastaa osaltaan oikeustieteellisen tutkimuksen ja opetuksen kehittymistä, esimerkiksi uusien tutkimuksellisten näkökulmien merkityksen nousua. Professuurien nimikkeiden kehitystä koskevalla ymmärryksellä on merkitystä myös akateemisessa uraohjauksessa ja urajohtamisessa osana tutkijakoulutusta.

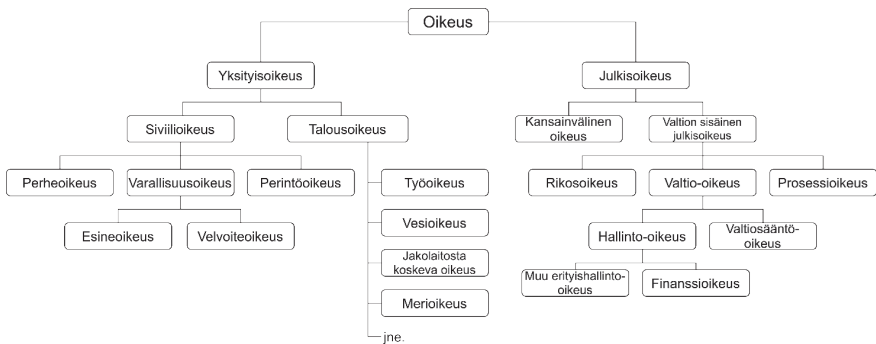
2.2. Perinteinen oikeudenalajaotus

Eräs keskeinen kysymys aiheeseen liittyen on, onko oikeustieteen professuureja nimetty pääasiassa vakiintuneille, perinteisille oikeudenaloille ja onko tässä nimeämiskäytännössä tapahtunut olennaisia muutoksia. Oikeustieteellisen kirjallisuuden perusteella syntyy nimittäin helposti käsitys, että oppituuolin nimeäminen muuten kuin perinteisille oikeudenaloille olisi jollain tavalla poikkeuksellista ja liittyisi esimerkiksi oikeuden kontekstualisointiin osaksi yhteiskunnan kokonaisuutta tai ulkopuolisen rahoituksen kaltaisiin käytännön seikkoihin. Professuurinimikkeisiin liittyviä käytäntöjä voidaan tarkastella laadullisen analyysin kautta, mutta se vaatii tuekseen vastauksen kysymykseen, mitä oikeastaan tarkoittaa perinteinen oikeudenalajaotus. Tarkoituksemme ei tässä kohden ole muodostaa omaa teoriaa perinteisistä oikeudenaloista, vaan löytää oikeustieteellisestä kirjallisuudesta perusta laadulliselle luokittelulle.

Kuten myöhemmin tarkemmin selostamme, oikeustieteen professorien nimikkeistö vakiintui 1910-luvun aikana sellaiseen muotoon, joka oli yleisesti käytössä vielä vuosituhannen vaihteeseen tultaessa. Havainto antaa aihetta olettaa, että perinteisen oikeudenalajaotuksen käsitteistö olisi niin ikään muodostunut 1900-luvun alkupuolella. Rikosoikeuden professori *Allan Serlachius* julkaisi vuonna 1910 lainopin alkeisoppikirjan, jossa esitellään oikeusjärjestelmän yleinen ja erityinen osa. Tuolloin Serlachius ei pitänyt oikeudenalajaotusta niin keskeisenä asiana, että olisi katsonut olevan tarpeellista keskustella siitä tarkemmin yleisessä osassa. Hän jakaa oikeussäännöt ensinnäkin kansallisiin ja kansainvälisiin oikeussääntöihin, joista jälkimmäisiä hän kutsuu nimityksellä kansain oikeus. Lisäksi hän jakaa kansalliset oikeussäännöt julkisoikeuteen ja yksityisoikeuteen. Teoksen erityisessä osassa oikeudenalajaotus näkyy kuitenkin selvästi lukujen otsikoinneissa. Serlachius jakaa oikeuden henkilö-, perintö-,

esine-, velvoite-, rikos-, prosessi- ja valtio-oikeuteen sekä edellä mainittuun kansain oikeuteen.³⁰

Tuori on tutkimuksissaan kuvannut suomalaisen oikeudenalakäsityksen kehitystä ja on niissä yhteyksissä käyttänyt käsitettä ”perinteinen systematiikka”. Hän esittelee perinteisen oikeudenalasytematiikan kuvaajana *Lars Björnen* vuonna 1979 julkaiseman oikeudenalajaotuksen (kuvio 1) ja toteaa kaavion edustaneen julkaisuhetkellään ”oikeuskulttuurimme vallitsevaa tulkintaa oikeusjärjestyksemme jäsentymisestä”. Lisäksi hän toteaa väitteensä saavan tukea aikakauden oikeustieteen oppikirjoista, joissa oikeusjärjestyksen rakenne kuvataan samaa systematiikka hyödyntäen. Björnen oikeudenalajaotus on Tuorin mukaan peräisin saksalaisen käsiteläinopin piirissä 1800-luvulla muotoutuneesta systematiikasta. Käsiteläinopissa siviilioikeus jaettiin yleiseen osaan sekä velvoite-, esine-, perhe- ja perintöoikeuteen. Niiden lisäksi Björne on lisännyt yksityisoikeuden luokitteluunsa talousoikeuden, jota Tuori pitää jaottelun kiistanalaisimpana valintana. Björnen oikeudenalakäsitteistö myös mahdollisti oikeusjärjestyksen laajenemisen avoimeksi jätettyjen talousoikeuden ja erityishallinto-oikeuden kautta.³¹



Kuvio 1. Oikeudenalajaotus Björnen mukaan.³²

Oikeudenalajaotus siinä muodossa kuin Björne sen esitti, oli aiemmin oikeuskirjallisuudessa hyvin yleinen tapa esittää oikeusjärjestyksen kokonaisuus ja käynnistää keskustelu mahdollisista tarkistamistarpeista jonkun yksityiskohdan osalta. Otamme Björnen jäsenyyksen analyysimme lähtökohdaksi, perinteisen

30. Allan Serlachius, Lainopin alkeet. Werner Söderström Osakeyhtiö 1910, ks. erit. s. 30–33.

31. Kaarlo Tuori, Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. Lakimies 7–8/2004, s. 1196–1224, 1196–1197; Tuori 2007, s. 103–104.

32. Lars Björne, Oikeusjärjestelmän kehityksestä. Lakimiesliiton Kustannus 1986, s. 16. Kuvion asettelua on tässä hieman muokattu, jotta kuvio mahtuisi paremmin sivulle.

oikeudenalajaotuksen mittapuuksi. Kuten todettua, kyse on tässä yhteydessä ennen kaikkea empiirisen analyysin mahdollistavasta teoreettisesta perustasta, joka tarvitaan professuurinimikkeiden luokitteluun.

3. Aineisto ja menetelmä

Tutkimuksessa käytetään kahdenlaista tutkimusaineistoa. Ensinnäkin olemme hyödyntäneet Opetushallinnon tilastopalvelu Vipusen tilastoaineistoa.³³ Olemme hakeneet Vipusesta opetus- ja tutkimushenkilökunnan yliopistokohtaiset henkilötövuodet jaoteltuna urapolun neljään pääportaaseen. Tutkimuksen varsinaiseksi pääaineistoksi olemme lisäksi keränneet luettelon oikeustieteen professuurinimikkeistä vuosilta 1860–2022. Ajantasainen tieto kirjoitushetken professuureista kerättiin pyytämällä keväällä 2022 Helsingin, Lapin ja Turun yliopistojen oikeustieteellisistä tiedekunnista sekä Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitokselta luettelo professoreista sekä heidän nimikkeistään. Historiallinen vertailuaineisto on kerätty Suomen Valtiokalenterista kymmenen vuoden välein vuosilta 1860–2010.³⁴ Ennen vuotta 1970 aineistoon sisältyy ainoastaan Helsingin yliopiston tai sitä edeltäneen Keisarillisen Aleksanteri-yliopiston professorit, koska aineiston muissa yliopistoissa ei ollut sitä ennen oikeustieteen professoreita. Aineistoon on sisällytetty professoreiden lisäksi aineiston julkaisuajana avoimeksi ilmoitetut professorit. Aineiston ulkopuolelle on jätetty muiden kuin oikeustieteellisten yksikköjen oikeustieteen professorit. Siten esimerkiksi kauppatieteen opetusyksiköissä työskentelevät yritys juridiikan ja vero-oikeuden professorit eivät sisälly aineistoon. Samoin ulkopuolelle on rajattu vastikään oikeustieteen maisterin tutkinnonanto-oikeuden saanut Åbo Akademi.

Vertailuaineiston kerääminen on ollut pääosin yksinkertaista, koska kaikenlaiset (vakinaiset, määräaikaiset, henkilökohtaiset, ylimääräiset) professorit on ilmoitettu tiedekunnittain. Käytännön kannalta merkityksettömän ongelman muodostivat Keisarillisen Aleksanteri-yliopiston professorit, koska yliopiston professorit ilmoitettiin varhaisissa Valtiokalentereissa koko yliopiston tasolla. Tuolta ajalta aineiston kerääminen on perustunut siihen, että olemme ammatillisen yleissivistyksen perusteella kyenneet erottamaan oikeustieteelliset alat muista yliopiston oppiaineista. On toki mahdollista, että esimerkiksi talousoikeuden ja

33. Vipusen aineisto on haettu lähteestä vipunen.fi → yliopistokoulutus → henkilöstö (13.5.2022).

34. Artikkelissa viitataan muutamaan otteeseen vuoteen 1850. Se ei kuitenkaan sisälly tutkimusaineistoon, koska vuoden 1850 valtiokalenteri painettiin ruotsinkielisenä. Professuurinimikkeiden kääntäminen ruotsista suomeksi ei olisi tarkoituksenmukaista tutkimustehtävä huomioon ottaen.

kansallistalouden professori on työskennellyt muussa yksikössä kuin oikeustieteellisessä tiedekunnassa, mutta sillä ei ole tutkimuksen kannalta merkitystä.

Luokittelemme professuurinimikkeet neljään luokkaan, jotka ovat laajat oikeudenalanimikkeet, perinteiset oikeudenalanimikkeet, oikeuden yleistieteitä edustavat nimikkeet sekä tutkimusta profiloivat nimikkeet. *Laajoilla oikeudenalanimikkeillä* tarkoitamme oikeustieteen, yksityis- tai siviilioikeuden, julkisoikeuden sekä pohjoismaisen oikeuden³⁵ professuureja. *Perinteisillä oikeudenalanimikkeillä* puolestaan viittaamme Björnen oikeudenalajaotuksessa esiintyviin oikeudenaloihin kiinnittyviin professuurinimikkeisiin, joihin olemme lisänneet eräitä myöhemmin vakiintuneita oikeudenaloja, kuten eurooppaoikeuden. *Oikeuden yleistieteitä edustavilla nimikkeillä* tarkoitamme kansantaloustieteen³⁶, oikeushistorian, oikeussosiologian, vertailevan oikeustieteen ja yleisen oikeustieteen professuureja. *Tutkimusta profiloivilla nimikkeillä* tarkoitamme sellaisia professuurinimikkeitä, jotka irtautuvat perinteisestä oikeudenalajaotuksesta ja korostavat siten tehtävää hoitavan professorin erityisosaamista tietyllä oikeustieteen osa-alueella sekä yliopiston tavoitetta profiloitua tutkimuskentällä. Olemme noudattaneet professuurinimikkeiden luokittelussa periaatetta, että yksityiskohtaisin nimikkeen osa määrittää nimikkeen luokan. Se tarkoittaa, että esimerkiksi ”oikeustieteen, erityisesti lapsioikeuden ja koulutusioikeuden” professuuri on luokiteltu tutkimusta profiloivaksi nimikkeeksi eikä laajaksi oikeudenalanimikkeeksi.

4. Professuurinimikkeiden historiallinen kehitys

4.1. Professuurinimikkeiden käsitteistön kehitys

Historiallista nimikeaineistoa tarkastelemalla havaitsemme kaksi varsin selkeää murrosvaihetta professuurien nimeämiskäytännöissä.³⁷ Ensinnäkin 1800-luvun

35. Pohjoismaisen oikeuden luokittelu on haastavaa. Olemme tässä katsoneet, että nimike ”pohjoismainen oikeus” voi pitää sisällään mihin tahansa oikeudenalanaan kohdistuvaa opetusta ja tutkimusta ilman, että kyse on varsinaisesti oikeuden yleistieteestä. Emme ole pitäneet sitä myöskään tutkimusta profiloivana nimikkeenä, koska pohjoismaisen oikeuden käsite on mielestämme perinteinen ja vakiintunut.

36. Kansantaloustiede on hieman kiperä tapaus, mutta se on ollut osa Helsingin yliopiston oikeustieteen professuurinimikkeitä 1870-luvulta lähtien, joten se on selvästi ollut hyvin vakiintunut osa oikeustiedettä, joten emme ole pitäneet sitä profiloivana nimikkeenä.

37. Tämän tutkimuksen aineisto ei mahdollista sinänsä tärkeän professuurin kielen tarkastelua. Valtiokalentereista kerätty tutkimusaineisto on kokonaan suomenkielinen ja koko aineistossa esiintyy vain kaksi ruotsinkielistä professuuria (Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan vuoden 2022 professuurit nimikkeillä civil- och handelsrätt sekä straff- och processrätt.) Ruotsinkielisillä professuureilla turvataan lakisäätöistä tehtävää ruotsinkielisen juristikou-

käsitteistö säilyi käytössä 1900-luvun alkuvuosikymmeniin saakka. Nimikkeistö oli vielä tuolloin nykyjuristin silmiin eksoottista. Kovin moni lukija tuskin osaisi ilman verkkohakua tai kirjallisuuteen tutustumista esimerkiksi kertoa, mitä sisältyi kameraali- ja politiaalainopin³⁸ sekä oikeuden ensyklopedian professorin tehtäväalaan. Oikeudenalat ilmaistiin tyypillisesti lainopin käsitteen kautta, kuten ”rikoslainopin professori”. Vaikka vanhat nimikkeet pysyivät vuosikymmenestä toiseen samana, esiintyi niiden kirjoitustavassa jonkin verran vaihtelua. Esimerkiksi roomalaisen oikeuden professoria kutsuttiin varhaisemmissa lähteissä ensin Ruominoikeuden ja sitten Roman oikeuden professoriksi. Muutoksissa oli kuitenkin kyse vain kieliopillisesta muutoksesta eikä professuurin uudelleennimeämisestä.

Vanhakantaisten nimikkeiden aikakausi hiipui asteittain 1900-luvun ensimmäisten vuosikymmenten aikana ja siirtymäkauden voidaan katsoa tulleen päätökseensä vuoteen 1920 mennessä. Tuon ensimmäisen muutoskauden sisältöä havainnollistaa hyvin kameraali- ja politiaalainopin professuurin muuttaminen hallinto-oikeuden professuuriksi 1910-luvulla.³⁹ Samassa yhteydessä luovuttiin muistakin lainoppiin kytkeytyvistä oikeudenalanimikkeistä, kun Suomen siviililainopin ja rikoslainopin professuureista tuli Suomen siviilioikeuden ja rikosoikeuden professuurit. Vanhan oikeuskäsitteistön viimeinen jäännös oli lainopin ensyklopedia, joka kummitteli osana professuurinimikkeitä aina 1950-luvulle saakka. Sitä lukuun ottamatta olisivat kaikki vuonna 1920 käytössä olleet professuurinimikkeet tuttuja oikeustiedettä vielä sata vuotta myöhemmin opiskelevalle juristinalulle.

Vuosisadan alun muutoskauden jälkeen oikeustieteen oppitulojen nimeämis-käytännöissä ei tapahtunut pitkään aikaan mitään suurempaa uudistusta. Toki uusia professuureja perustettiin sellaisilla nimikkeillä, joita ei vielä 1920-luvulla ollut olemassa, mutta vain hyvin harvat poikkesivat perinteisestä oikeudenalajaotuksen käsitteistöstä: Siviilioikeuden professorit olivat edelleen siviilioikeuden professoreita, heitä vain oli kymmenkertainen joukko. Professorien lukumäärä siis kasvoi vuosisadan edetessä, mutta määrän lisääntyminen ei johtanut nimikkeistön laajenemiseen eikä varsinkaan nimeämiskäytäntöjen suoranaisiin uudistuksiin.

Seuraava laajempi käsitteistöuudistus alkoi vasta 2000-luvulla. Viimeisen kahdenkymmenen vuoden ja erityisesti viimeisen vuosikymmenen aikana ovat professuurinimikkeet muuttuneet yhtä perustavanlaatuisesti kuin 1900-luvun alun murroskaudessa. Perinteiset oikeudenalarajat ovat rikkoutuneet ja professorien nimikkeet pelaavat enenevässä määrin tehtävää hoitavan henkilön omaa erikoisosaamista sekä toisaalta oikeustieteellisen yksikön profiloitumispyrkimyks-

lutuksen antamisessa. Lisäksi Keisarillinen Aleksanteri-yliopisto oli alun alkaen ruotsinkielinen yliopisto, vaikka professuurinimikkeet ilmoitettiin Valtiokalenterissa vuodesta 1860 alkaen suomeksi.

38. Ks. kameraali- ja politiaalainopin sisällöstä esim. Björne 1986, s. 121.

39. Calonius oli omassa oikeusjärjestelmäkuvauksessaan sijoittanut sekä politia- että kameraalilainopin yksityisoikeuden alaan kuuluviksi. Nykyjuristin silmiin niiden sisältö oli kuitenkin pääasiassa julkisoikeudellista. (Björne 1986, s. 121.)

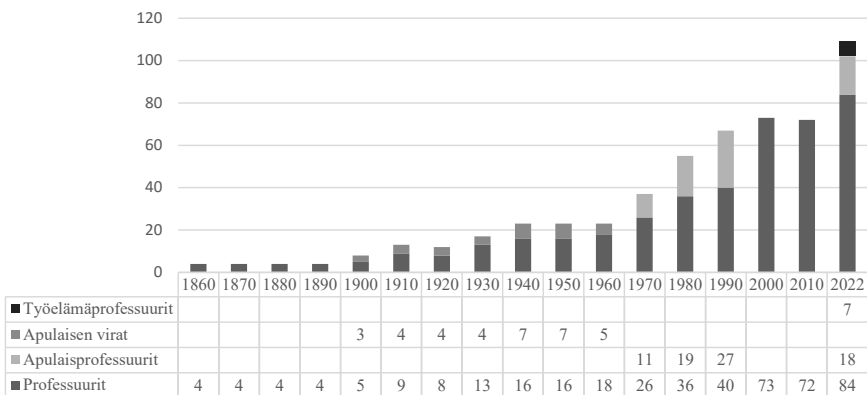
siä. Niinpä siviilioikeuden ja rikosoikeuden professorit ovat saaneet professorikokoukseen seurakseen kollegoita sellaisilla nimikkeillä kuin ”energiaoikeuden professori”, ”lainsäädäntötutkimuksen ja empiirisen oikeustutkimuksen professori” ja ”urheilu-oikeuden professori”. Kuluvalle vuosituhannelle oppituolinimikkeistön kehitystä ovatkin leimanneet niiden voimakas monimuotoistuminen sekä irtautuminen perinteisestä oikeudenalakisitteistöstä.

4.2. Professuurien määrä vuosina 1860–2022

Tarkastelemme seuraavaksi professuurinimikkeiden kehitystä määrällisten ja laadullisten menetelmien avulla pyrkien kuvaamaan ja selittämään viimeaikaista käsitteistömuutosta. Aloitamme havainnollistamalla oikeustieteen professuurien lukumääräistä kehitystä kuviolla 2, joka osoittaa professuurien, apulaisen virkojen, työelämäprofessuurien sekä työlämäprofessuurien lukumäärää vuosina 1860–2022. Tässä jaksossa esitettävät luvut eivät vuoden 2022 osalta vastaa aiemmin jaksossa 1.3 (taulukko 1) esitettyjä professorien ja apulaisprofessorien lukumääriä keväällä 2022, koska tässä professuureihin on laskettu mukaan myös aineiston keräyshetkellä avoinna olleet viisi professuuria, kaksi professuuria, joiden haltijalla oli samaan aikaan toinen professuuri toisessa yliopistossa, yksi täytetty professuuri, jonka tehtäväkausi alkoi syksyllä 2022 sekä yksi työstä vapautetun professorin professuuri. Professuureja oli siten keväällä 2022 yhdeksän enemmän kuin tehtävien haltijoita edellä taulukossa 1.

Kuvio 2. Professuurien määrä 1860–2022.

Suomessa oli vuonna 1850 neljä oikeustieteen professuuria eikä uutta vuosisa-



taa ollut tervehtimässä kuin viisi oppituolin haltijaa. Heidän avukseen oli tosin

perustettu kolme apulaisen virkaa.⁴⁰ Uusien professuurien perustamistahti ei 1900-luvun alussa huimannut päätä, vaan joidenkin vuosikymmenien aikana niiden määrä saattoi jopa vähentyä. Apulaisen virkojakin perustettiin vuosien 1900–1930 välisenä aikana vain yksi lisää. Vuonna 1960 oli koko maassa vasta 18 oikeustieteen professoria ja 5 apulaista, joilla oli tuohon aikaan oikeus käyttää apulaisprofessorin nimikettä. Turun yliopiston ja Lapin korkeakoulun oikeustieteellisten tiedekuntien perustaminen vuosina 1961 ja 1979⁴¹ edesauttoi professuurien määrän lisääntymistä siten, että vuoteen 1980 mennessä oppituolien lukumäärä oli kaksinkertaistunut 36:een ja apulaisprofessorien lukumäärä lähes nelinkertaistunut 19:ään. Merkittävimmät yksittäiset tekijät oppituolien lisääntymisessä olivat Helsingin yliopiston vilkastunut apulaisprofessorirekrytointi sekä Turun yliopiston professoripoolin kasvattaminen.

Oikeustieteen professuurien perustamistahti oli 1980- ja 1990-luvuilla verkkaisempaa kuin vielä 1970-luvulla. Apulaisprofessoreita rekrytoitiin 1980-luvulla kaksi kertaa enemmän kuin professoreja eikä 1990-luvulla lisätty kuin yhteensä kuusi virkaa. Elokuun alussa vuonna 1998 toteutettu uudistus tuotti kuitenkin hetkessä suuren joukon uusia professoreita, kun apulaisprofessorien virat muutettiin täysiksi professuureiksi. Sen vuoksi varsinaisten oppituolien lukumäärä kasvoi 1990-luvun aikana 40:stä 73:een. Tuota muutosta lukuun ottamatta oli professuureja vuonna 2010 vielä saman verran kuin vuonna 1990. Oikeustieteen professorien lukumäärän kasvu siis käytännössä pysähtyi 1980-luvun jälkeen. Pienen hengähdystauon jälkeen on viime aikojen oikeustieteen professuurien lukumäärän kehitys ollut vauhdikasta. Vuotta 2010 seuranneen 12 vuoden aikana on oikeustieteellisten tiedekuntien professuurimäärä kasvanut 12 täydellä professuurilla, 18 apulaisprofessuurilla sekä seitsemällä työelämäprofessuurilla eli yhteensä peräti 37 uudella professuurilla.

Näin ollen oikeustieteen professuurien kehityksessä on ollut kaksi selkeää murroskautta, ensimmäinen 1960- ja 1970-luvuilla ja toinen 2010-luvulta alkaen. Kumpaakin ajanjaksoa ovat leimanneet oikeustieteellisen koulutuksen uudelleenjärjestelyt. Ensimmäisessä oli kyse Turun ja Lapin oikeustieteellisten tiedekuntien perustamisesta ja jälkimmäisessä oikeustieteellisen alan tutkinno- nanto-oikeuden myöntäminen Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitokselle.⁴² Itä-Suomen yliopisto näyttelee erittäin keskeistä roolia oppituolien mää-

40. Mielenkiintoisena yksityiskohtana yksi näistä apulaisen viroista oli kansantalouden, finanssion ja tilastotieteen apulainen. Tuohon aikaan Keisarillisessa Aleksanteri-yliopistossa oli vain yksi tilastotieteen professorin tai apulaisen virka ja se oli sijoitettuna oikeustieteelliseen tiedekuntaan.

41. Ks. tiedekuntien perustamisesta esim. Urpo Kangas, *Oikeustiede Suomessa 1900–2000*. Werner Söderström Lakitieto Oy 1998, s. 79–83 ja 90–93.

42. Oikeustieteellisen alan koulutus käynnistyi Joensuussa 1.8.2013. Itä-Suomen yliopisto ei saanut ministeriöltä mitään erillistä rahoitusta oikeustieteellisen alan koulutuksen käynnistämiseen. Oikeustieteiden laitoksella oli pääosa tarvittavasta henkilökunnasta valmiina, kun yliopistossa

rän lisääntymisessä. Professuurit, apulaisprofessuurit ja työelämäprofessuurit mukaan lukien on Itä-Suomen oppituolimäärä kasvanut vuoden 2010 jälkeen peräti 25:llä, mikä on yli kaksi kertaa enemmän kuin Helsingin, Lapin ja Turun professuurimäärien kasvu yhteensä.

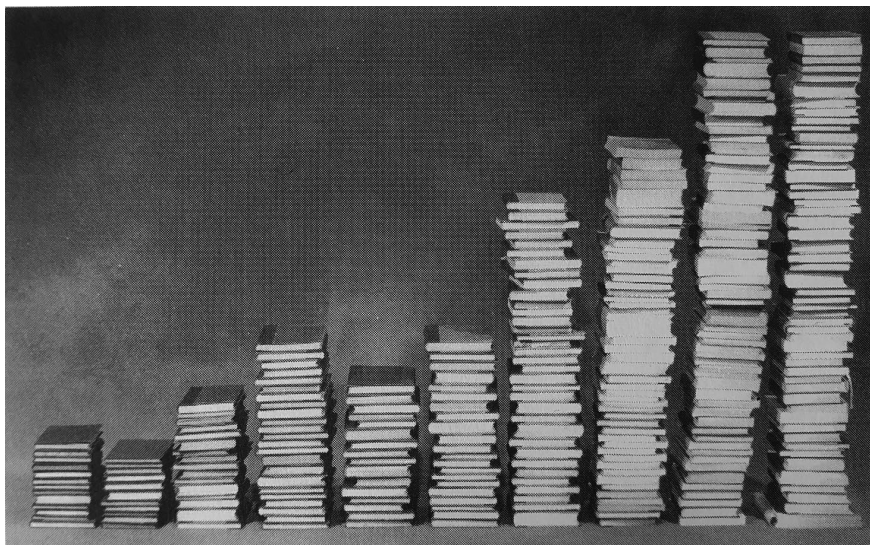
Oikeustieteen oppituolien lukumäärän kehitys ei tapahtunut tyhjiössä, vaan oli osa oikeustieteen ja yleisemminkin tieteellisen toiminnan vilkastumista Suomessa. Oikeustieteellinen koulutus kehittyi siinä määrin, että juristien lukumäärä kasvoi 1900-luvun aikana reilusti yli kymmenkertaiseksi. Kaikki muukin oikeustieteeseen liittyvä lisääntyi, kuten juristien ammatilliset ja tieteelliset yhdistykset sekä oikeustieteellisten tiedekuntien opiskelija- tutkijakoulutettavamäärät.⁴³ Kehityksen yhdenmukaisuutta osoittaa erinomaisesti vertailu professuurien lukumäärää osoittavan kuvion 2:n ja Urpo Kankaan ottaman mainion kuvan (kuva 1) välillä. Kankaan kuva esittää kirjapinoja, joista kuhunkin on pinottu 1900-luvun kunkin vuosikymmenen aikana julkaistut oikeustieteen väitöskirjat. Lukijan tulee vertaillaan huomioida, että kuvion 2 pylväät kuvaavat käytännössä edellisen vuosikymmenen aikaista kehitystä. Siten Kankaan kuvan ensimmäistä pinoa kuvaa kuvion vuoden 1910 pylväs ja viimeistä pinoa vuoden 2000 pylväs. Kehitys on sittemmin edelleen jatkunut samansuuntaisena: Kankaan mukaan vuosina 1980–1989 suoritettiin 58 tohtorin tutkintoa⁴⁴, kun vuosina 2000–2009 suoritettiin 165 ja vuosina 2010–2019 yhteensä 270 oikeustieteen tohtorin tutkintoa⁴⁵.

oli annettu HTM-tutkintoon johtavaa julkisoikeuden koulutusta jo 1990-luvun lopulta alkaen. Koulutuksen käynnistämisen yhteydessä yliopisto suuntasi oikeustieteiden laitokselle käynnistysrahoitusta mm. useiden professorien palkkaamiseen.

43. Kangas 1998, erit. s. 164–170.

44. Kangas 1998, s. 452–483. Matrikkelin mukaan 1980-luvulla väitteli 56 henkilöä ja heistä 6 valmistui tohtoriksi vasta 1990-luvulla. 1970-luvulla väitelleistä puolestaan 8 valmistui tohtoriksi 1980-luvulla.

45. Luvut Vipusesta.



Kuva 1. Urpo Kankaan julkaisema kuva 1900-luvulla julkaistuista oikeustieteellisistä väitöskirjoista pinottuna vuosikymmenittäin.⁴⁶

4.3. Professuurinimikkeiden koostumus vuosina 1980–2022

Muutoskausista voidaan saada lisäymmärrystä tarkastelemalla, miten erilaisten professuurien määrät niiden aikana kehittyivät. Esitämme taulukossa 2 professuurinimikkeiden jakautumisen menetelmäselostuksen yhteydessä kuvattuihin nimikeluokkiin vuosina 1980–2022.

Taulukko 2. Professuurinimikkeiden luokittelu vuosina 1980–2022.⁴⁷

	Laajat		Perinteiset		Yleistieteet		Profiloivat		Yhteensä
	kpl	%	kpl	%	kpl	%	kpl	%	
1980	14	25,5 %	33	60,0 %	7	12,7 %	1	1,8 %	55
1990	16	23,9 %	41	61,2 %	7	10,4 %	3	4,5 %	67
2000	17	23,3 %	44	60,3 %	8	11,0 %	4	5,5 %	73
2010	12	16,7 %	44	61,1 %	7	9,7 %	9	12,5 %	72
2022	20	18,3 %	46	42,2 %	6	5,5 %	37	33,9 %	109

46. Kangas 1998, s. 2.

47. Sisältää apulais- ja työelämäprofessuurit. Yksikkökohtaiset jakaumat löytyvät liitetaulukosta 1.

Oikeustieteen professorikunnan koostumus säilyi muuttumattomana 1980-luvulta 2000-luvulle: Neljäsosa professuureista määriteltiin laajojen oikeudenalanimikkeiden mukaan, kymmenen prosenttia oikeuden yleistieteiden mukaan, 60 prosenttia perinteisten oikeudenalanimikkeiden mukaan ja vain yksittäiset professuurit irtautuivat perinteisestä oikeudenalakäsitteistöstä ja voidaan luokitella tutkimusta profiloiviksi nimikkeiksi. Kaikkien eri luokkiin ryhmittelemiemme professuurinimikkeiden määrät kasvoivat, mutta suunnilleen samassa suhteessa toisiinsa verrattuna. Tutkimusta profiloivien nimikkeiden nousun ensimmäisessä aallossa 2000-luvulla ne kuitenkin valtasivat alaa laajoilta oikeudenalanimikkeiltä ja kasvattivat osuutensa yli kymmeneen prosenttiin kaikista nimikkeistä samalla, kun laajojen oikeudenalanimikkeiden absoluuttinen ja suhteellinen määrä väheni. Muutos oli kuitenkin vielä varsin vähäinen.

Paljon suurempana muutokautena näyttäytyy sen sijaan aika 2010-luvulta vuoden 2022 kevääseen. Professuurien määrä on edellä kuvatulla tavalla selvästi kasvanut, mikä on tarkoittanut kaikenlaisten muiden paitsi oikeuden yleistieteiden nimikkeiden lukumäärän kasvua. Ehdottomasti voimakkainta kasvu on kuitenkin ollut tutkimusta profiloivissa nimikkeissä, joiden absoluuttinen määrä on kasvanut 9:stä 37:ään ja suhteellinen osuus 12,5 prosentista yli kolmasosaan kaikista nimikkeistä. Suhteellisen osuuden kasvu on tapahtunut perinteisten oikeudenalakäsitteiden kustannuksella ja niiden osuus on vähentynyt 60:stä 40:een prosenttiin. Liitetaulukosta 1 kuvautuvalla tavalla tutkimusta profiloivat nimikkeet ovat yleistyneet kaikissa muissa yksiköissä paitsi Turussa.

Voimme luoda vielä hieman tarkemman katsauksen professuurinimikkeiden kielelliseen muutokseen tutustumalla niistä laatimiimme sanapilviin, jotka esitämme kuviossa 3.⁴⁸



Kuvio 3. Sanapilvet professuurinimikkeistä vuosina 1980, 2000 ja 2022.

48. Korpuksesta on poistettu yksin esiintyvä termi ”oikeus” ja konjunktiot ”ja”, ”and” sekä ”och”.

Sanapilvien perusteella nostamme esiin kaksi kiinnostavaa havaintoa. Ensinnäkin siviilioikeuden professori oli 1960-luvulta lähtien Suomen yleisin oikeustieteen professuurinimike ja se säilytti johtavan asemansa aina vuoteen 2010 saakka. Se on kuitenkin menettänyt asemansa 2010-luvun aikana ja on väistynyt hiljaisempaan nurkkaan vuoden 2022 sanapilvessä. Eräs muutoksen keskeisimmistä syistä vaikuttaa olevan yksityisoikeuden professuurien sekä yksityisoikeuden alaan laskettavien kapeammin määriteltyjen professuurien lisääntyminen. Eli kyse ei niinkään ole siviilioikeuden ahdingosta, vaan ennemminkin käsitteistön modernisoitumisesta. Käsitteistön muutos näkyy samaan tapaan myös hallinto-oikeuden professuureissa. Oikeustieteellisissä tiedekunnissa oli keväällä 2022 vain yksi hallinto-oikeuden professori (Lapin yliopistossa), kun heitä vielä vuonna 2010 oli viisi. Julkisoikeuden professoreja oli kuitenkin keväällä 2022 yhteensä kuusi ja käytännössä he hoitavat juuri aiempien hallinto-oikeuden professorien tehtäviä. Vuonna 2010 julkisoikeuden professoreja oli kolme.

Kiinnitimme aineistossa huomiota siihen, että jotkut perinteiseksi koetut oikeudenalat eivät ole koskaan olleet yleisiä professuurinimikkeissä. Esimerkiksi esineoikeus on yksityisoikeuden perinteinen oikeudenala, joka esiintyy keskeisellä paikalla myös Björnen oikeudenalajaotuksessa. Esineoikeuden täysiä professoreita ei kuitenkaan esiinny aineistossa kuin yksi, vuosina 2000 ja 2010.⁴⁹ Tällä hetkellä oikeustieteellisissä yksiköissä ei ole yhtään varsinaista esineoikeuden professoria. Turun yliopistossa on tosin apulaisprofessori nimikkeellä yksityisoikeus, erityisesti esine- ja rahoitusoikeus. Esineoikeus on hyvä esimerkki siitä, ettei oikeudenala välttämättä tarvitse professuuria menestyäkseen ja erottuakseen systemaattisesti ja pitkäaikaisesti itsenäisenä oikeudenalana. Klassisen esineoikeuden ydinteemat ovat edelleen tärkeä osa juristikoulutusta ja esineoikeudellinen lainopillinen tutkimus on aktiivista.

Toinen keskeinen havainto on ”erityisesti”-käsitteellä erotettujen lisänimikkeiden käytön yleistyminen professuurinimikkeissä. Termi ”erityisesti” on noussut kolmanneksi yleisimmäksi sanaksi oikeustieteen professuurinimikkeissä vuonna 2022. Sitä useammin esiintyvät vain termit ”oikeus” sekä ”ja”, jotka on poistettu korpukselta sanapilviä laadittaessa. Muutoksen tausta on varsin mielenkiintoinen, koska nimikkeiden tarkennusosat alkavat esiintyä aineistossa vasta vuonna 1990 ja tuolloinkin kyse oli melkein aina apulaisprofessorin nimikkeestä. Täysien professorien nimikkeiden määrittely tarkennusosan avulla yleistyikin vasta, kun apulaisprofessorien virat muutettiin vuonna 1998 täysiksi professuureiksi.

2000-luvun aikana erityisesti-termillä määriteltyjen professuurinimikkeiden käyttö on edelleen lisääntynyt. Tällaista tarkennusosia esiintyy kaikenlaisten päänimikkeiden yhteydessä, mutta tyypillisimmillään termiä ”erityisesti” käyte-

49. Professori oli vuonna 1990 apulaisprofessori, joka muuttui täydeksi professuuriksi vuoden 1998 uudistuksessa.

tään yhdessä päänimikkeen ”oikeustieteen professori” kanssa. Ilmiössä on epäilemättä osin kyse myös samanlaisesta profiloitumiskehityksestä, joka muutenkin näkyy professuurinimikkeiden muotoilemisissa.

Johdannossa pohdiskelimme, että professuurinimikkeet vaikuttavat tuleen pidemmiksi kuin aikaisemmin. Tutkimusaineiston perusteella havainto ei kuitenkaan näytä pitävän paikkaansa. Professuurinimikkeiden keskipituus on 2000-luvun aikana lisääntynyt, mutta vain noin kymmenellä prosentilla. Kokonaisuutta tarkastellen keskipituus on asettunut hyvin vähäisellä vaihtelulla lähelle 20 merkkiä vuodesta 1930 alkaen. Sen sijaan vielä 1900-luvun alussa oli professuurinimikkeen keskipituus yli kaksinkertainen, mikä osaltaan korostaa, miten merkittävä 1900-luvun alkuvuosikymmenten nimikekäytännön muutos oli. Pisimmät yksittäiset professuurinimikkeet esiintyvät aineistossa kuitenkin yleensä vuonna 2022. Kunnian Suomen oikeustieteen historian pisimmän professuurinimikkeen haltijana saa Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitoksen ”oikeustieteen, erityisesti kiertotalouden oikeuden sekä eurooppalaisen ja kansainvälisen talousoikeuden” professori *Harri Kalimo*. Hopeasijalle yltää Helsingin yliopiston vuonna 1907 perustettu ”roomalaisen oikeuden ja kansainvälisen yksityisoikeuden sekä lainopin ensyklopedian” professuuri, jonka haltijoina toimivat vuorollaan *Walter Ekström*, *Elisier Kaila* ja *Aatos Alanen* ennen kuin professuuri järjesteltiin uudelleen ”yleisen oikeustieteen ja kansainvälisen yksityisoikeuden” professuuriksi vuonna 1959.⁵⁰

Nostamme historiallisen analyysimme keskeisimmäksi johtopäätökseksi oikeustieteen professuurinimikkeiden kirjon monipuolistumisen. Aikaisemmilla vuosikymmenillä ja jopa vuosisadoilla on professuurit määritelty laaja-alaisen nimikkeiden kautta. Tehtävään valittujen professorien omat tutkimuspainotukset tai yliopiston profiloitumispyrkimykset eivät siten ole näkyneet tehtävänimikkeissä. Viime vuosituhannen lopulta alkanut ja yhä kiihtyvällä tahdilla etenevä nimikkeiden erikoistuminen on kuitenkin muuttanut tilanteen täysin. Tällä hetkellä yli kolmasosa professuurinimikkeistä muodostuu muuten kuin laajojen tai perinteisten oikeudenalajäsennysten taikka oikeuden yleistieteiden kautta. Erikoistuneemmat nimikkeet kertovatkin yhä enemmän tehtävää hoitavan henkilön erikoisosaamisalueesta ja yliopistojen tutkimuksellisesta profiloitumisesta.

50. Veli-Matti Autio, Helsingin yliopiston opettaja- ja virkamiesluettelo 1918–2000, s. 69; https://www.helsinki.fi/sites/default/files/atoms/files/helsingin_yliopiston_opettaja_ja_virkamiesmatrkkeli_1918_2000_0.pdf. Haettu 12.7.2022.

4.4. Professuurien määrä ja yliopistojen rahoitus

Yliopistojen rahoitustilanne sanelee mahdollisuudet palkata henkilökuntaa ja vaikuttaa siten suoraan professuurien määrään. Yliopistojen perusrahoituksen ja kilpaillun täydentävän rahoituksen tarkastelu ei kuulu tutkimuksemme päätavoitteisiin, mutta voimme esittää siitä muutamia keskeisiä havaintoja. Yliopistojen rahoituksessa on 2010-luvun aikana tapahtunut useita muutoksia, jotka ovat vaikuttaneet yliopistojen henkilöstörakenteeseen. Rahoitustaso kasvoi tasaisesti 2000-luvun alusta lähtien ja saavutti sekä reaalisella⁵¹ että nimellisellä rahoituksella mitattuna huippunsa vuonna 2011, minkä jälkeen rahoitustilanne säilyi vakaana vuoteen 2015 saakka. Sipilän hallituksen vuoden 2016 koulutusleikkaukset vähensivät kuitenkin reaalisen perusrahoituksen jopa 2000-luvun alkua heikommalle tasolle.⁵² Yliopistojen kokonaisrahoitus oli vähimmillään vuonna 2019, minkä jälkeen tilanne on selvästi kohentunut. Vuonna 2021 yliopistojen perusrahoitus oli jo palannut vuoden 2015 nimellistasolle ja kokonaisrahoitustilanne on tällä hetkellä parempi kuin huippuvuonna 2011.⁵³

2010-luvun tempoileva korkeakoulurahoituspolitiikka ei kuitenkaan ilmene aikaisemmasta tarkastelustamme, koska aineisto on kerätty vuosilta 2010 ja 2022 eli ennen rahoituksen vähenemistä ja rahoituksen jälleen noustua aikaisemmalle tasolle. Koulutusleikkaukset eivät näyttäisi erityisesti vähentäneen oikeustieteen yksikköjen perusrahoituksen tasoa ainakaan ennen vuotta 2018. Taulukossa 3 tarkemmin kuvatulla tavalla ovat Helsingin, Lapin ja Turun oikeustieteelliset tiedekunnat kuitenkin kohdanneet 2010-luvun loppupuolella huomattaviakin rahoituksen vähenemisiä, jotka ovat vaikuttaneet myös kokonaishenkilötyövuosien määrään. Kyse on pääosin ollut täydentävän rahoituksen vähenemisestä.

51. Reaalisella rahoituksella tarkoitetaan rahan arvon muutokset huomioivaa rahoitustasoa.

52. Ks. esim. Allan Seuri – Hannu Vartiainen, Yliopistojen rahoitus, kannustimet ja rakennekehitys. Talouspolitiikan arviointineuvoston taustaraportti tammikuu 2018, erit. s. 7.

53. Tuoreet rahoitustiedot on kerätty Vipusesta.

Taulukko 3. Oikeustieteellisten tiedekuntien budjettirahoitus, täydentävä rahoitus ja kokonaishenkilötyövuodet vuosina 2012–2020.⁵⁴

	Helsinki			Itä-Suomi			Lappi			Turku		
	B	T	htv	B	T	htv	B	T	htv	B	T	htv
2012	5 871	2 658	123	1 442	722	37	2 808	576	49	2 531	963	52
2013	- ⁵⁵	-	-	1 634	719	42	3 128	575	55	2 823	602	54
2014	5 057	3 767	124	1 884	851	46	3 348	750	55	3 233	529	60
2015	5 023	4 099	131	2 201	1 131	56	3 140	816	56	3 207	763	64
2016	5 641	3 717	124	1 986	1 230	54	2 915	857	54	3 300	984	65
2017	5 932	2 816	112	2 625	1 419	61	3 193	897	56	2 862	1 572	64
2018	6 267	2 974	116	2 579	2 065	69	2 543	1 290	53	3 054	1 454	66
2019	5 939	2 683	103	2 530	2 118	70	2 507	1 001	45	2 618	1 360	60
2020	5 910	2 997	110	2 724	2 367	75	2 267	695	41	2 643	735	51

B = Budjettirahoitus (1000 euroa), T = Täydentävä rahoitus (1000 euroa), htv = Kokonaishenkilötyövuodet

Kokonaisrahoituksen taso on selvästi määrittävä tekijä oikeustieteen yksikköjen henkilöstömäärän sekä professuurien lukumäärän kehityksessä. Keskeinen havainto rahoitustarkastelusta on, että Helsingin, Lapin ja Turun oikeustieteellisten tiedekuntien rahoituksessa on tapahtunut 2010-luvulla heikennyksiä. Muista oikeustieteen yksiköistä poikkeavalla tavalla on Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitoksen rahoitustilanne puolestaan samaan aikaan tasaisesti parantunut sekä budjettirahoituksen ja täydentävän rahoituksen osalta. Rahoituskehitysten erot näkyvätkin siten, että vuoden 2010 jälkeen Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitoksen henkilöstöresurssien osuus kaikkien oikeustieteellisten yksikköjen henkilöstöresursseista on kasvanut 9 prosentista 30 prosenttiin samalla, kun kaikkien muiden yksikköjen osuudet ovat pienentyneet.⁵⁶

Yliopistojen rahoitustilanteen ja erityisesti ulkopuolisen kilpaillun tutkimusrahoitusten merkitystä uusien professuurien perustamiseen olisi tärkeää tutkia tarkemmin. Erityisen mielenkiintoisena kysymyksenä pidämme sitä, millaiset oikeustieteelliset hankkeet ovat käytännössä viime vuosina menestyneet kilpaillun tutkimusrahoituksen instrumenteissa ja miten rahoitus on vaikuttanut uusien professuurien perustamiseen. Tutkimusasetelma valaisisi myös profes-

54. Tiedot ovat Vipusesta: <https://vipunen.fi/fi-fi/kkyhteiset/Sivut/Tutkimus--ja-kehitysty%C3%B6.aspx>.

55. Vipusen tilastoissa on Helsingin yliopiston vuoden 2013 lukuja koskeva virhe.

56. Itä-Suomen yliopiston oikeustieteiden laitoksen osuus kaikista oikeustieteellisten yksikköjen IV-portaan henkilötyövuosista on kasvanut samassa ajassa 12 prosentista 24 prosenttiin.

suurinimikkeiden käsitteistömuutoksen taustalla vaikuttavia tekijöitä uudella tavalla. Tarkoituksemme on seuraavassa tutkimuksessa pyrkiä vastaamaan näihin kysymyksiin.

5. Yhteenvedoa ja keskustelua

Tutkimuksen päähavaintona voidaan pitää oikeustieteen professuurien lukumäärän huomattavaa lisääntymistä vuoden 2010 jälkeen ja erityisesti kasvun keskittymistä tutkimusta profiloiviin nimikkeisiin. Yliopistojen profiloituminen onkin uusi piirre oikeustieteen professuurien nimeämiskäytännöissä. Aikaisemmin tutkimusta profiloivia nimikkeitä ei ollut käytännössä lainkaan. Ensimmäisen kerran aineistossamme tähän ryhmään kuuluvaksi voidaan lukea vuoden 1980 poiminnassa näkyvä ”kunnallisoikeuden ja kunnallistalouden” professuuri. Seuraavat tutkimusta profiloivat täydet professuurit olivat vuoden 2000 poiminnan ”naisoikeuden”, ”oikeustaloustieteen” sekä ”kriminologian ja oikeussosiologian” professuurit. Kaikki näistä neljästä professuurista on sittemmin lakkautettu, mikä voi yleisemminkin olla tyypillistä tutkimusta profiloiville professuureille, jos professori ei saa rakennettua täydentävällä rahoituksella laajempaa tutkimusryhmää ja vakiinnutettua alaansa myös pakollisen perusopetuksen osaksi.

Yliopistotasoisiiin profiileihin tai tiedekuntien omiin tutkimuksellisiin profiileihin kiinnittyviä nimikkeitä ovat aineistossamme keväällä 2022 esimerkiksi Helsingin yliopistossa ”oikeus ja globalisaatio”, ”arvopaperimarkkinaoikeus”, ”viestintäoikeus”, ”osuuskuntaoikeus” ja ”kestävyystiede”, Itä-Suomen yliopistossa ”Climate Law and Policy”, ”vanhuusoikeus”, ”lainsäädäntötutkimus ja empiirinen oikeustutkimus” sekä ”yhteiskunnallinen oikeustutkimus”, Turun yliopistossa ”maankäyttö- ja kiinteistöoikeus” ja Lapin yliopistossa ”Kiinan yhteiskunnan ja kulttuurin” professuuri, kaksi ”hyvinvointioikeuden” professoria sekä ”luonnonvaraoikeuden” tutkimusprofessori.

Kun tiedekunnat suuntaavat tutkimustaan yliopiston tutkimuksen profiileille, niiden on nykyisen tiedepolitiikan mukaisesti helpompi saada yliopiston johdolta ja muista lähteistä rahoitusta professuureihin. Osa edellä mainituista profiloituista professuureista on perustettu lahjoitusvaroilla. Oikeustieteelliset tiedekunnat ovat saaneet vuodesta 2015 alkaen lähes kymmeneen uuteen professuuriin myös yliopistojen profiloitumisen tueksi suunnattua PROFI-rahoitusta.⁵⁷

57. Yliopistojen profiloitumisen tueksi on jaettu vuodesta 2015 alkaen yhteensä 350 miljoonaa euroa erillistä rahoitusta, jota yliopistot hakevat Suomen Akatemialta. Tätä kirjoitettaessa rahoitus on haettavana seitsemännen kerran, jaossa on 100 miljoonaa euroa. Rahoituksen tavoitteena on tukea yliopistojen strategioiden mukaista profiloitumista tutkimuksen laadun kehittämiseksi.

Profiloivien professuurinimikkeiden yleistymisen on osaltaan mahdollistanut uusi yliopistolaki, jonka yhtenä tavoitteena oli nimenomaisesti lisätä yliopistojen palvelussuhdeoikeudellista liikkumavaraa. Profiloivat nimikkeet ovat PROFI-rahoitusta laajemminkin yhteydessä yliopistojen ja yksikköjen omiin strategisiin linjauksiin.

Profiloivat nimikkeet eivät ole vähentäneet laajojen, perinteisten tai oikeuden yleistieteiden professuureja. Tällä hetkellä yleisimmät oikeustieteellisten tiedekuntien professuuri- ja apulaisprofessuurinimikkeet ovat ”julkisoikeus”, ”oikeustiede” sekä ”ympäristöoikeus”, joita kaikkia on kuusi kappaletta. Osalla heistä on tosin nimikkeessään tarkennuksia. ”Kansainvälisen oikeuden”, ”rikosoikeuden” sekä ”yksityisoikeuden” professoreita tai apulaisprofessoreita on kaikkia lisäksi viisi kappaletta. Jos mukaan ei lasketa ”erityisesti”-termillä laajennettuja nimikkeitä on Suomessa eniten ”julkisoikeuden” ja ”rikosoikeuden” professoreita ja apulaisprofessoreita, kumpiakin viisi kappaletta. Historiallisesti tarkasteltuna suurin joukko samalla nimikkeellä työskenteleviä professoreita ja apulaisprofessoreita on ollut vuosina 1980 ja 1990, jolloin ”siviilioikeus”-nimikkeellä työskenteli peräti kymmenen henkilöä.

Professuurinimikkeistön monipuolistuminen osoittaa osaltaan myös vakiintuneen oikeudenalakäsitteistön perustavanlaatuista muutosta. Oikeuskirjallisuudessa on arvioitu oppituolin asemaa oikeudenalan itsenäistymispyrkimyksissä ja vaikka näkemyksiä onkin monenlaisia ei kukaan ole pitänyt professuuria täysin merkityksettömänä uuden oikeudenalan muodostumisessa. Oikeudenalakäsitteistön näkökulmasta viimeinen vuosikymmen vaikuttaa erityisen aktiivisen kamppailun aikakaudelta. Nähdäksemme tämä on merkki siitä, että uusia professuurinimikkeitä ja muuttuvaa oikeudenalakäsitteistöä hyödynnetään yhä laajemmin tieteellisessä kamppailussa uusien tutkimuksellisten näkökulmien puolesta ja yrityksissä saada rahoitusta uudella tavalla tutkimukselle. Uudella tavalla, usein monitieteisiä näkökulmia oikeuteen syntyy esimerkiksi oikeustietelijöiden ja muiden tieteenalojen edustajien laajoissa yhteisissä tutkimushankkeissa, joissa tarvitaan muiden tutkimussuuntien lisäksi myös oikeudellista näkökulmaa. Nämä tilanteet ovat viime vuosina korostuneet, kun kaikkein suurimmat tutkimusrahoitukset ovat käytännössä edellyttäneet yliopisto- ja tieteenalarajat ylittävien tutkimuskonsortioiden perustamista. Monitieteisistä hankkeista alkunsa saaneet uudet oikeudelliset näkökulmat voivat puolestaan johtaa uudella tavalla professuurien syntyyn. Menestys kilpaillussa tutkimusrahoituksessa myös mahdollistaa tutkimusryhmän perustamisen, väitöskirjojen tuottamisen sekä tutkimus- ja opetusaseman vahvistamisen edelleen. On varsin luonnollista, että

Jotta oikeustieteelliset tiedekunnat saisivat rahoitusta tästä instrumentista, tulee niiden olla mukana yliopistojen sisäisessä tiedeidenvälisessä yhteistyössä strategisilla profiloitumisalueilla. Ks. rahoitusinstrumentista: <https://www.aka.fi/tutkimusrahoitus/ohjelmat-ja-muut-rahoitusmuodot/yliopistojen-profiloitusmuodot/> (13.5.2022).

prosessin kuluessa perustetut tutkimusryhmät alkavat rakentaa uutta oikeudenalaa, joka saattaa haastaa perinteisen oikeudenalakäsitteistön.

Professoreihin usein liittyvän huoli- ja kamppailukeskustelun kannalta on kuitenkin korostettava kahta seikkaa. Ensinnäkin oppituolien nimikkeet on syytä pitää erossa oikeustieteellisissä tiedekunnissa opetettavista ja tutkittavista asioista. Professori voi esimerkiksi modernista nimikkeestään huolimatta opettaa aivan perinteistä lainoppia peruskursseilla. Nimikkeiden ja opetuksen erottamiseen onkin viimeaikaisessa oikeustieteen kehityssuuntia koskevassa keskustelussa usein kiinnitetty huomiota. Toiseksi pohdimme, ovatko tutkimusta profiloivat nimikkeet sellainen uhkakava oikeustieteelle kuin huolinarratiivissa toisinaan annetaan ymmärtää. Tällaisessa keskustelussa mietitään, ovatko uuteen oikeudenalaan suunnattavat resurssit poissa perinteisestä oikeustieteestä. Oikeustieteen professorit ja sitä myötä alan opetus- ja tutkimusresurssit ovat kuitenkin lisääntyneet merkittävästi viimeisen kymmenen vuoden aikana. On mielestämme aiheellista kysyä, olisiko oikeustiede kyennyt kasvamaan samalla tavalla ilman perinteisestä käsitteistöä irtautuvaa profilaatiota. Vastaus kysymykseen on ilmeinen: profiloituminen ja siihen kytkeytyvä professuurien nimikkeiden monimuotoistuminen on ollut välttämätöntä sille, että oikeustieteellisten tiedekuntien resurssit ovat viimeisen vuosikymmenen aikana valtakunnallisesti lisääntyneet.

Uudenlaiset professorit eivät merkitse nollasummakilpailua oikeustieteen sisällä siten, että profiloivasti nimetty professori vie resursseja perinteisen oikeudenalan tutkimukselta ja opetukselta. Kyse on pikemminkin siitä, että uudistuva oikeustiede kykenee paremmin kilpailemaan muiden tieteenalojen kanssa kansallisesta ja kansainvälisestä täydentävästä rahoituksesta. Professuurinimikkeistö näyttäytyy siten osoituksena oikeustieteen monimuotoistumisen tuottamasta hyödystä oikeustieteen tutkimus- ja opetusresursseihin yleisesti.

Liitteet

Liitetaulukko 1. Professuurien luokittelu yksikkökohtaisesti vuosina 1980–2022.

HY	Laajat		Perinteiset		Yleistieteet		Profiloivat		Yhteensä
	kpl	%	kpl	%	kpl	%	kpl	%	
1980	7	19,4 %	24	66,7 %	4	11,1 %	1	2,8 %	36
1990	7	19,4 %	24	66,7 %	3	8,3 %	2	5,6 %	36
2000	7	18,9 %	25	67,6 %	3	8,1 %	2	5,4 %	37
2010	5	14,7 %	22	64,7 %	4	11,8 %	3	8,8 %	34
2022	11	27,5 %	15	37,5 %	3	7,5 %	11	27,5 %	40

TY	Laajat		Perinteiset		Yleistieteet		Profiloivat		Yhteensä
	kpl	%	kpl	%	kpl	%	kpl	%	
1980	5	31,3 %	9	56,3 %	2	12,5 %	0	0,0 %	16
1990	6	35,3 %	8	47,1 %	3	17,6 %	0	0,0 %	17
2000	6	30,0 %	9	45,0 %	4	20,0 %	1	5,0 %	20
2010	5	29,4 %	8	47,1 %	2	11,8 %	2	11,8 %	17
2022	3	15,8 %	11	57,9 %	3	15,8 %	2	10,5 %	19

LaY	Laajat		Perinteiset		Yleistieteet		Profiloivat		Yhteensä
	kpl	%	kpl	%	kpl	%	kpl	%	
1980	2	66,6 %	0	0,0 %	1	33,3 %	0	0,0 %	3
1990	3	21,4 %	9	64,3 %	1	7,1 %	1	7,1 %	14
2000	3	23,1 %	9	69,2 %	1	7,7 %	0	0,0 %	13
2010	1	7,7 %	10	76,9 %	1	7,7 %	1	7,7 %	13
2022	1	5,9 %	7	41,2 %	0	0,0 %	9	52,9 %	17

UEF	Laajat		Perinteiset		Yleistieteet		Profiloivat		Yhteensä
	kpl	%	kpl	%	kpl	%	kpl	%	
1980									
1990									
2000	1	33,3 %	1	33,3 %	0	0,0 %	1	33,3 %	3
2010	1	12,5 %	4	50,0 %	0	0,0 %	3	37,5 %	8
2022	5	15,2 %	13	39,4 %	0	0,0 %	15	45,5 %	33

Titles of Law Professorships as reflections of the self-understanding of jurisprudence

VUORELA, MIIKKA, LL.D., University Lecturer, University of Eastern Finland – MÄÄTTÄ, TAPIO, LL.D., Academic Rector, Professor, University of Eastern Finland

This article examines the titles of law professorships in the faculties and schools of law in the Universities of Eastern Finland, Helsinki, Lapland, and Turku. The research objective is to describe the quantitative and qualitative development of law professorships, with an emphasis on the past few decades. The empirical data consists mainly of the titles of law professorships between 1860 and 2022. Additional statistical data has been gathered from Vipunen, the education administration's reporting portal. The primary method of the study is the categorisation of the professorship titles using the framework of a classical division of the legal field as presented by Lars Björne, and empirical analysis of the development in both the nomenclature and the composition of professorships. The first main result of the study is that the nomenclature and composition of law professorships was largely unchanged and steadily rooted in the concepts of the classical division of the legal field from the 1910s until the 21st century. The second main result is that during the past two decades the nomenclature has undergone a major change as the naming of professorships has become increasingly heterogeneous. More and more professorship titles are no longer based on the familiar concepts of the classical division of the legal field, but are instead unique and reflect the professor's research profile.

Kaius Tuori

Lakimies
7–8/2022
s. 1332–1336

Oikeushistorian nykyiset merkitykset: puhe Oikeuskulttuurin päivässä

Kiitän lämpimästi Suomalaista Lakimiesyhdistystä tästä huomionosoituksesta, joka on sekä ilahduttava että yllättävä. Valitettavasti olen estynyt olemasta paikalla tänään, sillä matkustin työryhmäni kanssa Chicagoon, jossa kokoontuu yksi oikeushistorioitsijoiden suurimmista konferensseista. Yhdistys on kuitenkin ystävällisesti järjestänyt sijaisen esittämään puheeni puolestani, mistä olen myös kiitollinen.

Yksi pääasiallinen tutkimusteemani on oikeushistorian käyttö nykypäivän tarkoituksiin, ja siitä ajattelin myös puhua tänään. Esimerkkejä löytyy valitettavan runsaasti. Kirjastomatalla ollessani törmäsin tuoreeseen teokseen nimeltä *Civis Romanus Sum* (suomeksi ”olen Rooman kansalainen”), jonka kirjoittaja oli italialainen professori nimeltään *Giuseppe Valditara*.¹ Hänellä on oppituolet niin Torinon kuin Rooman yliopistoissa, joten oletin että kyseessä on vakavasti otettava tutkija. Nappasin kirjan hyllystä ja aloin lukemaan, sillä kansalaisuuden teema ja siihen liittyvä oikeuskäytäntö on erittäin kiinnostavaa.

Valditaran teos osoittautui jännittäväksi esimerkiksi kirjoittamisesta kahdella tasolla. Toisaalta teoksessa oli kaikki akateemisen tutkimuksen tunnusmerkit, viittauksia alkuperäislähteisiin ja relevanttiin tutkimuskirjallisuuteen, toisaalta siinä oli jotain perin juurin outoa, jotain kummallista, jota ei aluksi voinut aivan käsittää.

Kirjan aihe, kansalaisuus Roomassa ja sen saaminen on kiintoisa osaksi siksi että kansalaisuutta käsittelevä oikeus oli Roomassa erittäin liberaalia. Kansalaisten yhdenvertaisuus lain edessä oli valtion peruseriaatteita, eikä kansalaisten välillä ollut syntyperäisiä eroja. Ulkomaalainen saattoi saada kansalaisuuden verrattain helposti, ja myös naisten ja lasten katsottiin olevan kansalaisia. Myös vapautetut orjat otettiin kansalaisiksi, ilman poikkeuksia, mikä oli ennenkuulumatonta antiikin maailmassa.

Kuitenkin Valditaran kirja esittää Rooman kansalaisuuden pienelle piirille rajattuna erikoisoikeutena, kuvaillen kuinka yksi Rooman valtakunnan suurimpia ongelmia oli se että ulkomaalaiset tulivat Roomaan ja heitä piti säännöllisesti karkoittaa sieltä. Lopulta rajoittamaton maahanmuutto rapautti valtakuntaa ja johti sen tuhoon.

* Kaius Tuori, OTT, professori, Helsingin yliopisto. Kirjoitus perustuu K.G. Idmanin palkinnon saajan puheeseen Oikeuskulttuurin päivässä 11.11.2022.

1. G. Valditara, *Civis Romanus sum*. Torino 2018.

Tämä kaikki on nykytutkimuksen valossa roskaa.² Kansalaisuus ja sen jakaminen ulkomaalaisille ansioiden, kuten sotilaspalvelun, perusteella oli yksi Rooman menestyksen kulmakivistä. Alusta lähtien roomalaiset kirjoittajat ylipelivät kuinka kaupungin perusti sekalainen joukko kulkureita ja ei-toivottuja elementtejä ympäri keskistä Italiaa, joita houkuteltiin uuteen kaupunkiin sitä vahvistamaan (kuten vaikkapa Livius kirjoittaa). Samoin entiset vihollisensa Rooma otti mukaan kansalaisiksi.

Eli keho ja tarkoitusshakuinen kirja. Mitä merkitystä tällä on? Olin koko Valditaran unohtanut, kunnes muutama viikko sitten Italian äärioikeistolaisen hallituksen kokoonpano julkistettiin ja sieltä löytyi tuttu nimi. Giuseppe Valditara oli nimitetty opetusministeriksi maahanmuuttoa vastustavan ja muukalaisvihamielisen Lega-puolueen edustajana. Edellisellä kerralla kun Lega oli hallituksessa, se oli ajanut ulkomaalaisten karkoituksia Italiasta ja kansalaisuuden rajoittamista.

Valditaran kirja oli siis ei vain keho, vaan myös jonkinlainen Lega-puolueen puolueohjelman projisointi kirjoittamalla se antiikin Rooman historiaan.

Kuten näkyy, oikeushistorian suhde voimassa olevaan oikeuteen on ongelmallinen. Toisaalta historiaa käytetään voimassa olevan oikeuden tai siihen liittyvien pyrkimysten oikeuttamiseen, toisaalta historiallisella analyysillä tulisi voida kriittisesti arvioida oikeuden taustaoletuksia, tosiasiallisia vaikutuksia ja kehityskulkuja. Tämä normatiivisen ja kontemplatiivisen analyysin ristiriita on erityisen suuri vaikkapa maissa kuten Yhdysvalloissa, joissa historialliset oikeustapaukset muodostavat olennaisen osan voimassa olevan oikeuden doktriinista.

Muullakaan historia, edes oikeushistoria, ei ole vain mennyttä. Historiaa kirjoitetaan aina nykypäivän näkökulmasta, nykyajalle merkityksellisiin kysymyksiin vastaten, minkä näkee vaikkapa uudenlaisena historiankirjoituksena, joka yrittää nähdä mennyttä muutenkin kuin valkoisten miesten näkökulmasta. Tästä johtuen historiankirjoitus on täynnä erilaisia historiataisteluita, joissa riidellään paitsi menneisyyden tapahtumista, erityisesti siitä mitä ne merkitsevät menneisyyden ymmärrykselle ja nykypäivän yhteiskunnalle ja sen järjestykselle.

Mutta historia ei ole vain nykypäivään suuntautunutta. Menneen kuvaaminen, erityisesti ihannoivasti, näet sisältää tausta-ajatuksia ja toiveita tulevasta. Mennyt ja tulevaisuus ovat siis vastinpareja. Kärjistäen, jos osoitetaan että vaikkapa naisten oikeustoimikelpoisuus tai luottamukseen perustuva sopimusoikeusjärjestelmä olivat mahdollisia menneisyyden maailmassa, sen kautta voidaan väittää, että ne olisivat mahdollisia ja jopa toivottavia myös nyt ja tulevaisuudessa.

2. Kansalaisuudesta ja siihen liittyvästä normistosta on kirjoitettu valtavasti, ja roomalaisella esimerkillä on ollut hyvin suuri vaikutus myös kansalaisuutta käsittelevään oikeuteen ympäri maailman, kts. C. Ando, *Citizenship and Empire in Europe 200–1900: The Antonine Constitution after 1800 Years*. Stuttgart 2016.

Olen kirjoittanut viime vuosina paljon muutamistakin historiataisteluista ja niiden merkityksestä oikeudelle Euroopassa. Kirjassani kuvaan kuinka sotienvälisen ajan autoritääriset liikkeet ajoivat niin Saksassa ja Italiassa kuin muuallakin oikeuden äärikansallista yhdenmukaistamista, jossa itsenäisen oikeusjärjestelmän sijaan olisi ollut rotuun ja johtajan tahtoon perustuva poliittinen oikeus. Tätä vastustamaan nousi joukko oikeustieteen tutkijoita, jotka väittivät, että ahtaan kansallisen piirin sijasta oikeus on eurooppalainen ilmiö, joka on kehittynyt pitkän historiallisen kehityksen kautta antiikin Roomasta nykypäivään nimenomaan eurooppalaisena kehityksenä jossa eri tutkijat toimivat valtioiden rajoista välittämättä. Tämä ajatus oikeudesta yhteisenä eurooppalaisena perintönä sai toisen maailmansodan jälkeen suuren suosion ja siitä tuli yksi eurooppalaisen integraation pilareista.

Kun sanoin että oikeushistorian suhde voimassa olevaan oikeuteen on ongelmallinen, tarkoitan että tässä on kyse samanlaisista ongelmista kuin muissakin historiantutkimuksen lajeissa, mutta vielä kärjistetympin. Menneisyyden ja nykypäivän suhdetta käsitellään historian teoriassa kahden pääkäsitteen kautta: presentismin ja projektion. Presentismi tarkoittaa sitä, että historiasta etsitään ja esitellään vain asioita, ajatuksia, arvoja ja käsitteitä, jotka ovat merkityksellisiä nykyään. Projektio puolestaan tarkoittaa sitä, että menneisyyden kuvauksiin liitetään ajatuksia ja painotuksia, jotka ovat tärkeitä nykypäivänä mutteivat menneisyydessä tai menneisyyden ihmisille, eli niin sanottuja anakronismeja. Kuten vaikkapa äsken mainitun Valditaran muukalaisvihamielisyys. Akateemisessa historiantutkimuksessa näitä pidetään raskaina virheinä.

Eurooppalaisessa oikeushistoriassa monet sen kehitykselle keskeiset prosessit voidaan nähdä juuri presentisminä, kuten vaikkapa roomalaisen oikeuden reseptio eli uudelleenkäyttö 1000-luvulta eteenpäin. Samoin vaikkapa 1990-luvulta alkaen suuren suosion saanut eurooppalaisen yksityisoikeuden yhtenäistämiprojekti, jossa monet tutkijat lähtivät hakemaan yhteisiä tekijöitä nimenomaan menneisyydestä, roomalaisen oikeuden kaltaisista yhteisistä vaikutteista ja soveltaa niitä uusien, koko Euroopan tasoisten normien luomiseksi. Samoin projektio on olennainen osa näitä prosesseja, sillä usein vaikka tiettyjä oikeudellisia instituutioita käsittelevät tutkimukset saattavat tarkoitushakuisesti etsiä historiasta esimerkkejä juuri heidän mielestään tärkeille asioille, luomalla historiaa ja historian kautta oikeutusta, vaikkapa ihmisoikeuksia antiikista.

Olen näissä pohdinnoissani suosinut metodina niin sanottua narratiivista metodia tai selitysmallia. Se tarkoittaa, että historiassa suurimmat kiistat eivät suinkaan ole siitä mitä on tapahtunut, vaan siitä mitä se merkitsee. Narratiivi tai tarina luo tavallaan kehikon, joka liittyy tapahtumat ja asiat yhteen ja antaa niille merkityksen. Tarina on siten hyödyllinen lähestymistapa, sillä se kertoo melko hyvin kertojan arvoista, näkökulmasta ja tärkeysjärjestyksestä. Siten vaikkapa Suomen itsenäistymisen tarina voidaan kertoa vaikkapa kahdella tavalla, jotka ovat molemmat tavallaan tosia. Se voidaan kertoa tarinana suomalaisesta kan-

sallisesta heräämisestä ja itsemääräämisoikeuden ja identiteetin läpimurrosta. Itsenäistyminen voidaan myös kertoa tarinana monikansallisten imperiumien hajoamisesta Euroopassa ja reunavaltioiden separatismina keskusvallan heikentyessä. Kumpikin on mahdollinen tapa kertoa samoista asioista, mutta ne antavat täysin erilaisen merkityksen. Tarinat voivat olla myös historiallisesti vääriä tai vääristeleviä, jos tässä vielä kerran tölvitään ministeri Valditaran historiantulkintoja.

Eurooppalaisen oikeuden yhteinen historia on yksi tapa kertoa tarina ja antaa sille merkitys. Nykyisessä muodossaan tässä tarinassa on kolme yhteenkietoutunut elementtiä: 1) roomalaisesta oikeudesta alkava yksityisoikeuden perinne, joka liittää oikeusjärjestelmät perusteidensa kautta yhteen ja luo mahdollisuuden tulevaan integraatioon, 2) luonnonoikeudesta alkava ihmisoikeuksien ja kansalaisoikeuksien perinne, jonka kautta ymmärretään paitsi yksilön suoja myös oikeuden moraalinen oikeutus, ja 3) eurooppalainen integraatio prosessina jossa samankaltaisen yhteiskuntamallin, arvot ja ihanteet jakavat maat yhdentyvät.

Ensimmäinen näistä elementeistä sai alkunsa siitä järkytyksestä, mikä seurasi natsien vuoden 1920 puolueohjelmaan sisältyvää päämäärästä roomalaisen oikeuden korvaamisesta saksalaisella kansanoikeudella (ohjelman 19. kohta). Roomalaisen oikeuden puolustus vaihtui roomalaisen oikeuden ylistykseksi ja lopulta, Paul Koschakerin työn tuloksena, roomalaisen oikeuden nostamiseksi eurooppalaisen oikeuskulttuurin alkulähteeksi. Samalla vastustettiin piilossa fasistisille liikkeille tyypillistä antiformalismia ja oikeuden politisointia.

Toinen elementti, ihmisoikeudet, oli reaktio paitsi sodan ja holokaustin hirmutöitä vastaan, myös fasististen oikeusjärjestelmien yksilön aseman arvomuuudesta. Esimerkiksi natsien uuden oikeusjärjestelmän mukaan yksilöllä ei ollut subjektiivisia oikeuksia, vaan ainoastaan arvoa osana etnistä yhteisöä, kuten "saksalaista veriyhteisöä". Vastareaktionä oli yksilön ja yksilön arvon nousu oikeusjärjestelmän keskiöön, niin akateemisessa kirjoittelussa kuin instituutioissa kuten Euroopan ihmisoikeussopimuksessa.

Kolmas pylväs, eli integraatio, oli näistä kiistanalaisin ja monitahoisin, sillä erilaisia Euroopan yhtenäistämiprojekteja oli ollut jo ennen sotaa lukuisia. Vaikka integraatio lähti liikkeelle talous edellä, oli Euroopan yhteisöt alusta alkaen nähty oikeudellisena yhteisönä, joka perustui sopimuksiin ja oikeudelliseen integraatioon. Integraation malleja haettiin niin Atlantin takaa kuin Euroopan menneisyydestä, jossa yhteinen oikeuskulttuuri ja jaettu historia otettiin eräänlaiseksi esikuvaksi.

Integraation vaiettuna esikuvana oli myös natsien, erityisesti SS:n kehittämä Uusi Eurooppa.³ Siinä kaavailtiin Euroopan yhdentymistä Saksan johdolla

3. Suomessakin julkaistiin tähän liittyvää materiaalia, kuten vaikkapa P. Coulmas, Eurooppalaisen aatteen rappiotila ja suuruus. Nuori Eurooppa. Euroopan akateemisen nuorison rintamaistelijoiden lehti 5 1942, 2. 4–11.

yhteisöksi, jolle haettiin tukea miehitystiestä maista lisäämällä ohjelmaan myös kristillistä konservatismia, erityisesti Vichyn Ranskan vaikutteesta, sekä kommunismin ja liberalismien vastaisuutta että anglosaksisen maailman vaikutteiden torjumista. Uusi Eurooppa pyrki rakentamaan konservatiivisen ja traditionalistisen allianssin, joka olisi vastustanut tai ainakin sanonut vastustavansa modernisaation paheita kuten naisten vapautumista ja työväenliikettä. On muuten merkille pantavaa, että Vladimir Putin noin viikko sitten puheessaan mainitsi haluavansa liittoutua konservatiivisen, kansallismielisen ja muukalaiskammoisen aidon Euroopan kanssa turmeltuneita eliittejä vastaan. Voidaankin sanoa, että tämän kuvitellun konservatiivisen yhteisön arvomaailma on suoraan verrannollinen natsien Uuden Euroopan kanssa.

Mitä tämä sitten tarkoittaa oikeudelle?

Kuten sanottua, fasististen liikkeiden oikeusajattelussa keskeistä oli antiformalismi eli oikeudellisten normien joustavuus yleisten periaatteiden edessä, julkilausuttu sosiaalisen oikeudenmukaisuuden tavoittelu omistusoikeuksien kaltaisten yksilön oikeuksien kustannuksella ja oikeuden toissijaisuus poliittisen päätösvallan edessä. Saksassa Hitlerin tahdosta tuli kirjaimellisesti korkein laki, mikä sai hyvin kummallisia seurauksia.

Eurooppalainen oikeudellinen perinne tarjosi keinon suojautua oikeusjärjestelmän kaappausta vastaan, nostamalla perinteen kansallisvaltion lainsäädännön rinnalle. Traditio, moraaliset imperatiivit, luonnonoikeus, jaetut arvot ja ihmis-oikeudet asettivat rajoitteita voimassa olevalle oikeudelle ja oikeudenkäytölle ja ohjasivat oikeuden ja poliittisen päätöksenteon suhdetta. Tässä suhteessa historiankirjoitus oli myös tulevaisuuteen suuntautuvaa. Se, että yhteinen traditio ja arvot olivat olemassa ensin osoitti, että poliittinen integraatio ei ollut niinkään uuden luomista, vaan olemassa olevan yhteyden vahvistamista. Historia saattoi tätä kautta paitsi legitimoida myös ohjata integraation muotoja historiallisten esimerkkien kautta.

Kuten Valditaran esimerkki osoittaa, vaikka tämä historiallinen tulkinta tai narratiivi Euroopan menneestä ja tulevasta oikeudellisesta yhteisyydestä saavutti toisen maailmansodan jälkeen keskeisen aseman oikeushistoriassa, historian käyttö oikeuttavana tekijänä myös äärioikeistolaisiin tarkoituksiin ei kadonnut mihinkään. Euroopan kriisit toisen maailmansodan aikana ja jälkeen loivat tilauksen uudenlaiselle ajattelulle oikeudesta ja Euroopasta, joka perustui näkemykselle perustavanlaatuisista arvoista kuten ihmisarvosta ja oikeuksien kunnioituksesta. Kuten nähdään nykykeskustelusta, kansallisen itsemääräämisoikeuden ja etnisen yhteisön suojelun varjolla esitetään jatkuvasti argumentteja, jotka pohjaavat täysin vastakkaiseen käsitykseen oikeudesta ja yhteisöstä. Ulossulkemisen ja rajoittamisen logiikka, pelkoihin pohjautuva rasismi ja muut menneisyyden haamut eivät sinällään kadonneet minnekään, vaan ovat jatkaneet kilpailevina kertomuksina Euroopasta kuvatun yhteisen perinteen rinnalla. Oikeushistoria jatkaa siis taistelukenttänä, jossa tulevaisuutta rakennetaan.

Euroopan unionin tuomioistuimen laintulkinnan muutoksista ja tietämisen vaikeudesta tuomioistuintutkimuksessa

Tuomioistuimille on annettu tehtäväksi lainsäätäjän laatimien säännösten soveltaminen yksittäistapauksissa. Sääntelyn yleisluontoisuuden ja ajoittaisten aukkojen vuoksi tuomioistuimen tehtävään sisältyy valitsemista erilaisten tulkintavaihtoehtojen välillä. Nämä valinnat kertyvät ajan saatossa laajemmaksi kudelmaksi, ikään kuin tuomioistuimen kertomukseksi positiivisen lain sisällöstä ja oikeasta tulkinnasta.

Tuomioistuimen työtä onkin osuvasti verrattu sarjakertomuksen kirjoittamiseen: saman tarinan kehittelyyn osallistuu joukko toisiaan seuraavia kirjoittajia, jotka pyrkivät luomaan koherentin teoksen.¹ Sarjakertomuksen formaatti sallii jonkin verran sisäisiä ristiriitoja ja yllätyskäännteitä, mutta pohjimmaisena pyrkimyksenä on, että tarinan jatkumo säilyy. Joskus kehitelmä ei kuitenkaan ole kestävä, ja uusi kirjoittaja päättää paljastaa aiempien käännteiden perustuneen väärinymmärrykseen tai illuusioon.

Hieman samaan tapaan myös tuomioistuimet joutuvat ajoittain toteamaan, että aiempi laintulkinta ei ole kestävä. Mutta miten huomataan, että aiemmassa laintulkinnan kudelmassa on korjaamista vaativa särö? Entä miten tämä korjausliike tehdään siten, että koko kudelman integriteetille aiheutuu mahdollisimman vähän häiriötä? Nämä ovat kysymyksiä, joita pohdin väitöstutkimuksessani Euroopan unionin tuomioistuimen (EU-tuomioistuin) laintulkinnan muutoksista.

EU-tuomioistuimen laintulkinnan muutoksen vaikuttamista ja viestintätavoista

Tutkimusteemani jäsenyyty pähkinänkuoressa kysymyksiksi siitä, miksi ja miten EU-tuomioistuin muuttaa mieltään. Vastatakseni kysymyksiin analysoin neljää oikeustapauskokonaisuutta eri EU-oikeuden aloilta. Lisäksi tutustuin EU-tuo-

* *Mirka Kuisma*, OTT, oikeussihteeri, korkein hallinto-oikeus. Kirjoitus perustuu vuoden väitteijän puheeseen Oikeuskulttuurin päivässä 11.11.2022.

1. Ronald Dworkin, *Law's Empire*. Harvard University Press 1986, alkaen s. 299; Joxerramon Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*. Clarendon Press 1993, s. 105–106.

mioistuimen sisäiseen keskusteluun aiemmasta ratkaisukäytännöstä poikkeamisesta.

Tämän analyysin perusteella totesin laintulkinnan muutoksen *syiden* osalta, että EU-tuomioistuimien katsoo sallittaviksi laintulkinnan muutoksen perusteiksi laajan joukon mitä moninaisempia tekijöitä. Jaottelen tutkimuksessani kyseiset tekijät karkeasti kolmeen luokkaan. Teknisluonteisina perusteina saatettiin viitata esimerkiksi sääntely-ympäristön muutoksiin tai aikaisempaa tuomioita annettaessa puuttuneeseen tietoon. Oikeuskäytännön systeemistä ylläpitämistä ilmentäväksi perusteiksi taas luokittelen viittaukset aiempien tuomioiden ennakkoimattomiin seurauksiin tai niiden virheellisuuden tunnustamisen. Minulle mielenkiintoisimpana perustelutyypinä ilmeni myös syvempää yhteiskunnallista ajattelua heijastelevia punnintoja, joiden mukaan aiempi ratkaisukäytäntö ei ollut enää kosketuksissa yhteiskunnallisen ajattelun tai moraalikäsitteiden kehitykseen.

Jo EU-tuomioistuimen sallimien laintulkinnan muutoksen vaikuttimien kirjo viittaa siihen, että pelkkä lain kirjain ei aina osoita, onko tuomioistuimen omaksuma laintulkinta väärä. Jotta tuomioistuimien muuttaisi mieltään, käsillä on oltava lisäksi jonkin laukaisevan tekijän, joka osoittaa muutoksen tarpeelliseksi. Luonnehdin kyseisiä tekijöitä *Aulis Aarniota* lainaten aksiologisiksi eli arvoihin ja arvottamiseen liittyviksi tekijöiksi.² Tällaisten positiivista oikeutta täydentävien tulkintakeinojen esiintyminen laintulkinnassa on omaksumani inklusiivisen oikeuspositivismin näkökulmasta paitsi hyväksyttävää myös luonnollinen seuraus siitä, että laintulkinta on kannanmuutostilanteita laajemminkin kontekstisidonnaisista toimintaa: tuomarin käsitys lailla säädellyistä ilmiöistä rakentuu osin sen myötä, millaisina tuomari on kyseiset ilmiöt yhteiskunnan jäsenenä oppinut hahmottamaan.

EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä tunnistamani kaltainen laintulkinnan kontekstisidonnaisuus ja arvopohjaisuus on tunnustettu nähdäkseni myös kotimaisessa viitekehyksessä tuomarin kelpoisuusehdoista säädettyä. Tuomarin kelpoisuusehtoihin kuuluvan oikeamielisyyden on nimittäin (nytemmin jo kumotun) tuomareiden nimittämisestä annetun lain (205/2000) esitöissä kuvattu tarkoittavan muun ohella ”sitä, että tuomarin ratkaisun *tosiasialliset vaikuttimet ja tausta-arvot* ovat hyväksyttäviä ja vastaavat sitä, mitä tuomion perusteluissa ilmoitetaan.”³

Viittaus ”tosiasiallisiin” vaikuttimiin saa kriittisen kuulijan herkästi heristämään korviaan: onko kyse amerikkalaisen oikeusrealismin painottamista ul-

2. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. D. Dreidel Publishing Company 1987, s. 43.

3. Hallituksen esitys eduskunnalle tuomareiden nimittämistä koskevaiksi lainsäädännöksi 109/1999 vp, s. 41. Tuomareiden yleisten kelpoisuusehtojen sääntelyyn nimittämislaissa (205/2000) on viitattu myös nykyistä tuomioistuinlakia (673/2016) säädettyä; ks. hallituksen esitys eduskunnalle tuomioistuinlaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi 7/2016 vp, s. 86.

kojuridisista tekijöistä, joiden ei oikeusvaltiossa soisi ohjaavan tuomioistuimen työtä? Itse näen tuomarin ratkaisun vaikuttimet ja tausta-arvot pikemminkin *Alf Rossin* skandinaavisen oikeusrealismin⁴ ja *Neil MacCormickin* institutionaalisen oikeusteorian⁵ muodostamien linssien läpi: tuomarin toimintaa lakia lukiessa ohjaa eräänlainen ammattikunnan jakama sallittavien tulkintaohjeiden normatiivinen systeemi, jossa painoarvoa on voitava antaa myös lainsäädännön hengen, sosiaalisten tavoitteiden, oikeuskulttuurin ja tradition vaikutukselle. Väitän tutkimuksessani, että nämä samat tekijät muodostavat *normatiivisen* perusteen sille, että EU-tuomioistuimen on muutettava laintulkintaansa, kun havaitaan, ettei se enää syystä tai toisesta ole kosketuksissa lain sosiaalisen kontekstin kanssa.

Havaitsin tutkimuksessani, että laintulkinnan muutoksen vaikuttimien tuntemisesta huolimatta on hankala ennakoida, mille tasolle tuomioistuimen *kynnys* muuttaa kantaansa kussakin tapauksessa asettuu. Tämä on niin ikään seurausta laintulkinnan kontekstisidonnaisuudesta. Ajankohtaisena tutkimukseni ulkopuolisena esimerkkinä voidaan mainita Ison-Britannian EU-eron jälkeinen tilanne. Brexit-lainsäädännössä on nimittäin säädetty maan korkeimmille oikeusasteille mahdollisuus poiketa EU-jäsenyyden aikana syntyneestä oikeuskäytännöstä. Käynnissä on ollut debatti siitä, millä perustein tuota mahdollisuutta tulisi käyttää. Muutoskynnykseksi on lainsäädännössä valittu Englannin korkeimman oikeuden vuoden 1966 Practice Statementissa vakiintunut testi: tuomioistuimen tulisi poiketa aiemmasta ennakkopäätöksestä, kun niin tekeminen vaikuttaa oikealta (englanninkielisessä originaalissa ”when it appears right to do so”).⁶ Mielenkiintoinen näkökulma tämän kriteerin konkreettiseen käyttöön ilmenee korkeimman oikeuden tuomari *Lady Rosen* puheesta tältä keväältä: kun arvioidaan, onko poikkeaminen ”oikein”, on esikysymyksenä päätettävä, mihin arviointi ankkuroidaan – onko peilinä toimiva aiempi EU:n yhdentymis- ja sisämarkkinatavoitteiden värittävä käsitys ”oikeasta” vai uusi, yksinomaan Britannian tilanteeseen pohjaava käsitys yhteiskunnallisista tarpeista? *Lady Rosen* puheesta ilmenevä pohdinta osoittaa, että Brexit-tilanteessakaan valinta ei välttämättä ole ilmeinen eikä muutosalttiutta tyhjentävästi ratkaise se, että maa on eronnut EU-jäsenyydestään.⁷

Laintulkinnan muutosten syiden lisäksi tutkin väitöstutkimuksessani kannanmuutosten *viestimistä* EU-tuomioistuimen tuomioissa. Missä määrin

4. Alf Ross, *On Law and Justice*. University of California Press 1959.

5. Eritoten Neil MacCormick – Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. D. Dreidel Publishing 2010; sekä Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford University Press 2005.

6. Rupert Cross – Jim Harris, *Precedent in English Law*. Oxford University Press 1991, s. 104.

7. *Lady Rose of Colmworth, 1966 and All That: Changing Our Minds in a Post-Brexit World*. United Kingdom Association for European Law Annual Lecture. King's College London 23.5.2022, kohdat 34–38, saatavilla osoitteessa <https://www.supremecourt.uk/docs/ukael-lady-rose-speech-23-May-2022.pdf>.

EU-tuomioistuimien katsoo, että sen ratkaisuihin tulisi tuoda ilmi sille esitettyjä pyyntöjä lainlupinnan muuttamisesta ja vastata niihin? Entä missä määrin se perustelee valintojaan käytännössä?

EU-tuomioistuimen sisällä vaikuttaa vallitsevan jaettu näkemys siitä, että lainlupinnan muutoksen avoin viestiminen on toivottavaa. Analysoimani ratkaisut viittaavatkin siihen, että avoimella viestinnällä voidaan saavuttaa pedagogisia hyötyjä. Tuomio, jossa lainlupinnan muutos nimenomaisesti tunnustetaan, voidaan kirjoittaa rakennettaan myöten kertomukseksi siitä, mikä lainlupinnassa tulee muuttumaan, miten ja mistä syystä. Toisaalta analysoimani tuomiot osoittavat, että avoimenkaan lainlupinnan muutoksen perusteluja ei välttämättä täysin tuoda ilmi EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Eräänä osoituksena tästä voidaan mainita EU-tuomioistuimen jäsenten puoliakateemisissa roolissa julkaisemat kirjoitukset, joissa kirjoittajat ovat kommentoineet myös sellaisten tuomioiden taustatekijöitä, joiden laatimiseen he ovat osallistuneet. Nämä konfessionaalisenkin sävyn omaavat kirjoitukset viittaavat ajoittain ainakin yksittäisten tuomareiden perustaneen päättelynsä sellaisiin tekijöihin, jotka eivät EU-tuomioistuimen varsinaisesta ratkaisutekstistä ilmene.

Perustelukäytännöt vaihtelevat myös niissä tilanteissa, joissa EU-tuomioistuimien ei noudata sille esitettyä pyyntöä lainlupinnan muuttamisesta. Tuomion perustelut saattavat näissä tilanteissa olla keskustelevia mutta toisaalta myös autoritäärisen lyhyitä viittauksia asian aiempaan ratkaisutapaan. On myös mahdollista, että koko muutosta koskeva dialogi jää nimenomaisesti tunnustamatta perustelujen tasolla, asiaa syvällisemmin tunnevan yleisön havainnoitavaksi rivien väliin.

Tuomioistuintutkimuksen metodologisista haasteista ja tutkimukseni johtopäätöksistä

Totesin tutkimusteemani tekevän avoimeksi sen, että lainlupinta ei synny positiivisen lain hermeettisesti suljetussa mustassa laatikossa. Toisaalta tutkimukseni viittaa siihen, että EU-tuomioistuimen lainlupintaan vaikuttavat impulssit eivät aina täysin ilmene sen ratkaisujen perusteluista. Nämä lähtökohdat muodostivat työskentelyssäni metodologisen pulman, joka on nähdäkseni keskeinen kaikessa sellaisessa oikeustieteellisessä tutkimuksessa, joka on kiinnostunut tuomarin päätöksenteosta. Kyse on tietenkin falsifikaation vaikeudesta: kun tuomiot ovat mahdollisesti epätäydellisiä lähteitä ja tuomioistuimen päätösneuvottelut salaisia, kuinka varmistua tutkijan tekemien päätelmien oikeellisuudesta?

Laadullisen tutkimuksen ”tieteellisyyttä” koskeva pohdintani saavutti jonkinlaisen kriittisen lakipisteen väitösvuotta edeltävänä kesänä, kun lueskelin *Umberto Econ* kulttimaineeseen noussutta maisterintutkimuskielmaopasta *How to Write*

a Thesis. Econ yksinkertaistetun ohjenuoran mukaan ‘[y]ou must write a thesis that you are able to write’, eli vapaasti suomentaen tutkielman on oltava sellainen, jonka pystyy kirjoittamaan.⁸ Econ huomiot perustuivat osin niihin puhtaan logistisiin realiteetteihin, joita oppaan kirjoitusvuonna 1977 liittyi esimerkiksi opiskelijan lähikirjaston valikoiman rajallisuuteen. Kuitenkin tämä itsestään selvä toteamus pysäytti minut myös vuonna 2020: onko tuomioistuimen kannanmuodostusta lopulta mahdollista tutkia? Itsekriittisyyttäni epäilemättä vauhditti se, että tutkimushankkeeni aikana laadullisen ihmistieteellisen tutkimuksen uskottavuudesta käytiin sosiaalisessa mediassa usein epäetieteellisiinkin heittoihin perustuvaa keskustelua. Vaikka kaikki tämän keskustelun tuoksinassa ilmaistut mielipiteet eivät välttämättä anna aihetta tiedeyhteisön itsetutkiskeluun, kysymys tutkimusmetodeista ja tutkimuslöydösten perusteella tehtävissä olevista johtopäätöksistä asettui ajattelussani keskeiselle sijalle tutkimukseni lähetessä loppuaan.

Aulis Aarnio on osuvasti todennut, että oikeudellisen päättelyn kuvaaminen tutkimuksessa on usein spekulatiivista: teorian uskottavuus riippuu enemmän teorian sisäisestä koherenssista kuin tarkasteltavissa olevista ulkoisista tekijöistä.⁹ Tutkimuksen kuitenkin mahdollistaa se, että juristeina tutkija ja tuomari jakavat saman epistemologisen katsantokannan laintulkintaan.¹⁰

Samankaltaiseen lopputulemaan olen itsekini päätenyt tutkimusprosessini aikana. Tuomioistuimen tutkijan on nähdäkseni hyväksyttävä, että tutkimuslöydökset eivät ole objektiivisesti vahvistettavissa ja että toiset tarkkailijat saattavat tulkita niitä hieman eri tavoin. Tämä on luonnollista seurausta siitä, että tutkimus on tulkitsijan omiin pohjaoletuksiin sidoksissa olevaa toimintaa. Laadullisen tutkimuksen alistamisen kriittiselle arvioinnille mahdollistaa kuitenkin se, että tutkija tuo ilmi tulkintametodinsa, lähdeaineistonsa sekä oman hypoteesinsa kanssa kilpailevat näkökohdat.

Olen pyrkinyt noudattamaan tätä metodologista avoimuutta omassa tutkimuksessani. Sen vastinparina toimii tutkimuslöydösten tulkintaan liittyvä tietynlainen vaatimattomuus. Löydösteni perusteella on nähdäkseni lähinnä mahdollista tehdä huomio siitä, että EU-tuomioistuimen laintulkinnan muutos vaikuttaa usein tapahtuneen sellaisessa kontekstissa, jossa sen perusteluista ilmeneviä ja niistä puuttuvia tekijöitä on käsitelty tuomioistuimen kanssa käydyssä vuoropuhelussa sekä yhteiskunnallisessa keskustelussa laajemminkin. Teoriapohjaani tukeutuen olen esittänyt, että yhteiskunnallisella kontekstilla on todennäköisesti yhteys EU-tuomioistuimen laintulkinnan muutokseen.

Tähän nähden katson tutkimukseni johtopäätöksensä, että EU-tuomioistuimen kannanmuutoskäytännössä vallitsee eräänlainen kommunikatiivinen disso-

8. Umberto Eco, *How to Write a Thesis* [1977]. The MIT Press 2015, s. 8.

9. Aarnio 1987, s. 22.

10. Idem, s. 8–10.

nanssi. EU-tuomioistuim on yhtäältä kontekstisidonnaisena lainkäyttäjänä riippuvainen siitä tiedollisesta panoksesta, jonka sen kanssa vuoropuhelua käyvät oikeudenkäyntimenettelyjen osapuolet ja väliintulijat voivat kirjelmien ja suullisten huomautusten kautta antaa. Toisaalta EU-tuomioistuimen perustelutavan ajoittainen läpinäkymättömyys ei varmista, että sen laintulkinnan vaikuttimet tulevat oikein tai ylipäänsä viestityksi tälle yleisölle. Samanlainen tietämisen ja tuntemisen vaikeus, jonka tuomioistuimen tutkijana kohtasin, voi siis kohdata myös EU-tuomioistuimen tuomioiden loppukäyttäjiä.

Tunnistamani dissonanssi on nähdäkseni omiaan vaikuttamaan EU-tuomioistuimen ja sen yleisön välisen vuoropuhelun laatuun; se voi pahimmillaan haitata EU-tuomioistuimen laintulkinnan optimaalista kehitystä. Katson tutkimuksessani, että vaikka esimerkiksi laintulkinnan pysyvyyden arvoon liittyvät näkökohdat voivat ymmärrettävästi aiheuttaa tuomioistuimessa varovaisuutta, aidon tuomioistuindialogin varmistamiseksi EU-tuomioistuimen perustelutapaa olisi varaa kehittää laintulkinnan muutostilanteissa avoimempaan ja aidommin keskustelevaan suuntaan.

Lopuksi

Arvoisa yleisö, olen puheessani kuvannut sitä tieteellistä epävarmuutta, joka väitöskirjan laatimiseen sisältyy. Tutkijalle on todella arvokasta saada palautetta, jossa tutkimuksen tieteelliset meriitit tunnustetaan. Sellaisena palautteena otan kiitollisena vastaan tämän Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen tänään minulle antaman tunnustuksen.

Sodan säännöt – rauhan oikeus

Mietteitä väkivallan historiasta

Krimin sodan ajalta lähtien Euroopassa vahvistui ajatus siitä, että sodan uhreja – erityisesti taistelukentillä makaavia haavoittuneita sekä siviiliväestöä – oli pyrittävä suojelemaan taisteluiden vaikutuksilta. *Henri Dunant*’n dramaattinen kuvaus Solferinon taistelukentältä johti Punaisen Ristin perustamiseen vuonna 1864; jo edellisenä vuonna Yhdysvaltain presidentti *Lincoln* oli allekirjoittanut säännökset pohjoisvaltain armeijan taistelutoiminnasta, ns. Lieber-koodin. Tsaarin aloitteesta vuonna 1868 tehtiin sopimus tarpeetonta kärsimystä aiheuttavien räjähtävien luotien kieltämisestä. Näiden pohjalta vasta perustettu kansainvälisen oikeuden instituutti (*Institut de droit international*) hyväksyi vuonna 1880 ns. ”Oxfordin käsikirjan”, joka ennakoi vuosisadan lopussa tehtyjä Haagin maa- ja merisotaohjesääntöjä. Sodankäynti rajattiin osapuolten asevoimien väliseksi kamppailuksi. Sivullisia piti suojella, tarpeetonta kärsimystä välttää. Miehitettyjen alueiden siviilejä tuli kohdella inhimillisesti. Säännöstö käsitteli useimpia niistä kysymyksistä, jotka myöhemmin otettiin myös vuoden 1949 sanottuihin Geneven sopimukseen ja 1977 lisäpöytäkirjoihin. Se loi mallin sille normistolle, jota on kutsuttu sodan oikeussäännöiksi, kunnes ne aikanaan nimettiin eufemistisesti ”humanitaariseksi oikeudeksi” – palaan tähän uuspuheeseen myöhemmin.

Joulukuussa 1880 instituutin puheenjohtaja toiminut sveitsiläisprofessori *Johann Kaspar Bluntschli* lähetti säännöstön Saksan yleisesikunnan komentajalle kenraali *Helmuth von Moltkelle*, Saksan–Ranskan sodan sankarille. Vastauksessaan von Moltke kiitti Bluntschlia, huomauttaen kuitenkin, ettei legalismi soveltunut sodankäynnin todellisuuteen; suurinta inhimillisyyttä oli viedä taistelut nopeasti ja tehokkaasti voittoisaan päätökseen. Kanta on sittemmin tullut yhä uudelleen toistetuksi 20. vuosisadan konflikteissa. Siihen sisältyy clausewitzilainen viisaus, jonka jokainen sotilas tuntee. Tämän mukaan sodalla on oma logiikkaansa, jonka tavoitteena on iskeä vastustajaan mahdollisimman suurella voimalla tämän puolustuksen täydelliseksi murskaamiseksi. Ajatus, että hyvä sota on *lyhyt* sota, sisältää todellakin tärkeän humanitaarisen näkökulman. Se rajaa siviilien kärsimykset mahdollisimman lyhyeen ajanjaksoon. Voisiko olla,

* *Martti Koskenniemi*, OTT, professori emeritus. Kirjoitus perustuu Oikeuskulttuurin päivässä 11.11.2022 pidettyyn esitelmään.

että sodankäyntiin puuttuminen erilaisin sotilaallisen logiikan ulkopuolisin tavoittein itse asiassa pitkittäisi sotaan liittyvää kärsimystä?

Sodan oikeussäännöt edustavat 1800-luvulla levinnyttä ajattelua, jonka mukaan ei ollut realistista uskoa, että sodista ja väkivallasta voitaisiin noin vain luopua. Sota oli valtioiden vastakkaisiin intresseihin ja pyrkimyksiin perustuva välttämätön paha. Niin Lieber-koodissa, Oxfordin säännöissä kuin Haagin ja Geneven sopimuksissa on hyväksytty sotilaallisen välttämättömyyden periaate – niiden ei ole tarkoitus vaikuttaa osapuolten kykyyn saavuttaa sotilaalliset tavoitteensa. Punaisen ristin toiminnassa ja sopimuskonferensseissa sotilailla onkin aina ollut merkittävä rooli. Sodan säännöt edustavat niin sanottua realismia. Iskeä saa mihin on sotilaallisesti tarpeellista iskeä, siviiliuhreja voi tuottaa, kunhan tämä on jotenkin oikeassa suhteessa saavutettavaan sotilaalliseen etuun – mitä tuolla ”oikeassa suhteessa” sitten tarkoitetaan. Keskustelua tästä kysymyksestä on käyty vuosikymmeniä hyvässä hengessä sotilaiden ja sodan oikeussääntöihin erikoistuneiden juristien kesken; kumpikin puoli arvostaa toisen ammattitaitoa – kieli ja mielenkiinnon kohteet ovat samat. Harva sotilas tuntee eri asejärjestelmien ominaisuuksia yhtä hyvin kuin Punaisen Ristin asiantuntija.

On vaikea sanoa, ovatko sodan säännöt olennaisesti vähentäneet taistelujen tuottamaa kärsimystä. On sanottu, että ensimmäisessä maailmansodassa kuolleista siviilejä oli 25 % ja sotilaita 75 %, toisessa maailmansodassa suhde oli 50/50 % ja vuosisadan lopun konflikteissa 75 % siviilejä ja 25 % sotilaita. Luvut ovat tietenkin yksinkertaistuksia. Mutta miljoonat ja taas miljoonat siviilit ovat kärsineet vuosia tai vuosikymmeniä kestäneissä sodissa, joihin Haagin säännöt tai vuoden 1949 ja 1977 Geneven sopimukset periaatteessa soveltuivat tai olisivat soveltuneet – Korea, Vietnam, Afganistan, Lähi-Itä, Afrikan suuret järvet jne. Ei ole mitään syytä uskoa, etteikö von Moltken vastaukseen – siis että parasta humanitarismia on saavuttaa sotilaallinen voitto pikaisesti – kuitenkin sisältyisi tärkeä viisaus. Ovatko siis sotilaat ja Punaisen Ristin asiantuntijat lopultakin osa samaa projektia, samaa muskeleitaan esittelevää humanitarismin pyrkimystä?

Tällainen viesti sisältyy tapaan, jolla vuoden 1977 lisäpöytäkirjojen hyväksymisen jälkeen sodan oikeussäännöstä – ”laws of war” – alettiin puhumaan hienostelevasti ”humanitaarisena oikeutena”. Alalle tuli yhä enemmän juristeja, jotka olivat saaneet koulutuksensa ja ideologisen suuntautumisensa eri aloille laajenevasta ihmisoikeuskulttuurista. Eiväthän he halunneet olla sodan vaan humanismin palveluksessa. Kielenkäytön paradoksaalisuutta korostaa kuitenkin, että humanitaarinen oikeus muodostaa edelleen ainoan voimassa olevan universaalien oikeussäännösten, jonka nojalla ihmisiä saa tappaa joutumatta rikosoikeudelliseen vastuuseen.

Sodan oikeussäännöillä on myös ollut vastustajansa. Vuonna 1905 itävaltalainen aatelisrouva ja rauhanaktivisti *Bertha von Suttner* sai Nobelin palkinnon tinkimättömästä sodanvastaisesta toiminnastaan. Kuten *Tolstoi*, von Suttner piti Punaisen Ristin toimintaa edesvastuuttomana sodan oikeuttamisena ja vastusti

Haagin konferenssien pyrkimystä kodifioida tappamisen sääntöjä. Antaessaan realismille pikkusormen, von Suttner ja Tolstoi huomauttivat, johtavat juristit olivat menettäneet koko kätensä sodalle. Heistä oli tullut voimapolitiikan kannalta hyödyllisiä idiootteja. Ensimmäinen maailmansota sai monet ajattelemaan samoin. Kansainliitossa ei kuitenkaan päästy sopimukseen sodan kieltämisestä: liiton vuonna 1919 hyväksytyt perussäännön mukaan liiton jäsenten tuli selvittää riitansa rauhanomaisesti tätä varten perustetussa oikeudellisessa tai poliittisessa menettelyssä. Mutta ellei sovintoa saatu aikaan kolmen kuukauden sisään, oli osapuolilla kuitenkin oikeus ryhtyä sotaan. Moni piti tätä täysin riittämättömänä ja niinpä vuoden 1928 Kellogg–Briand-sopimuksessa valtiot sitoutuivat sopimuksen sanamuodon mukaan ”luopumaan sodasta kansallisen politiikan välikappaleena”.

Tämä pyrkimyksen epäonnistuminen nostaa esiin eräitä tärkeitä ongelmia pyrittäessä luopumaan väkivallasta valtioiden välillä. Kansainliiton perussääntö ja vuoden 1928 sopimus puhuivat ”sodasta” – niitä seuranneissa konflikteissa hyökkääjä kuitenkin aina vältti kutsumasta toimintaansa ”sodaksi” – Japani väitti, että sen hyökkäyksessä Manchuriaan 1931 oli kysymys terrorisminvastaisesta poliisioperaatiosta; Italia hyökkäsi Etiopiaan neljä vuotta myöhemmin selittäen, että kysymyksessä oli rajaseudun rauhoitus- ja sittemmin sivistysoperaatio. Valtioiden ovat aina välttäneet sodan kieltä; mieluummin puhutaan sotilaallisista erityisoperaatioista, humanitaarisesta interventtiosta, rauhanturvaamisesta. Sodasta puhuminen on yleisesti ikävää ja siihen myös usein liittyy kotimaisen lainsäädännön määräyksiä, jotka rajaavat valtiojohdon toimintaa.

Mutta YK:n peruskirja ei puhu sodasta. Termillä ei enää ole kansainvälis-oikeudellista statusta. Kiellettyä on ”voiman käyttö”, *use of force*. Lisäksi peruskirja viittaa ”rauhan rikkoutumiseen” tai rauhan rikkoutumisen vaaraan – termejä, joilla säädellään turvallisuusneuvosto toimivaltaa ”kansainvälisen rauhan ja turvallisuuden ylläpitämisessä”, niin kuin peruskirja asian ilmaisee.

Voiman käyttöä ei peruskirjassa sen paremmin kuin tapaoikeudessakaan ole kokonaan kielletty. Miksei? Koska von Suttnerin ja Tolstoin pasifismi perustuu siinä määrin vakavasti otettavaan ajatteluun, että on syytä tarkastella niitä kahta tekijää, jotka yhä pitävät yllä kansainvälistä väkivallan kulttuuria. Ensimmäinen on se, että täyskielto iskisi pahiten hyökkäyksen kohteeksi joutuneeseen. Siksi on katsottu, että itsepuolustus pitää aina sallia. Esimerkiksi kaikki vuoden 1928 Kellogg–Briand-sopimuksen osapuolet korostivat, ettei sodasta luopuminen merkinnyt itsepuolustusoikeudesta luopumista. Niinpä YK:n peruskirja sallii valtiolle sen ”luonnollisen oikeuden” itsepuolustukseen.

Ongelmana on, että jää viime kädessä valtion itsensä harkittavaksi, milloin itsepuolustus on tarpeen – käytännössä kaikki sodankävijät ovat vuoden 1945 jälkeen perustelleet toimintansa itsepuolustukseksi siitä huolimatta, että peruskirja rajaa tuon oikeuden tilanteisiin, joissa ”aseellinen hyökkäys on tapahtunut”. Oikeuskäytäntö ei kuitenkaan velvoita valtiota vain passiivisesti odottamaan.

Peruskirjakaan ei ole itsemurhasopimus. Siksi on sallittua ryhtyä niin sanottuun ennaltaehkäisevään itsepuolustukseen – mutta näin on samalla jätetty ovet auki asevoiman käytölle milloin tahansa se kansallisen intressin näkökulmasta vaikuttaa turvallisuuspoliittisesti perustellulta. Suurvallat ovat lukemattomia kertoja vedonneet tähän pitäessään yllä omaa ylivaltaansa niille tärkeissä kohteissa – viimeksi näimme Venäjän edustajan viittaavan siihen YK:n turvallisuusneuvostossa helmikuussa 2022.

Olisiko mahdollista poistaa itsepuolustus oikeus? Tässä on moraalikysymyksen ydin. Von Suttner ja Tolstoi olisivat vastanneet, että kyllä voi. On oikein uhrautua hyvän asian puolesta. Jos halutaan väkivallan kulttuurin päättävän, on väkivallattomuus nostettava muden arvojen ja intressien edelle. Tällaisella ehdotuksella ei kuitenkaan villitä kansanjoukkoja ja voiteta vaaleja. Emme ole tottuneet maksamaan kovaa hintaa epävarmasta ehkäpä kauas tulevaisuuteen sijoittuvasta hyvästä. Von Suttner ja Tolstoi korostivat tarvetta saman aikaisesti kehitellä vaihtoehtoisia väkivallattoman riidanratkaisun menetelmiä. Niinpä niin. Mutta edellyttäisikö tämä sellaisen solidaarisuuden olemassaoloa jo tällä hetkellä, joka oikeastaan vasta pyritään saamaan aikaan sitoutumalla väkivallasta pidättymiseen?

On myös toinen väkivallan käyttöä puoltava näkökohta. Niin teoria kuin käytäntö ovat korostaneet tarvetta toisinaan käyttää voimaa tärkeän humanitaarisen tarkoituksensa toteuttamiseen. YK:n peruskirja tarjoaa tähän mahdollisuuden periaatteessa vain turvallisuusneuvoston alaisuudessa tai sen valtuuttamana. Kuten tiedämme, tämä ei ole ollut useinkaan poliittisesti mahdollista. Niinpä on toisinaan katsottu, että on olemassa tilanteita, joissa voiman käyttö voi olla YK:n peruskirjan näkökulmasta laitonta – mutta kuitenkin oikeutettua jonkin korkeampitasoisen moraalikoodin alaisuudessa. Esimerkin tarjoaa NATO:n ilmapvoimien suorittama Belgradin pommitus keväällä 1999 Kosovon konfliktin uhatessa muuttua kansanmurhaksi – tai kun ainakin näin lännessä ajateltiin.

Tässä ei ole mahdollisuutta pohtia syvemmillä humanitaarisen intervention tai muun oikeutetun sodan perusteluja. Von Suttner ja Tolstoi olisivat torjuneet koko ajatuksen sietämättömänä tekopyhyytensä ja hölynpölynä. ”*Joka miekkaan tarttuu...*”. Sitä paitsi koko moderni valtiojärjestelmä perustuu ajatukseen siitä, ettei ole olemassa sellaisia arvoja, jotka valtioiden välisten sopimusten – siis YK:n peruskirjan – ulkopuolella oikeuttaisivat voimankäyttöön valtiota vastaan. Oikeutettu sota on uskonsota, ja moderni valtiojärjestelmä syntyi uskonsodan raunioille. Vaikka kansainvälinen oikeus ei ole arvoneutraali – sisältyyhän siihen paljon ihmis- ja muita oikeuksia – se ei oikeuta yksittäisiä valtioita panemaan niitä arvoja täytäntöön voimaa käyttäen.

Kansainväliselle oikeudelle sodat ja konfliktit ovat pääosin vain faktoja, joiden esiintymiseen ei juuri kyetä vaikuttamaan. On siksi vain pyrittävä vähentämään niiden aiheuttamaa kärsimystä – sillä uhallakin, että näin sotaan sekoittuu humanitaarisia pyrkimyksiä ja inhimillisyyden retoriikkaa, joka tekee sen hyväk-

syttävämmäksi ja ohjaa sitä jatkuvasti yhä pitemmälle juuri sellaisten uskonsoitien suuntaan, joiden luulimme jääneen historiaan. Terrorismin vastainen sota on jo kauan sitten rikkonut ne maantieteelliset ja ajalliset rajat, joiden sisällä perinteiset asevoimat kamppailivat. Tuhannet ovat saneet surmansa drooni-iskuissa, joiden taustalla on humanitaarinen pyrkimys välttää täysmittaista taistelua. Lopetan tähän paradoksiin. Kun pysyvää rauhantilaa ei ole säätämällä saatu aikaiseksi – ja ajatellaan, ettei tämä myöskään ole realistisesti mahdollista – on ollut tyytyminen voimankäytön rajaamiseen ja sen uhrien suojaamiseen. Mutta johtaako tämä väkivallan kulttuurin laajenemiseen ja tulemiseen osaksi valtiollisia instituutioitamme? Jos väkivallasta ei voi luopua vaan se on sallittava ainakin itsepuolustukseksi ja humanitaaristen päämäärien saavuttamiseksi – käydäänkö missään poliittista keskustelua siitä, kuinka pitkälle tällä kulttuurilla on vaikutusta mihin arvoihin ja muihin poliittisen elämän osiin? Jos kaikki politiikka on turvallisuuspolitiikkaa, merkitseekö se sotilaiden ja turvallisuuspoliisin vallan kasvua? Peittääkö sodan säännöistä puhuminen humanitarismin kielellä sen, että emme enää tunnista taustalla olevan väkivallan luonnetta tai vaikutuksia? Jos täsmällinen raja rauhan ja sodan välillä poistuu, ei tästä välttämättä seuraa vain, että rauhan arvot alkavat laajeta sodan suuntaan. Jo nyt näemme kovien sotilaallisten ja voimapolitiikkaa edustavien teemojen tunkeutuneen politiikan arkikeskusteluun. Onko humanitarismi siis vain militarismin kevytversio?

Sodan lait ja hiljaisuus

1. Johdanto

Yhdistyneiden Kansakuntien peruskirjassa kielletään lähtökohtaisesti voimankäyttö toista valtiota vastaan.¹ Voimankäyttö on sallittua vain puolustauduttaessa aseellista hyökkäystä vastaan tai turvallisuusneuvoston päätöksen perusteella.² Voimankäyttöä koskevan sääntelyn osalta rajanveto voimankäytön kiellon ja sitä koskevien poikkeuksien kesken on kuitenkin tulkinnanvaraista.³ On myös esitetty, että arvioitaessa sitä, onko aseellisissa toimissa kyse voimankäytön kiellon rikkomisesta, on otettava huomioon valtioiden keskinäisten suhteiden tila. Hyvin jännittyneessä tilanteessa vähäisiäkin voimatoimia toisen valtion alueella voidaan pitää voimankäytön luonteisina, kun taas yksittäisiä ja irrallisia tapahtumia yleensä arvioidaan toisin.⁴

Voimankäytön käsitteestä erotetaan aseellisen hyökkäyksen käsite, joka on määritelty Yhdistyneiden kansakuntien yleiskokouksen määritelmässä⁵, mikä miltei sellaisenaan on sittemmin myös otettu Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön hyökkäysrikoksen tunnusmerkistöksi.⁶ Hyökkäysrikoksella tarkoitetaan sellaisen hyökkäyksen suunnittelua, valmistelua, aloittamista tai toteuttamista, joka on luonteeltaan, vakavuudeltaan ja mittasuhteiltaan ilmeisellä tavalla Yhdistyneiden kansakuntien peruskirjan vastainen.⁷

* Johanna Friman, OTT, kansainvälisen oikeuden dosentti, Turku Institute for Advanced Studies (TIAS), Turun yliopisto. Kirjoitus perustuu Oikeuskulttuurin päivässä 11.11.2022 pidettyyn esitelmään.

1. Yhdistyneiden kansakuntien peruskirja, SopS 1/1956, artikla 2(4); hallituksen esitys eduskunnalle Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntöön vuonna 2010 Kampalan tarkistuskonferenssissa tehtyjen muutosten hyväksymisestä sekä laeiksi muutosten lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta sekä rikoslain ja pakkokeinolain muuttamisesta 289/2014 vp, s. 4–5.
2. Yhdistyneiden kansakuntien peruskirja, luku VII, Toimenpiteet rauhaa uhattaessa tai rikottaessa taikka hyökkäystekojen sattuessa; HE 289/2014 vp, s. 5.
3. HE 289/2014 vp, s. 7.
4. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi aluevalvontalain ja rikoslain 17 luvun 7 b §:n muuttamisesta 56/2017 vp, s. 10.
5. A/RES/3314(XXIX), 14.12.1974.
6. Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö, SopS 55–58/2002 ja 78/2016; HE 56/2017 vp, s. 9.
7. Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö, artikla 8a, hyökkäysrikos; HE 289/2014 vp, s. 4, 7, 16.

Kansainvälistä humanitaarista oikeutta, eli sodan lait, sovelletaan kuitenkin kaikissa aseellisen selkkauksen tilanteissa riippumatta siitä, mikä niiden alkusyy on. Geneven sopimukset ja niiden lisäpöytäkirjat muodostavat kansainvälisen humanitaarisen oikeuden keskeisen perustan.⁸ Geneven yleissopimusten ja lisäpöytäkirjojen tarkoituksena on sodankäynnissä sovellettavan kansainvälisen oikeuden kehittäminen ja humanitaarisen kohtelun lisääminen aseellisissa selkkauksissa – ja erityisesti siviiliväestön aseman parantaminen.⁹ Esimerkiksi *erotteluperiaatteen* mukaan siviiliväestön ja siviilikohteiden suojelun takaamiseksi konfliktin osapuolten on aina tehtävä ero siviiliväestön ja taistelijoiden sekä siviilikohteiden ja sotilaskohteiden välillä ja suunnattava sotatoimensa vain sotilaskohteisiin.¹⁰ Kiellettyjä ovat muun muassa siviiliväestöön kohdistettu aseellinen toiminta, väkivaltaisuudet tai niillä uhkaaminen päätarkoituksena levittää siviiliväestön keskuuteen kauhua, umpimähkäinen aseellinen toiminta sekä aseellinen toiminta siviiliväestöä vastaan kostotoimenpiteenä. Esimerkkeinä umpimähkäisestä aseellisesta toiminnasta voidaan mainita asutuskeskuksiin kohdistetut hyökkäykset ja aseellinen toiminta, joka saattaa aiheuttaa sattumanvaraisia ihmishengen menetyksiä tai haavoittumisia siviiliväestön keskuudessa taikka vahinkoa siviilikohteille kohtuuttomassa määrin verrattuna odotettavissa olevaan todelliseen ja välittömään sotilaalliseen hyötyyn.¹¹ Kussakin Geneven sopimuksessa on artikla, jossa määritellään törkeät rikokset suojeltavia ihmisiä vastaan. Geneven sopimuksia sovelletaan niiden yhteisen 3 artiklan mukaisesti ja tapaoikeuden nojalla myös kansainvälistä luonnetta vailla oleviin aseellisiin selkkauksiin.¹²

Vuoden 1949 Geneven yleissopimuksissa sopimusvelvoitteiden rikkominen jaetaan ”törkeisiin rikoksiin ja tavallisiin sopimusloukkauksiin”, ja ensimmäisessä lisäpöytäkirjassa törkeiden rikosten luetteloa on huomattavasti laajennettu. Lähinnä ylimmän sodanjohdon velvollisuutena on valvoa, että Geneven yleissopimusten ja ensimmäisen lisäpöytäkirjan määräyksiä noudatetaan; ja esimies ei vapaudu valvontavastuusta tietämättömyyden takia, jos olosuhteet olivat sellaiset, että esimiehen olisi pitänyt tietää käskynalaistensa teoista.¹³

Vastuurakenteiden keskikohdassa on Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö. Perussäännön mukaan sotarikokset tarkoittavat Geneven yleissopimusten törkeitä rikoksia, jotka kohdistetaan muun muassa kyseessä

8. Geneven yleissopimukset, SopS 7–8/1955; Geneven yleissopimusten lisäpöytäkirjat, SopS 81–82/1980; Sodan oikeussäännöt, Ulkoasianministeriön julkaisuja 5/2015, s. 7.

9. HE 14/1980 vp, s. 2.

10. Geneven yleissopimusten ensimmäinen lisäpöytäkirja, SopS 82/1980, artikla 48; HE 14/1980 vp, s. 7.

11. Geneven yleissopimusten ensimmäinen lisäpöytäkirja, SopS 82/1980, artikla 51; HE 14/1980 vp, s. 7.

12. HE 289/2014 vp, s. 8.

13. HE 14/1980 vp, s. 3.

olevan Geneven yleissopimuksen määräysten suojeleminen henkilöihin, esimerkiksi harkittu surmaaminen, kidutus tai epäinhimillinen kohtelu, tai harkittu suuren kärsimyksen tai vaikean ruumiillisen vamman aiheuttaminen tai vakava terveyden vahingoittaminen.¹⁴ Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntöön on kirjattu rikosoikeuden yleiset periaatteet, jotka määrittävät vastuun kohdentumisen ja vastuusta vapauttavat seikat. Perussääntöä sovelletaan samalla tavalla kaikkiin henkilöihin virallisesta asemasta riippumatta; ja esimiehen käskynalaisena toimiminen voi vapauttaa vastuusta vain poikkeuksellisissa olosuhteissa sotarikosten osalta.¹⁵ Hyökkäysrikoksen vastuurakenteen osalta voidaan vielä todeta, että Kampalassa hyväksytyyn hyökkäysrikosmäärittelmän mukaan yksilön rikosoikeudellinen vastuu rajoittuu vain kaikkein selkeimpiin kansainvälisen oikeuden vastaisiin hyökkäystekoihin. Valtion vastuu kansainvälisen oikeuden vastaisesta hyökkäysteosta määräytyy puolestaan sitä koskevien kansainvälisoikeudellisten normien mukaisesti.¹⁶

Vanhan roomalaisen sananlaskun mukaan ”lait vaikenevat sodassa”.¹⁷ Lähden tästä liikkeelle ja pohdin teatteri-metaforan kautta, miten hiljaisuus voi heijastua sodan sääntelyyn ja sääntelyn kehitykseen, riippuen missä ja miten sodan lait ”vaikenevat”.

2. Hiljaisuus näyttämöllä

Näyttämöllä on esiintyjät, eli tässä kontekstissa pääroolissa sodan osapuolet ja taistelijat, mutta näyttämöllä on toki muitakin. Sodan laissa määritellään tarkasti siviilien ja taistelijoiden erot sekä oikeus suojeluun eri tilanteissa. Sodan sääntöjä on noudatettava, vaikka toinen osapuoli ei niin tekisikään. Hiljaisuus näyttämöllä on oletettavasti juuri se tilanne, johon yleensä viitataan, jos sanomme että

14. Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntö (SopS 56/2002), artikla 8, Sotarikokset. Artikla on laaja ja määrittelee sotarikokset yksityiskohtaisesti luetellen. Teonkuvauksiin sisältyy toisaalta kiellettyjä sodankäyntitapoja ja taisteluvälineitä, haavoittuneita ja sairaita suojaavan kansainvälisen tunnusmerkin väärinkäyttöä ja muita rikoksia kansainvälisen oikeuden mukaisia sodan lakeja ja tapoja vastaan ja toisaalta rikoksia haavoittuneiden, sairaiden tai hädänalaiseksi joutuneiden, sotavankien ja siviilihenkilöiden turvaamiseksi noudatettavia kansainvälisen oikeuden sääntöjä vastaan. Hallituksen esitys Eduskunnalle Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön hyväksymisestä sekä laeiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja rikoslain muuttamisesta 161/2000 vp, s. 18.

15. HE 161/2000 vp, s. 8.

16. HE 289/2014 vp, s. 7. Katso myös: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001; A/RES/56/83, 28.1.2002.

17. *Silent enim leges inter arma*, Marcus Tullius Cicero, katso esim.: <https://www.iclr.co.uk/knowledge/glossary/silent-enim-leges-inter-arma/> (15.11.2022).

”lait vaikenevat sodassa”. Lait vaikenevat sodan näyttämöllä, jos sodan osapuolet ja taistelijat toimivat sodan sääntöjä vastaisesti, esimerkiksi rikkomalla kansainvälisen humanitaarisen oikeuden sääntöjä.

Hiljaisuus sodan näyttämöllä on valitettavasti usein melko tyypillinen tilanne, varsinkin jos sota ei ehkä suju suunnitelmien mukaan tai toivotulla tavalla. Sääntelynäkökulmasta yksittäiset hiljaisuudet näyttämöllä ovat tietysti ongelma, muttei aina sinänsä vakava ongelma, riippuen tietysti tilanteesta. Jos hiljaisuus kuitenkin heijastuu taustalla oleviin sääntelyrakenteisiin, erityisesti vastuurakenteisiin, tilanne onkin jo vakavampi. Hiljaisuus näyttämöllä voi olla ongelma sääntelynäkökulmasta myös, jos sodan lait sivutetaan toistuvasti ja johdonmukaisesti monessa eri konfliktitilanteissa. Tähän täytyy kuitenkin lisätä, että ihmisen tai ihmisyyden näkökulmasta hiljaisuus näyttämöllä on aina erittäin vakava humanitaarinen tilanne riippumatta siitä, heijastuuko hiljaisuus sääntelyrakenteisiin vai ei. Tästäkin ihmisyyden tai humanitaarisesta näkökulmasta vastuurakenteet ovat kuitenkin myös keskeisessä roolissa.

3. Hiljaisuus lavastuksessa

Lavastus on keinotekoinen järjestely tai esitysympäristö, jonka avulla luodaan esitystä tukeva ympäristö näyttämöllä, eli tässä kontekstissa sodan ympäristö tai sodan keinotekoiset puitteet. Lait vaikenevat sodan lavastuksessa, jos esitetään harhaanjohtavasti, että olosuhteet, eli sodan ympäristö tai sodan puitteet, ovat erilaiset kuin miltä näyttävät ja todellisuudessa ovat – tukien esitystä ja hiljaisuuksia näyttämöllä. Esimerkiksi hyökkäys onkin ”itsepuolustus” tai kohde ei ole ”siviilikohde” tai kyseessä ei ole ”kidutus” vaikka siltä ehkä näyttää...

Hiljaisuus lavastuksessa voi olla ongelma, jos lavastus on niin vakuuttava, että yleisö uskoo, että tämä keinotekoinen esitysympäristö vastaa todellisuutta tai jos yleisö uskoo, että keinotekoiset puitteet ovat kunnossa – lainmukaiset tai ainakin oikeudenmukaiset. Hiljaisuus lavastuksessa voi olla ongelma varsinkin, jos valaistuksella vahvistetaan hiljaisuudet lavastuksessa, eli keinotekoiset harhat näyttämöllä, ja tämä hiljaisuus heijastuu ajan myötä taustalla oleviin sääntelyrakenteisiin, esimerkiksi määritelmiin tai sodan sääntöjen sisältöjen tulkintaan.

4. Hiljaisuus valaistuksessa

Valaistuksella kohdistetaan valoa näyttämölle, jotta yleisö näkee mitä näyttämöllä tapahtuu. Valaistus on tässä kontekstissa esimerkiksi media ja asiantuntijat. Valaistuksella voidaan myös luoda tunnelma, joka tukee esitystä näyttämöllä, esimerkiksi valon sävyllä.

Lait vaikenevat sodan valaistuksessa, jos esimerkiksi mediassa ei näytetä mitä sodan näyttämöllä tapahtuu, tai jos mediassa näytetään vain osa kuvasta ja osa kokonaisuudesta jää valon ulkopuolelle. Lait vaikenevat sodan valaistuksessa myös, jos esimerkiksi asiantuntijat keskittyvät, eli kohdistavat valoa, väärin kohtiin näyttämöllä tai valaisevat sodan seikat ja puitteet tietoisesti tai epätietoisesti harhaanjohtavalla tavalla. Hiljaisuus valaistuksessa voi siis olla ongelma, jos ”valot sammuvat” ja sodan näyttämö on täysin pimeä – silloin yleisön tietoisuus tilanteesta on puutteellinen. Yksittäinen valo ei ole ehkä ratkaiseva, mutta jos kaikki valot sammuvat, niin kyseessä on ”hiljainen sota” ja tilanne on tietysti vakavampi.

Voi myös olla ongelma, jos on liikaa valoa, koska silloin yleisö ei näe tai hahmota kunnolla tai pysty kunnolla seuraamaan, mitä näyttämöllä tapahtuu. Informaatiotulva voi olla tällainen tilanne, varsinkin jos informaatio ja disinformaatio menevät ristiin niin, että yleisön tietoisuus tilanteesta näyttämöllä on kovin ristiriitainen. Liika valo voi siten johtaa informaation ylikuormitukseen, eli tilaan, jossa vastaanotettua informaatiota on niin paljon, että keskeiset seikat jäävät hämäräksi. Hiljaisuus valaistuksessa voi olla ongelma myös, jos valaistus toimii, mutta kohdevalo on väärässä paikassa ja keskeinen kohta tai seikka sodan näyttämöllä on valon ulkopuolella, pimennossa. Hiljaisuus valaistuksessa saattaa olla ongelma myös, jos kohdevalon ”sävy” on harhaanjohtava.

5. Hiljaisuus katsomossa

Katsomo on tässä kontekstissa ensisijaisesti kansainvälinen yhteisö, valtiot ja kansainväliset järjestöt, mutta tietysti myös muun muassa yritykset, yliopistot, yhdistykset, päättäjät, virkamiehet ja kansalaiset. Lait vaikenevat sodan katsomossa, jos yleisö ei reagoi tai jos reagoidaan eri tavalla riippuen esiintyjästä. Sodan lait ovat samat kaikille osapuolille. Joskus annetaan ymmärtää, että toinen valtio on ennen toiminut samalla tavalla ja siksi on sallittua toimia näin – muuten sodan lait eivät ole samat kaikille. Logiikan mukaan yksi väärä plus yksi väärä on kuitenkin kaksi väärää.

Hiljaisuus katsomossa voi mahdollisesti joskus johtua osittain historiasta tai konfliktin taustakuvioista. Onko esimerkiksi esiintyjä, joka on yleensä ”sankarin” roolissa nyt ”roiston” roolissa – tämä ei ehkä ole yleisön mielestä heti yhtä vakuuttava kuin tavallinen roolijako – kunnes uuteen rooliin tottuu. Yleisön reaktioon saattavat toisinaan vaikuttaa myös poliittiset ja taloudelliset kontekstit ja valtioiden keskinäisten suhteiden tila: onko näyttämöllä liittolainen tai läheinen yhteistyökumppani vai vanha vihollinen tai riitaisa vastustaja? Nämä taustakontekstit voivat tietyissä tilanteissa luotsata yleisön reaktiota tiettyyn suuntaan.

Hiljaisuus katsomossa voi olla ongelma sääntelynäkökulmasta, jos yleisö vaikenee tai jos yleisö reagoi eri tavalla riippuen esiintyjistä – etenkin jos tämä erilainen reaktio on johdonmukainen. Tähän täytyy kuitenkin jälleen kerran lisätä, että hiljaisuus katsomossa on aina ongelma ihmisyyden tai humanitaarisesta näkökulmasta, riippumatta mahdollisesta sääntelyvaikutuksesta.

6. Hiljaisuus rakenteissa?

Rakenteet ovat tässä kontekstissa sotateatterin taustalla olevat kansainväliset sääntelyrakenteet. Yksittäinen kriittinen hiljaisuus voi mahdollisesti jo itsessään heijastua taustalla oleviin sodan sääntelyrakenteisiin, mutta *kumulatiivinen* hiljaisuus on kuitenkin vakavampi tilanne – varsinkin jos lait vaikenevat johdonmukaisesti monessa eri muodossa ja paikassa samanaikaisesti ja toistuvasti monessa eri sodassa tai konfliktitilanteissa. Jos hiljaisuudet menevät ristiin tai ovat päällekkäisiä, tai vahvistavat toisiaan, niin hiljaisuus saattaa ajan myötä vaikuttaa esimerkiksi sodan sääntöjen tulkintaan. Hiljaisuudessa saattaa siis piillä tiettyjä vaaroja tai riskejä sodan sääntöjen näkökulmasta, riippuen missä ja miten sodan lait ”vaikenevat”. Varsinkin kumulatiivinen hiljaisuus voi mahdollisesti mennä taustalla oleviin sääntelyrakenteisiin ja näin ollen vaikuttaa sodan sääntöjen kehitykseen.

Jos lait vaikenevat sodassa toistuvasti ja johdonmukaisesti, voiko tämä jopa ajan myötä johtaa siihen, että sodan lait hiljenevät?

Kansainvälisen oikeusjärjestelmän haasteet sotatilanteissa: Venäjän hyökkäyssota Ukrainaa vastaan kansainvälisissä tuomioistuimissa

1. Johdanto

Kansainvälisen oikeuden merkitystä tunnutaan usein mitattavan sillä, miten tehokkaasti kansainväliset tuomioistuimet vastaava kriisi- ja sotatilanteisiin. Tällöin ei voi välttyä siltä johtopäätökseltä, että kansainvälinen tuomioistuin on jotenkin hampaaton – vaikka tosiasiaassa kansainvälinen oikeus vastaa toki paljon muustakin, vaikkapa postin kulkemisesta aina globaalien talouden puitteiden luomiseen. Jos keskitytään valtaviirran tavoin sotatilanteisiin ja tuomioistuimiin, voidaan huomata esimerkiksi, että kansainvälinen tuomioistuin (International Court of Justice, ICJ) on soveltanut YK:n peruskirjan voimankäytön kieltoa vain kerran: *Armed Activities* -tapauksessa Kongon ja Ugandan välillä.¹ Voimankäyttöä koskevaa kansainvälistä tapaoikeuttakin se on soveltanut vain muutaman kerran. *Corfu Channel* -tapauksessa se totesi Yhdistyneen kuningaskunnan miinanraivausoperaation olevan voimankäyttöä, mutta joutui turvautumaan tapaoikeuteen, koska Albania ei ollut vielä YK:n jäsen.² *Nicaragua*-tapauksessa se sovelsi tapaoikeutta johtuen Yhdysvaltojen erikoisesta, YK:n peruskirjan tapauksessa poissulkeneesta varaumasta.³ Kun Kansainvälinen tuomioistuin totesi Yhdysvaltojen käyttäneen voimaa Nicaraguua vastaan, Yhdysvallat vastasi vetämällä kokonaan pois aiemmin varauman sisältäneen, tuomioistuimen toimivallan hyväksyneen julistuksensa. Näin ollen, kun Yhdysvallat myöhemmin hyökkäsi iranilaisia öljynporauslauttoja vastaan yhdysvaltalaisen aluksen osuttua miinaan, Iranin ainoa mahdollisuus oli turvautua sen ja Yhdysvaltojen väliseen kahdensivuliseen sopimukseen, joka sisälsi Kansainvälisen tuomioistuimen toi-

* Ukri Soirila, OTT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto. Kirjoitus perustuu Oikeuskulttuurin päivässä 11.11.2022 pidettyyn esitelmään.

1. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Merits, Judgment of 19 December 2005, ICJ Reports 2005, s. 168.
2. *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Merits, Judgment of 9 April 1949, ICJ Reports 1949, s. 4.
3. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1986, s. 14.

mivallan aktivoivan lausekkeen sekä voimankäytön sopimusvaltioiden välisissä suhteissa kieltävän artiklan.⁴

Vielä paljon useammin Kansainvälinen tuomioistuin ei pääse lausumaan mitään voimankäytöstä, koska sillä ei ole lainkaan toimivaltaa. Näin uhkaa käydä nyt esimerkiksi Syyriassa, vaikka viime aikoina jotkut maat, kuten Saksa ovatkin pyrkineet vastaamaan tilanteeseen kansallisten oikeusjärjestelmiensä avulla. Kansallisten tuomioistuinten lisäksi sotaan liittyviä kansainvälisen oikeuden loukkauksia päästään välillä käsittelemään ihmisoikeustuomioistuimissa ja kansainvälisissä rikostuomioistuimissa. Nämäkin tapaukset ovat kuitenkin suhteellisen harvinaisia suhteessa siihen miten valitettavan yleistä voimankäyttö on erilaisissa konfliktitilanteissa.

Tuomioistuinten vaikeuksien taustalla on tietysti se kansainvälisen oikeuden peruslähtökohta, että kansainvälisten tuomioistuinten toimivalta – kuten suurin osa kansainvälistä oikeutta muutenkin – perustuu valtioiden suostumukseen. Täten ei ole olemassa mitään sellaista tuomioistuinta, joka pystyisi automaattisesti käsittelemään minkä tahansa kansainvälistä oikeutta koskevan kysymyksen.

Tässä lyhyessä katsauksessa, joka on kirjoitettu puheeksi Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Oikeuskulttuurin päivän Sodan lait -seminaaria varten, avaan hieman lisää sotaan liittyviä haasteita kansainvälisissä tuomioistuimissa käyttäen esimerkkinä Venäjän käynnissä olevaa hyökkäyssotaa Ukrainassa. Tällä hetkellä hyökkäyssotaa koskevia tapauksia on vireillä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimissa (EIT), Kansainvälisessä rikostuomioistuimissa (International Criminal Court, ICC) ja Kansainvälisessä tuomioistuimissa. Tarjoan lyhyen kuvauksen näistä tapauksista ja pyrin osoittamaan, että niissä joudutaan välttämättä kehystämään konflikti hyvin spesifeillä tavoilla.

2. Ukrainan kanne Venäjää vastaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa on vireillä Ukrainan kanne, jossa se syyttää Venäjää sen sotilaisen toteuttamista ”massiivisista ihmisoikeusloukkauksista Ukrainan alueella”.⁵ Suurin osa Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 63/1999, EIS) jäsenvaltioista, mukaan lukien Suomi, on pyytänyt EIT:lta lupaa tehdä kolmannen osapuolen sivuväliintulo tapauksessa ja tukea näin Ukrainaa. Lisäksi ukrainalaiset yksityishenkilöt ovat myös nostaneet kanteita Venäjää vas-

4. Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Merits, Judgment of 6 November 2003, ICJ Reports 2003, s. 161.

5. Ukraine v. Russia (X), no. 11055/22.

taan EIT:ssa, väittäen Venäjän rikkoneen heidän ihmisoikeuksiaan. Venäjä on toki sittemmin eronnut EIS:sta, mutta EIT:lla on kuitenkin vielä EIS:n 58(2) artiklan nojalla toimivalta käsitellä tapaukset, jotka nostettiin ennen kuin eroon liittynyt määräaika kului umpeen syyskuussa.

Yksi hankaluus sotiin liittyvissä ihmisoikeustapauksissa on, että valtiot ovat ihmisoikeussopimusten perusteella vastuussa toimistaan vain omalla alueellaan tai kun yksilö on niiden toimivallan alainen. On toki yleisesti hyväksyttyä, että vallatun alueen asukkaat ovat valtaajan toimivallan alaisia. Mutta on selvästi epäselvempää, pätekö sama varsinaisen hyökkäyksen aikana tehtyihin tekoihin, tai varsinkaan pommituksiin tai tykistötuleen vihollisen alueelle. Hiljattain EIT päätti *Georgia v. Russia (II)* -tuomiossaan, että tykistötulen kohteeksi toisen valtion alueella joutuneet henkilöt eivät olleet hyökkääjän toimivallan alaisia.⁶ Tuomariäänet jakautuivat kuitenkin lähes tasan, joten voi olla, että tuomioistuin arvioi uudelleen kantaansa Ukrainan tapauksen yhteydessä. Ainakin EIT on jo kansainvälisen tuomioistuimen tavoin antanut väliaikaisia turvaamistoimia koskevan päätöksen, jossa se käskää Venäjää jäädyttämään siviileihin kohdistuvat sotatoimensa, kunnes EIT on ehtinyt päättämään tapauksen.⁷ On tosin hiukan ironista, että monet Ukrainan suurimmista tukijoista, kuten Yhdysvallat ja Iso-Britannia, ovat aiemmin vastustaneet kiivaasti ihmisoikeuksien alueen ulkopuolista soveltamista – Yhdysvallat toki vain YK:n alaisten ihmisoikeussopimusten kontekstissa.

Toiseksi Ukrainan tapaus EIT:ssa sisältää mielenkiintoisia mahdollisuuksia, mutta myös haasteita liittyen ihmisoikeuksien ja humanitaarisen oikeuden suhteeseen, eli ihmisoikeuksien toteutumiseen sotatilanteissa. Ei olekaan siis kovin yllättävää, että myös Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights on päättänyt tehdä kolmannen osapuolen sivuväliintulon tapauksessa. Ainakin toistaiseksi EIT on valitettavasti vaikuttanut hieman kömpelöltä, kun se on joutunut käsittelemään tapauksia, jotka liittyvät humanitaariseen oikeuteen – mikä ei tietenkään ole yllättävää, sillä se on erikoistunut tulkitsemaan Euroopan ihmisoikeussopimusta, eikä hyvin teknistä humanitaarista oikeutta, joka on kehittynyt pitkälti erillään ihmisoikeuksista.⁸

Kolmanneksi EIT ei valitettavasti voi lähtökohtaisesti sanoa mitään siitä kysymyksestä, johon Ukraina varmasti toivoisi kaikkein kipeimmin ratkaisua, eli Venäjän hyökkäyssodan laittomuudesta sinänsä. Sen sijaan tuomion tai tuo-

6. *Georgia v. Russia (II)* (suuri jaosto), no. 38263/08, 21.1.2021. EIT katsoi, että Venäjä oli kuitenkin syyllistynyt ihmisoikeusloukkauksiin niillä alueilla, jotka se oli vallannut.

7. The European Court grants urgent interim measures in application concerning Russian military operations on Ukrainian territory, Press Release Issued by the Registrar of the Court, ECHR 068 (2022), 1.3.2022.

8. Andrea Gioia, *The Role of the European Court of Human Rights in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict*, s. 201–249 teoksessa Orna Ben-Naftali (ed), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*. Oxford University Press 2011.

mioiden täytyy lähtökohtaisesti keskittyä yksittäisiin ihmisoikeusrikkomuksiin ja sodan olemassaolo on vain tapauksen taustaseikka. Tosin tuomari Helen Keller totesi erillisessä lausunnossaan *Georgia v. Russia (II)* -tuomioissa, että EIT:n on valmistauduttava siihen, että sen tulee ehkä tulevaisuudessa soveltaa myös voimankäytön oikeussääntöjä,⁹ ja YK:n ihmisoikeuskomitea on myös todennut valmiutensa tehdä samoin.¹⁰ Voi siis olla, että Ukrainan tapaus tuo tältäkin osin mukanaan uusia oikeudellisia innovaatioita.

3. Ukrainan tilanteeseen liittyvä tutkinta Kansainvälisessä rikostuomioistuimessa

Ukrainan tilanne on tutkinnassa myös Kansainvälisessä tuomioistuimessa ICC:ssa.¹¹ Tutkinnasta mahdollisesti syntyviä tapauksia hankaloittaa se seikka, että Venäjä ja Ukraina eivät kumpikaan ole Rooman perussäännön (SopS 56/2002) sopimusosapuolia. Tällaisissa tilanteissa pääasiallinen keino saada tapaus ICC:n käsiteltäväksi on YK:n turvallisuusneuvoston kautta;¹² mikä ei tietenkään ole mahdollista tässä tapauksessa, koska Venäjällä on turvallisuusneuvostossa *veto*-oikeus. Tämä ei kuitenkaan ole tällä kertaa ylitsepäsemätön ongelma, sillä Ukraina on hyväksynyt ICC:n toimivallan tutkia ja mahdollisesti syyttää sen alueella tapahtuneita sotarikoksia ja ICC:lla on siis toimivalta Rooman perussäännön alueperiaatteen nojalla.¹³ Lisäksi suuri määrä Rooman perussäännön jäsenmaita on tuonut tilanteen ICC:n tietoon, mikä edelleen lisää tutkinnan legitimitettä.¹⁴

Myöskään ICC:n toimivalta ei kuitenkaan ulotu Venäjän valtionhallinnon päätökseen aloittaa hyökkäyssota. Muun muassa Ison-Britannian vahvasti lobbaamana on nimittäin aikanaan päätetty, että ICC:lla on toimivalta tutkia hyökkäysrikosta vain, jos tutkinnan kohteena oleva maa on itse Rooman perussään-

9. Concurring Opinion of Judge Keller, *Georgia v. Russia (II)* (suuri jaosto), no. 38263/08, 21.1.2021.

10. United Nations Human Rights Committee, General Comment no. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life (GC 36), UN Doc. CCPR/C/GC/36, 30.10.2018. Ks. myös Eliav Lieblich, *The Humanization of Jus Ad Bellum: Prospects and Perils*. *European Journal of International Law* 32(2) 2021, s. 579–612.

11. *Situation in Ukraine*, ICC-01/22.

12. Rooman perussääntö (SopS 56/2002), Art. 13(1)(b).

13. Rooman perussääntö Art. 12(2)(a)

14. Rooman perussääntö Art. 14.

nön jäsen ja on ratifioinut niin kutsutut Kampalan tarkistukset.¹⁵ Venäjä ei ole tehnyt kumpaakaan.

Lisäksi Venäjän armeijan ylintä johtoa on käytännössä hankala syyttää sotarikoksista ja rikoksista ihmisyyttä vastaan – vaikka ICC:lla siihen edellä mainituin perustein onkin Ukrainan tilanteessa toimivalta – koska pitäisi pystyä osoittamaan, että upseerit joko käskivät sotilaita ryhtymään sotarikoksiin tai rikoksiin ihmisyyttä vastaan, tai tiesivät niihin ryhtyttävän, eivätkä pyrkineet torjumaan niitä.¹⁶ Tuomioistuimen on myös vaikea saada nämä henkilöt käsiinsä tai saada luotettavaa todistusaineistoa heidän toimistaan.

Viimeiseksi ICC:n mahdollisia tuomioita rajoittaa myös se, että läheskään kaikki humanitaarisen oikeuden eli sodan oikeussääntöjen rikkomukset eivät ole Rooman perussäännön tarkoittamia rikoksia. Yksi esimerkki on vaikkapa sotavankien käyttäminen erilaisiin propagandatarkoituksiin, mihin sekä Venäjä että Ukraina vaikuttavat syylistyneen.

4. Ukrainan kanne Venäjää vastaan Kansainvälisessä tuomioistuimessa

Kansainvälisellä tuomioistuimella ICJ:lla olisi teoriassa laajin toimivalta käsitellä Ukrainan tapaukseen liittyviä kansainvälisen oikeuden rikkomuksia, sillä se voi teoriassa päättää minkä tahansa valtioiden välisen kansainvälisoikeudellisen kiistan. Valtioiden on kuitenkin jälleen ensin hyväksyttävä ICJ:n toimivalta. Ne voivat tehdä sen kolmella tavalla. Tapauksen osapuolet voivat ensinnäkin yhdessä tuoda tapauksen ICJ:n käsiteltäväksi erityissopimuksella.¹⁷ Tämä ei kuitenkaan tietenkään ole Ukrainan sodan tapauksessa mahdollista, sillä Venäjä ei siihen suostu. Toiseksi tuomioistuimella on toimivalta käsitellä sellaiset tapaukset, joiden molemmat osapuolet ovat jättäneet ICJ:lle julistuksen, jolla ne hyväksyvät sen toimivallan kaikissa kiistoissa, jotka niillä on toisten vastaavan julistuksen antaneiden valtioiden kanssa.¹⁸ Venäjä tai Ukraina eivät kuitenkaan kumpikaan ole jättäneet tällaista julistusta.

15. Dapo Akande – Antonios Tzanakopoulos, *Treaty Law and ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression*. *European Journal of International Law* 29(3) 2018, s. 939-959.

16. Miles Jackson, *Causation and the Legal Character of Command Responsibility after Bemba at the International Criminal Court*. *Journal of International Criminal Justice* 20(2) 2022, s. 437–458.

17. Kansainvälisen tuomioistuimen perussääntö (osa YK:n peruskirjaa, SopS 1/1956), Art. 36(1).

18. Kansainvälisen tuomioistuimen perussääntö, Art. 36(2).

Ainoa mahdollisuus Ukrainalle tuoda tapaus on siis kolmas tapa, jossa on kyse siitä, että ICJ:lla on oikeus käsitellä kiista, jos se koskee sellaisen sopimuksen tulkintaa ja soveltamista, joka sisältää kansainvälisen tuomioistuimen toimivallan aktivoivan lausekkeen.¹⁹ Ukraina käytti tätä keinoa jo Krimin valtauksen yhteydessä, kun se nosti tapauksen Venäjää vastaan rotusyrjinnän vastaisen sopimuksen (SopS 37/1970) ja terrorismin rahoittamisen vastaisen sopimuksen (SopS 74/2002) nojalla.²⁰ Tällä kertaa vuorossa on joukkotuhonnan vastainen yleissopimus (SopS 5/1960), jonka IX artikla sisältää ICJ:n toimivallan aktivoivan lausekkeen.²¹

Kansainvälisen tuomioistuimen toimivallan aktivoiminen tällä kolmannella tavalla tarkoittaa kuitenkin sitä, että tuomioistuimella on toimivalta käsitellä vain kyseisen sopimuksen tulkintaa ja soveltamista. Tämä tietysti asettaa tapaukselle merkittäviä rajoitteita. Ukrainan kanne perustuu siihen seikkaan, että Venäjä yritti alun perin oikeuttaa hyökkäyssotansa väitteillä Ukrainassa muka käynnissä olevasta joukkotuhonnasta (vaikkakin se viittasi yhtä epäselvästi myös itsepuolustukseen ja on sittemmin väittänyt, että sen viittaukset joukkotuhontaan perustuivat tapaoikeuteen, eivätkä joukkotuhonnan vastaiseen yleissopimukseen). Kanne ei ole mutkaton. Joukkotuhonnan vastainen yleissopimus ei sano mitään perusteettomista joukkotuhontaväitteistä, eikä juuri mitään voimankäytöstä, vaan keskittyy asettamaan valtioille velvoitteita estää joukkotuhontaa ja tutkia ja syyttää siihen liittyviä tapauksia. Ei siis ole mitenkään selvää, että Venäjän kiistattomasti kansainvälisen oikeuden vastainen hyökkäyssota rikkoo juuri joukkotuhonnan vastaista yleissopimusta.

Ukraina on pyrkinyt kiertämään nämä ongelmat perustamalla kanteensa sille argumentille, että Venäjä on tulkinut joukkotuhonnan vastaista sopimusta vilpillisessä tarkoituksessa ja on oikeuttamalla voimakäyttönsä paikkansapitämättömillä väitteillä joukkotuhonnasta syyllistynyt oikeuksiensa väärinkäyttöön ja rikkonut sopimuksen tavoitetta ja tarkoitusta (joiden Ukraina katsoo sopimuksen johdannon perusteella olevan paitsi joukkotuhonnan torjuminen ja rankaiseminen myös rauhan ylläpitäminen YK:n hengen ja päämäärien mukaisesti). Juuri tämä voimankäyttö on myös rikkonut Ukrainan mukaan sen sopimusoikeuksia. Ukrainan mukaan mikään joukkotuhonnan vastaisessa so-

19. Kansainvälisen tuomioistuimen perussääntö, Art. 36(1).

20. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation). Tapauksen viimeisimmät vaiheet löytyvät osoitteesta <https://www.icj-cij.org/en/case/166>.

21. Sivuhuomiona todettakoon, että Alankomaat ja Kanada saattavat käyttää samaa keinoa kidutuksen vastaisen sopimuksen (SopS 60/1989) suhteen Syyriaa vastaan. Ks. UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Accountability in Syria under the Convention against Torture: The Joint Canada/Netherlands' Initiative – December 2021, <https://reliefweb.int/report/syrian-arab-republic/accountability-syria-under-convention-against-torture-joint-canadanetherlands-initiative-december-2021-enar>.

pimuksessa ei voi oikeuttaa toisen sopimusosapuolen alueellisen koskemattomuuden rikkomusta, vaan siinäkin tapauksessa, että Venäjällä olisi oikeasti ollut syytä epäillä joukkotuhontaa, sen olisi pitänyt pyytää oikeutta voimankäyttöön YK:lta, tai nostaa kanne Ukrainaa vastaan Kansainvälisessä tuomioistuimessa.²²

Vaikka Ukrainan kanne on oikeusteknisesti hankala, on se kuitenkin vakuuttanut ICJ:n toistaiseksi ainakin siinä määrin, että ICJ on EIT:n tavoin suostunut asettamaan väliaikaisia turvaamistoimia, jotka määräävät Venäjää lopettamaan kaikki sotatoimensa.²³ Tätä varten ICJ:n täytyi päättää, että sillä on *prima facie* toimivalta käsitellä tapaus ja että on ainakin *mahdollista*, että Venäjä on rikkonut Ukrainan oikeuksia joukkotuhonnan vastaisen yleissopimuksen alla.²⁴ Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että tuomioistuin välttämättä päättäisi myös varsinaisessa käsittelyssä omaavansa toimivallan, sillä kynnys *prima facie* toimivallan toteamiseen on selvästi matalampi. Tuomari Bennouna kertoiikin turvaamistoimipäätöksen erillisessä mielipiteessään äänestäneensä väliaikaisten turvaamistoimien puolesta, koska oli liikuttunut ukrainalaisten kärsimyksestä ja koki tarpeelliseksi yrittää lopettaa sodan. Hän kuitenkin lisäsi, ettei ole vakuuttunut, että joukkotuhonnan vastainen sopimus sisältää sellaisia oikeuksia, joihin Ukraina vetoaa, eikä välttämättä tule äänestämään toimivallan puolesta enää varisnaisessa käsittelyssä.²⁵ Useat valtiot – jälleen myös Suomi – ovat kuitenkin pyytäneet tässäkin tapauksessa lupaa kolmannen osapuolen sivuväliintuloon, aikeenaan tukea Ukrainan kannetta.

5. Lopuksi

Vaikka kansainvälisillä tuomioistuimilla voi olla tärkeä rooli konfliktitilanteissa, mukaan lukien Ukrainan sodassa, edellä käsitellyt tapaukset osoittavat, että tuorooli on välttämättä rajallinen ja voi kattaa vain suhteellisen pienen määrän rikkomuksia, rikoksia ja henkilöitä. Enemmän vaatiminen asettaisi tuomiois-

22. Ks. lisää Ukri Soirila, Joukkotuhontasyytteistä, väliaikaisista turvaamistoimista ja kaksiteräisistä miekoista: Ukrainan kanne Venäjää vastaan Kansainvälisessä tuomioistuimessa. *Defensor Legis* 1,5/2022, s. 340–346.

23. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Request for the indication of provisional measures, Order of 16 March 2022.

24. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, s. 9.

25. Declaration of Judge Bennouna, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Request for the indication of provisional measures, Order of 16 March 2022.

tuimille odotuksia, joihin niitä ei ole suunniteltu vastaamaan. Saatuaan ripeät päätökset väliaikaisista turvaamistoimista ja muiden valtioiden valtaisan tuen, Ukraina lieneekin jo saanut tuomioistuimista jo irti suurin piirtein niin paljon kuin se uskalsi odottaa – vaikkakin varsinkin ICJ:n tapaukseen liittyy Ukrainan kannalta myös riskejä, sillä se joutuu IC:n rajallisesta toimivallasta johtuen keskittymään oikeudellisiin kysymyksiin, jotka eivät ole sille kovinkaan edullisia, ja Venäjä saattaa saada pienistäkin oikeudellisista voitoista ammuksia informaatio-osodankäyntiin niissä maailman kolkissa, joissa sillä on vielä vaikutusvaltaa ja joissa tapauksia ei seurata suurennuslasin avulla.²⁶

Koska kansainvälisillä tuomioistuimilla on rajallinen toimivalta, eikä niillä ole keinoa valvoa tuomioidensa toimeenpanoa (Venäjäkään ei tietenkään ole lopettanut hyökkäyssotaansa, vaikka EIT ja ICJ ovat niin vaatineet) jää paljon vastuuta väkisin niin kutsutun ”kansainvälisen yhteisön” harteille. Varsinkin länsimaat ovatkin reagoineet Ukrainan tilanteeseen poikkeuksellisen ripeästi Ukrainan poliittisen, aseellisen ja taloudellisen tuen muodossa sekä Venäjälle asetetuin pakottein; vaikkakin pakotteista voi olla montaa mieltä niin moraalisesesta, oikeudellisesta ja kuin käytännöllisestäkin näkökulmasta. Monien Ukrainan äänekkäimpien tukijoiden osalta ongelmana on kuitenkin, että siinä määrin, kun ne tukeutuvat toimissaan kansainväliseen oikeuteen, ne näyttävät väkisin hieman tekopyhinä, mistä parhaina esimerkkeinä toimivat Yhdysvaltojen yhtäkkinen tuki kansainväliselle rikostuomioistuimelle ja tiettyjen valtioiden yhtä yhtäkkinen suunnanmuutos ihmisoikeuksien alueen ulkopuolisen soveltamisen ja hyökkäysrikoksen syyttämisen suhteen; puhumattakaan siitä, että esimerkiksi Irakin sota tai Guantánamon leiriä ei ole merkittävästi Venäjän hyökkäystä helpompaa perustella kansainvälisoikeudellisesti. Ei myöskään voi olla välttämättä siltä ajatukselta, että monien globaalien etelän valtioiden passiivisuus on ainakin osittain vastaus tähän tekopyhyyteen ja toisaalta seuraus niistä suurvaltojen kansainvälisen oikeuden avustuksella luomista materiaalisista rakenteista, jotka estävät köyhimpiä valtioita ottamasta kantaa mihinkään seikkoihin, jotka voi vaarantaa niiden kansainväliset suhteet ja siten niiden kansalaisten toimeentulon.²⁷

Mutta toisaalta on hyvä muistaa, että vaikka sotatilanteet ovatkin aina olleet yksi kansainvälisen oikeuden suurimmista kompastuskivistä, ovat ne myös toimineet uutta luovina, tai ainakin energiaa tuottavina dynamoina.²⁸ Toivottavasti siis Ukrainan tapauskin tuottaa uusia oikeudellisia innovaatioita. Tähän mennessä eniten tukea on saanut melko ennalta-arvattava ehdotus, eli Ukrainan

26. Ks. Soirila 2022.

27. Alonso Gurmendi, Tracking State Reactions to Russia’s Invasion of Ukraine: A Resource for Research. *Opinio Juris Blog*, 4.3.2022, <http://opiniojuris.org/2022/03/04/tracking-state-reactions-to-russias-invasion-of-ukraine-a-resource-for-research/>.

28. Hilary Charlesworth, *International Law: A Discipline of Crisis*. *The Modern Law Review* 65(3) 2002, s. 377–392.

sotaa koskevan erityistuomioistuimen perustaminen. Tämä perinteinen ratkaisuakin olisi tosin tällä kertaa merkittävä ennakkotapaus, sillä erityistuomioistuimen perustaisi monien ehdotusten mukaan turvallisuusneuvoston sijaan YK:n yleiskokous, joka ei ole aiemmin perustanut tuomioistuinta, ja jonka toimivalta tehdä niin on toistaiseksi epäselvä. Jos yleiskokous kuitenkin katsoisi siltä löytyvän kyseinen toimivalta, avaisi se ehkäpä mahdollisuuden vastata oikeudellisesti myös Syyrian lohduttomaan tilanteeseen.

Tutkijan ja tuomarin tiedonintressien sekä sääntelykohteen intressien jännitteitä osakeyhtiöoikeudessa

1. Tuomarinideologia ja tutkijanideologia

Tuomioistuinten ja tuomarien riippumattomuus ovat länsimaisen oikeusvaltion keskeisiä elementtejä. Yhtäältä ne kytkeytyvät jo *Charles-Louis de Secondat de Montesquieun* 1700-luvulla Ranskassa esittämiin ajatuksiin palautettavissa olevaan valtiosääntöoikeudelliseen vallanjaon periaatteeseen^{1,2}. Toisaalta ne liittyvät olennaisesti oikeusturvaa ja oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeviin oikeuksiin, jotka on turvattu niin ihmisoikeutena Euroopan ihmisoikeussopimuksessa³ kuin perusoikeutena Suomen perustuslain perusoikeusjärjestelmässään^{4,5}.

Tuomarin riippumattomuus sisältää yhtäältä sisäisen riippumattomuuden tuomioistuinlaitosorganisaation sisällä ja toisaalta ulkoisen riippumattomuuden suhteessa kaikenlaiseen tuomioistuinlaitoksen ulkopuolisten tahojen vaikutukseen, jonka ei tule vaikuttaa tuomarin ratkaisuharkintaan⁶. Tuomarin riippumattomuuden sisarkäsitteenä esiintyy puolueettomuus, jolla on voitu viitata irrallisuuteen käsiteltävästä asiasta sekä ennakkoluulojen puuttumiseen. Puolueettomuutta on luonnehdittu eräänlaiseksi mielentilaksi, jossa tuomari kykenee toimimaan mahdollisimman objektiivisesti vapaana subjektiivisista

* Juhani Laine, OTT, VT.

1. Perinteinen lähtökohta vallan kolmijaosta lainsäädäntö-, toimeenpano- ja tuomiovalttaan on ollut osa Suomen valtiosääntöoikeutta käytännössä koko itsenäisyyden ajan. Se ilmeni Suomen Hallitusmuodon (94/1919) 2 §:stä ja on otettu Suomen perustuslain (731/1999, PeL) 3 §:ään. Täysin puhtaassa muodossa vallanjakoa ei tosin ole pyritty toteuttamaan. Ks. HE 1/1998 vp uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi, s. 75.
2. Ks. esim. Paavo Alkio, Tuomarin riippumattomuudesta. Lakimies 1960, s. 463–472, s. 463; Aulis Aarnio, Oikeutta etsimässä. Erään matkan kuvaus. Talentum 2014, s. 283–284; Riikka Koulu – Risto Koulu – Sanna Koulu, Tuomarin roolit tuomioistuimissa. Alma Talent 2019, s. 118.
3. Ks. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artikla.
4. Ks. PeL 21 §. Edelleen niin sanotun tavallisen lain tasolla tuomioistuinten ja tuomarin riippumattomuudesta on säädetty tarkemmin tuomioistuinlain (673/2016, TIL) 1 luvun 3 §:n 2 momentissa ja 6 §:n 1 momentissa.
5. Ks. HE 1/1998 vp, s. 76; HE 7/2016 vp tuomioistuinlaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi, s. 67.
6. Ks. jaottelusta esim. HE 7/2016 vp, s. 69; Koulu – Koulu – Koulu 2019, s. 126–129.

arvostuksista^{7,8} Riippumattomuuden ja puolueettomuuden suhdetta on pyritty määrittelemään jossakin määrin eri tavoin kansallisen ja kansainvälisen tason *soft law* -tyyppisissä suosituksissa.⁹

Tuomarin asemaan riippumattomana ja puolueettomana lainkäyttäjänä kytkeytyvät myös tuomarikunnan noudattamat oikeuslähde- ja laintulkintaopilliset sitoumukset, tanskalaisen *Alf Rossin* termein tuomarinideologia¹⁰. Vaikka on todettu, että oikeuslähdeoppi sellaisenaan ei sisälly lainsäädäntöön¹¹, tuomarin oikeuslähdeopin lähtökohdat ovat palautettavissa voimassa olevaan lakiin¹². Voidaan väittää suomalaisen tuomarinideologian nykyisinkin pitkälti rakentuvan pohjoismaiselle *Aulis Aarnion* ja *Aleksander Peczenikin* esittämälle oikeuslähdeopin mallille, jossa oikeuslähteet on jaettu kolmeen ryhmään velvoittavuutensa asteen perusteella¹³. Alkuperäiseen esittämisajankohtaansa nähden malliin sisäl-

7. Alkio 1960, s. 469, havainnollisti asiaa: ”Objektiivinen viileys on se puoli tuomarin psyykeä, joka maallikon on vaikeinta ymmärtää. Tuomarin asenteella ei sanottavasti voiteta ystäviä ...”.

8. Ks. Alkio 1960, s. 469; Koulu – Koulu 2019, s. 121–122.

9. Mainittakoon Suomen tuomariliitto ry:n tuomarin eettiset periaatteet, Euroopan neuvoston yhteydessä toimivan eurooppalaisten tuomarien neuvottelukunnan (Consultative Council of European Judges) ”Magna Carta of Judges” ja Yhdistyneiden kansakuntien rikostorjuntayksikön ”The Bangalore Principles of Judicial Conduct”.

10. Ks. Alf Ross, Om ret og retfærdighet. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. 2. oplag. Arnold Busck 1966, s. 56–57; ks. myös esim. Raimo Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004, s. 190–191.

11. Esim. Ari Hirvonen, Oikeuden ja lainkäytön teoria. Forum Juris 2012, s. 152.

12. TIL 9 luvun 1 §:n 1 momentin mukaan tuomari käyttää tuomiovaltaa itsenäisesti ja on tässä toiminnassa sidottu vain lakiin. Tällä ei kuitenkaan ole ymmärrettävää, että kaikki muut oikeuslähteet kuin laki olisivat lainkäyttäjän näkökulmasta ”samalla viivalla”, vrt. toisin tutkijan kannalta Pekka Timonen, Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi. Oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua. Lakimies 1989, s. 666–688, s. 685. Oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) ja oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain (808/2019) muutoksenhakua koskevista säännöksistä on nähtävissä erityisesti korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytännön ohjaava merkitys oikeuslähteenä. TIL:n voimaantulon myötä lainsäädännöstämme jäi kuitenkin pois aiemmin OK 1 luvun 11 §:ssä ollut ohje ”tarkoin tutkia lain oikeata tarkoitusta ja perustusta”. TIL:n voimaantuloa edeltäneen OK 1 luvun 11 §:n oli perinteisesti katsottu lain tasolla osoittaneen lainvalmisteluaineiston asemaa oikeuslähteenä, ks. esim. Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria. Werner Söderström 1989, s. 225. Ylimpien tuomioistuinten ratkaisukäytännössä on kuitenkin edelleen TIL:n voimassaoloaikana vahvistettu lainvalmisteluaineiston merkitys ohjaavana oikeuslähteenä, jonka sivuuttaminen on perusteltava, ks. esim. KKO 2020:2, kohta 24. Voidaan myös kiinnittää huomiota siihen, että jo ennen TIL:n säätämistä niin lainvalmisteluaineiston kuin ylimpien tuomioistuinten ratkaisujen erityistä oikeuslähdearvoa perusteltiin myös sisällöllisin argumentein, ks. esim. Aarnio 1989, s. 227–228 ja s. 231–232; Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 258–268.

13. Mallin perinteisinä esityksinä ks. esim. Aarnio 1989, s. 220–221; Aleksander Peczenik, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Norstedts Juridik 1995, s. 213–218.

tyvä aines toki on meillä rikastunut muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen voimaansaattamisen ja Euroopan unioniin liittymisen myötä¹⁴.

Tuomarin tosiasiallinen mahdollisuus objektiiviseen oikeuslähteiden hyödyntämiseen ja tulkintaan on toisaalta ajoittain pyritty kiistämään¹⁵. Sitä koskevasta vaatimuksesta luopuminen kuitenkin tekisi tuomioistuinlaitoksen ja yksittäisten tuomarien riippumattomuutta koskevan länsimaisen perusratkaisun käytännössä tyhjäksi. Tuomarien tosiasiallisen puolueettomuuden ja objektiivisuuden kiistäminen saattaa myös esiintyä sellaisten poliittisten suuntausten argumenttina, joiden tavoitteena on tuomioistuinlaitoksen riippumattomuuden kaventaminen¹⁶. Voitaisiin katsoa, että vaatimusta objektiiviseen asenteeseen olisi pidettävä osana tuomarilta tämän itsenäisen aseman vastapainona edellytettävää vastuullisuutta¹⁷.

Tutkijan oikeuslähte- ja laintulkintaoppi voi *Pekka Timosen* esittämän tavoin poiketa tuomarin noudattamasta¹⁸. Lainopillinen tutkimus voi sinänsä sitoutua ja usein sitoutuukin tuomarikunnan hyväksymään oikeuslähte- ja laintulkintaoppiin, jolloin on *Raimo Siltalan* esittämän termein kyse ”vallitsevasta” lainopista.¹⁹ Tällaisen tutkimuksen voidaan väittää pyrkivän tuomarinideologialle ominaiseen puolueettomuuteen ja objektiivisuuteen. Tyypillisessä lainopillisessa tutkimuksessa tämä on ikään kuin hiljaisesti hyväksytty taustaoletus, jota ei erikseen tuoda esille. Vallitsevaa lainoppia edustava tutkimus määrittelee itsensä yleensä yksinkertaisesti vain lainopilliseksi ilman määrittelyä suhteessa juuri tuomarin oikeuslähteoppiin. Sidos tuomarinideologiaan tulee esille lähinnä lainopin teoriaa koskevissa puheenvuoroissa, jotka painottavat lainopin käytännöllistä tehtävää tuottaa perusteltuja tulkinta- ja systematisointikannanottoja apuvälineeksi lainkäytössä²⁰.

14. Aarniolais-peczenikläisen oikeuslähteopin kritiikistä mm. sen väitetyn vanhentumisen osalta ks. esim. Siltala 2004, s. 376–377. Kritiikkiin vastaamisesta ja mallin ajantasaisistamisesta ks. Aarnio 2014, s. 216–218, s. 222–223 ja s. 229–256.

15. Klassisena esimerkkinä tästä ovat 1900-luvun alun amerikkalaisen oikeusrealismin jyrkimmät muodot, joissa huomio kiinnittyi tuomarin yksilöllisiin motiiveihin, ideologisiin mieltymyksiin ja psykologisiin torjuntoihin, ks. tästä esim. Siltala 2004, s. 187

16. Esim. 1970-luvun Suomessa esiintyi ylimmän valtiojohdon nimissä esitettyjä kannanottoja sekä lainvalmistelua myöten tämänsuuntaisesti perusteltuja vaatimuksia tuomioistuinten riippumattomuuden heikentämisestä ja niiden saattamisesta riippuvaisiksi poliittisista orgaaneista, ks. Kansanvallasta ja sen toteutumisesta lainkäytössä. 70-vuotiaan Urho Kaleva Kekkosen ajatuksia ajankohtaisista kysymyksistä. Lakimies 1970, s. I–XXI, s. XV–XVII ja s. XX–XXI; Toimikunnan mietintö 1971: B 112. Oikeuslaitostoimikunnan mietintö, s. 3–4, s. 14, s. 16–20, s. 40–41, s. 72–78, s. 84–85, s. 87–90 ja s. 125–127.

17. Riippumattomuuden vastapainona on nähty vastuunalaisuus laajemmassa kuin vain rikos- tai vahingonkorvausoikeudellisen vastuun merkityksessä, ks. Koulu – Koulu – Koulu 2019, s. 118 ss.

18. Ks. Timonen 1989, *passim*.

19. Siltala 2003, s. 108–109, s. 130–131 ja s. 921.

20. Esim. Aarnio 1989, s. 57.

Oikeustieteen harjoittajan mahdollisuus tulkita oikeuslähteitä objektiivisesti on ollut kritiikin kohteena todennäköisesti useammin kuin tuomareiden²¹. Tutkijalle on ollut mahdollista myös avoimesti luopua tuomariniideologian edustaman kaltaisesta pyrkimyksestä puolueettomuuteen ja omaksua avoimesti ideologinen tai poliittinen näkökulma. Tunnettuja esimerkkejä tällaisista tutkimussuuntauksista ovat meillä 1970- ja 1980-lukujen marxilainen vaihtoehtoinen lainoppi ja 1990-luvulta alkanut oikeustaloustieteellinen tutkimus.²² Voidaan puhua tuomariniideologiasta poikkeavasta tutkijaniideologiasta²³. Siinä missä vallitseva lainoppi ei yksittäisten tutkimusten tasolla yleensä erikseen julkilausua sitoutumistaan tuomariniideologiaan, ei tuomarikunnan noudattamasta oikeuslähde- ja laintulkintaopista erkaantunutkaan lainopillinen tutkimus sekään välttämättä käy keskustelua omasta suhteestaan sanottuun oikeuslähde- ja laintulkintaoppiin. Sen kannanotot saattavat toisaalta olla sen omaa merkitystä korostavia ja antaa ymmärtää, että se ikään kuin olisi syrjäyttänyt vallitsevan lainopin²⁴.

2. Osakkeenomistajakeskeinen tutkijaniideologia osakeyhtiöoikeudessa

Esimerkki oikeudenalasta, jonka tutkimuksessa lähtökohdiltaan edellä tarkoitettua tuomariniideologiasta poikkeava tutkijaniideologia on meillä saanut merkittävän jalansijan, on osakeyhtiöoikeus. Luonnehdinta koskee osakkeenomistajakeskeistä, oikeustaloustieteelliseen²⁵ ajatteluun pohjautuvaa niin sanottua

21. Ks. esim. Maija Aalto-Heinilä, Voiko oikeuslähteiden tulkinta olla objektiivista? *Lakimies* 2020, s. 903–924, s. 903–904.

22. Ks. esim. Siltala 2004, s. 557 ss.

23. Vrt. Siltala 2003, s. 141–145.

24. Oikeustaloustiedettä koskevissa kirjoituksissa on toisinaan pyritty asettamaan oikeustaloustieteelliset argumentit taloudellista toimintaa koskevilla oikeudenaloilla asiallisesti lakiin rinnastuvan oikeuslähteen asemaan siten, että niiden ”sivuuttaminen” olisi katsottava jopa tuomiovirheeksi, esim. Jukka Mähönen, *Taloustiede lain tulkinassa*. *Lakimies* 2004, s. 49–64, s. 58.

25. Suuntaus on lainannut keskeiset peruskäsitteensä Yhdysvalloissa 1970-luvulta alkaen kehittyneestä ns. modernista yrityksen teoriasta, erityisesti osakeyhtiön rinnastamisen sopimuksenomaisten suhteiden verkkoon sekä yhtiöön kytkeytyvien intressitahojen välisten suhteiden hahmottamisen päämies-agentti-teorian mukaisina agenttisuhteina, ks. esim. Jukka Mähönen – Seppo Villa, *Osakeyhtiö I. Yleiset opit*. 3., uudistettu painos. *Talentum* 2015, s. 49, s. 176–192 ja s. 341–348. Tässä yhteydessä on kuitenkin huomautettava, että oikeustaloustieteen mahdollisuudet sinänsä eivät rajoitu nyt puheena olevan osakkeenomistajakeskeisen ajattelun perustelemiseen, vrt. esim. Jukka Mähönen, *Do we need law and economics in company law?* *Nordisk Tidskrift for Selskabsret* 2009, s. 146–157, s. 148.

valtavirtayhtiöoikeutta²⁶. Kotimainen oikeustaloustieteellinen yhtiöoikeustutkimus painottui kylläkin ensin *de lege ferenda* -tutkimukseen²⁷, mutta sittemmin suuntauksen piirissä on pyritty *de lege lata* rakentamaan osakeyhtiöoikeudelle yleisiä oppeja taloustieteestä omaksuttujen yritystoimintaa selittävien teorioiden perustalle²⁸. Lisäksi sen parissa on esitetty sanotuista teorioista johdettuja tulkintakannanottoja²⁹.

Kansainvälisessä tarkastelussa on osakkeenomistajakeskeisestä ajattelusta voitu väittää muodostuneen vuosituhannen vaihteeseen mennessä vallitseva yhtiöoikeudellinen malli, joka on syrjäyttänyt aikaisemmat, muun muassa yhtiön muiden sidosryhmien asemaa korostaneet ajattelutavat³⁰. Eräänlaisena aatteellisenä lähtökohtana osakkeenomistajakeskeiselle suuntaukselle voitaneen pitää *Milton Friedmanin* 1970-luvun alussa esittämää maksiimia siitä, että yritystoiminnan ainoa sosiaalinen vastuu on kasvattaa tuottamiaan voittoja³¹.

Modernissa kansainvälisessä muodossaan osakkeenomistajakeskeisyyttä on perusteltu tehokkuusnäkökulmasta siten, että osakkeenomistajien nostaminen erityisasemaan johtaa parhaaseen lopputulokseen myös muiden sidosryhmien kannalta. Osakkeenomistajakeskeisyys sinänsä ei tässä ajattelussa ole itseisarvo.³² Suomalaisessa osakkeenomistajakeskeisessä doktriinissa on samoin perustettu osakkeenomistajakeskeisyys oletettuun tehokkuuteen, mutta nostamatta erityisemmin esille osakkeenomistajakeskeisyyden välineellistä luonnetta³³. Osakkeenomistajakeskeisyys on tosin voitu hahmottaa niin sanotun valistuneen arvonmaksimoinnin kautta, jossa muiden etutahojen intressi on ikään

26. Ks. Mähönen – Villa 2015, s. 48–51 ja s. 458–459.

27. Ks. Pekka Timonen, Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Lakimiesliiton Kustannus 1997, s. 129; ks. myös esim. Timo Kaisanlahti, Sidosryhmät ja riski pörssi-yhtiössä. Edita 1999, s. 64–65; Jukka Mähönen, Tulo ja pääoma. Kirjanpidon merkitys osakeyhtiön sääntelyssä. Edita 2001, s. 130.

28. Ks. esim. Mähönen – Villa 2015, s. 341.

29. Tällaisena voidaan mainita päämies-agentti-teoriaan ja osakkeenomistajien enemmistön ja vähemmistön välille hahmotettuun päämies-agentti-suhteeseen pohjautuva ajatus siitä, enemmistöasemassa olevalla osakkeenomistajalla olisi samankaltainen lojaliteettivelvollisuus suhteessa osakkeenomistajien vähemmistöön kuin yhtiön johdolla on yhtiöön, ks. Mähönen – Villa 2015, s. 413–414.

30. Henry Hansmann – Reinier Kraakman, The End for History of Corporate Law. Georgetown Law Journal 2001, s. 439–468, s. 440–441; ks. myös Mähönen – Villa 2015, s. 321. Väitettä voidaan pitää liioiteltunakin. Merkittävistä talouksista esim. Saksan osakeyhtiöoikeudessa tässä tarkoitettu osakkeenomistajakeskeinen ajattelu ei ole saavuttanut hegemoniaa, vaan sikkäläiselle osakeyhtiöoikeudelle ominainen eri sidosryhmien intressejä painottava lähtökohta on pitkälti säilyttänyt asemansa ilmeten mm. sikkäläisestä corporate governance -koodista, Deutscher Corporate Governance Kodex (in der Fassung vom 28. April 2022).

31. Milton Friedman, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. The New York Times Magazine. September 13, 1970.

32. Hansmann – Kraakman 2001, s. 441–442.

33. Ks. Mähönen – Villa 2015, s. 321 ja s. 339.

kuin rakennettu sisään voiton tuottamiseen osakkeenomistajille³⁴. Samalla on kuitenkin korostettu muiden sidosryhmien edun toteutumisen alistaisuutta osakkeenomistaja-arvolle ja katsottu yritysten niin sanotun yhteiskuntavastuun toteuttaminen yksinomaan julkisen vallan tehtäväksi tavalla, joka viittaisi osakkeenomistajaintressin toteuttamiseen lähes itseisarvona.³⁵ Joka tapauksessa oikeudenalan keskiössä on oletettu osakkeenomistajakunnan etu.

Kun osakkeenomistajaintressiä, vaikkakin varsin abstraktilla tavalla esitettyä, painottavan yhtiöoikeustutkimuksen lähtökohtia tarkastellaan riippumattoman lainkäyttäjän tiedonintressiä vasten, voi niiden välinen suhde näyttäytyä jännitteisenä. Tietyin oikeudenalan sääntelykohteena olevan yksittäisen etutahon oletetun intressin nostaminen tutkimuksessa erityisasemaan on vaikeasti yhteensovittavissa tuomarin ulkoisen riippumattomuuden ja edellä esitetyn tuomarinideologian edustaman tiedonintressin kanssa.

Sinänsä yksittäisen oikeudenalan sääntelykohteena olevan etutahon esiintyminen erityisen suojan kohteena ei ole poikkeuksellista. Yksityisoikeuden eri lohkoilla tämä esiintyy esimerkiksi pakottavalla lainsäädännöllä toteutettuna heikomman osapuolen suojana.³⁶ Tässä mielessä voitaisiin ajatella puhuttavan vaikkapa ”työntekijäkeskeistä” työsopimus oikeudesta tai ”kuluttajakeskeistä” kuluttajansuojaoikeudesta. Tällaiset esimerkit eivät kuitenkaan rinnastu osakkeenomistajakeskeiseen yhtiöoikeusajatteluun³⁷. Osakeyhtiölainsäädännöllä ei historiallisesti ole pyritty korjaamaan sopimuspuolten epätasapainoa heikompana pidetyn osapuolen hyväksi, vaan sen tehtävänä on ollut mahdollistaa pääoman kerääminen yritystoiminnan harjoittamiseksi. Viime kädessä osakeyhtiölainsäädäntö on yhteiskunnan keino edistää yleistä taloudellista ja teknistä kehitystä^{38,39}.

Osakeyhtiölaki (624/2006, OYL) itsessään muodostuu olennaisilta osiltaan yhtiön sisäisiä päätöksentekomekanismeja, velkojien ja osakkeenomistajavähemmistön suojaa sekä johdon vastuuta koskevista normeista. Se ei juuri käsittele

34. Mähönen – Villa 2015, s. 243.

35. Ks. Ville Pönkä, Yhtiön etu – osakeyhtiöoikeudellinen näkökulma I. Lakimies 2013, s. 21–34, s. 25–27.

36. Ks. lähemmin esim. Thomas Wilhelmsson, Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot. Kolmas, uudistettu painos. Talentum 2008, s. 9 ss.

37. Oikeustaloustieteessä on kylläkin korostettu osakkeenomistajien riskiä suhteessa muihin etutahoihin, ks. esim. Jonathan R. Macey, An Economic Analysis of the various Rationales for making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties. *Stetson Law Review* 1991, s. 23–44, s. 36.

38. Ks. HE 27/1977 vp uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi, s. 4.

39. Osakeyhtiömuodon historiallisesta kehityksestä laajamittaista yritystoimintaa varten tarvittavan pääoman kerääjänä ks. esim. Juhani Laine, Suunnattu maksuton osakeanti ja sen peruste esimerkkinä osakkeenomistajien taloudellisen yhdenvertaisuuden merkityksestä suomalaisessa osakeyhtiössä. *Talentum* 2016, s. 100 ss.

osakkeenomistajia yhtenäisenä ”kollektiivina”⁴⁰. Taloudellisessakin mielessä osakeyhtiö ja yritys ylipäänsä näyttäytyy markkinapaikkana, jossa lukuisat siihen eri tavoin sidoksissa olevat intressitahot kohtaavat⁴¹. Osakeyhtiöoikeuden tulkintaa koskevat ongelmat koskevatkin tyypillisesti osakeyhtiölainsäädännössä esiintyvien intressitahojen, kuten eri osakkeenomistajien tai osakkeenomistajien ja velkojien, välisiä konflikteja, joiden ratkaisemiseen osakeyhtiölainsäädännöllä osaltaan pyritään⁴². Oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta nämä konfliktit on ratkaistava yhtä puolueettomasti ja objektiivisesti kuin mitkä tahansa muutkin oikeusriidat. Tästä näkökulmasta voidaan kysyä, miten ratkaisutoiminnassa on suhtauduttava osakkeenomistajakeskeiseksi tunnustautuneeseen yhtiöoikeustutkimukseen oikeuslähteenä, ja toisaalta miten yhtiöoikeustutkimuksen lopulta on aihetta mieltää oma tehtävänsä.

3. Osakkeenomistajakeskeisyys tuomarinideologian kannalta

Oikeustaloustieteen osalta on voitu todeta, ettei se ole juuri saanut sijaa suomalaisessa oikeuskäytännössä⁴³. Oikeustaloustieteelle rakentuvan osakkeenomistajakeskeisen yhtiöoikeusajattelun osalta voidaan samansuuntaisesti todeta, ettei oikeuskäytännössä ole juuri esiintynyt erityisesti osakkeenomistajakeskeistä argumentaatiota tai ratkaisuperusteita. Nykyisen osakeyhtiölain voimassaoloaikana julkaistuissa osakeyhtiötä koskevissa korkeimman oikeuden ratkaisuisissa käsillä ollut riita on yleensä koskenut osakkeenomistajien välisiä konflikteja⁴⁴ tai velkojiensuojaa⁴⁵ taikka osin molempia samaan aikaan⁴⁶. Osassa tapauksista asia on taas voinut ollut sellainen, ettei osakkeenomistajakeskeinen ajattelu sen

40. Eräänlaisena poikkeuksena tähän on OYL 9:4.1, joskin sen viittaus kaikkien osakkeenomistajien edun huomioon ottamisesta suunnatun maksuttoman osakeannin edellytyksenä kuitenkin ensi sijassa korostaa menettelyn arviointia osakkeenomistajien yhdenvertaisuuden kannalta, ks. HE 109/2005 vp uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi, s. 102–103; ks. myös Laine 2016, s. 274–282. Toisena poikkeuksena voitaisiin pitää OYL 5:1.2:n mukaista yksimielisten osakkeenomistajien päätöksentekoa yhtiökokousta pitämättä, mutta senkin osalta voidaan todeta kysymyksen olevan yhtiön sisäisen päätöksenteon joustavuudesta ja erityisesti yhdenyhtiöiden tarpeista, ks. HE 109/2005 vp, s. 65.

41. Ks. esim. Mähönen – Villa 2015, s. 185.

42. Vrt. esim. Clas Bergström – Per Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem. Tredje upplagan. Norstedts Juridik 2009, s. 18.

43. Hannu Tolonen, Oikeuslähteoppi. Sanoma 2003, s. 164; ks. yhtiöoikeuden kannalta myös Laine 2016, s. 14.

44. Ks. KKO 2020:99; KKO 2020:34; KKO 2018:19; KKO 2015:105; KKO 2015:19; KKO 2013:75; KKO 2012:64; KKO 2009:19.

45. Ks. KKO 2014:65; KKO 2012:65; KKO 2006:90.

46. Ks. KKO 2015:104; KKO 2008:75.

yhteydessä ole muusta syystä luonteva⁴⁷. Joissakin tapauksissa on voitu käyttää esimerkiksi ”kaikkien osakkeenomistajien etu” -ilmaisua, mutta asia on kuitenkin palautettavissa yhdenvertaisuuteen tai vähemmistösuojaan⁴⁸. Jotkin tapaukset taas näyttäisivät olevan jopa osakkeenomistajakeskeiselle ajattelulle vastakkaisia⁴⁹. Näyttää siis siltä, ettei osakkeenomistajakeskeisyydellä periaatteena olisi paljon annettavaa oikeuskäytännössä esille tulevien osakeyhtiötä koskevien kysymysten ratkaisemisessa.

Tämän taustalla voi osaltaan olla se, että osakkeenomistajakeskeisen yhtiöoikeustutkimuksen kiinnostus meillä on suuntautunut erityisesti osakeyhtiöoikeuden yleisten oppien ja teoreettisen pohjan kehittelyyn⁵⁰. Kysymys on ollut vastapainosta 1900-luvun jälkipuoliskolla pitkään vallinneelle varaukselliselle suhtautumiselle yhtiöoikeudellisiin teorioihin⁵¹. Toisaalta taustalla on ollut myös poliittisia näkemyksiä siitä, mihin suuntaan yhteiskuntaa ja taloutta oli vietävä 1990-luvun laman jälkeen⁵². Kun osakkeenomistajakeskeiseksi tunnustautunut yhtiöoikeustutkimus sitten on siirtynyt kysymyksiin *de lege lata*, eivät osakkeenomistajakeskeiset tai oikeustaloustieteelliset argumentit lopulta ole olleet yksittäisiä tulkintasuosituksia leimaavia⁵³ siitä huolimatta, että osakkeenomistajakeskeisyys on nähty eräänlaisena osakeyhtiön ja koko oikeudenalan läpäisevänä tekijänä⁵⁴. Näkyvintä osakkeenomistajakeskeisyys on käytännölliseen merkitykseensä nähden varsin laajassa keskustelussa siitä, miten laissa esiintyvää yhtiön edun käsitettä on tulkittava⁵⁵.

47. Ks. KKO 2020:5; KKO 2018:20; KKO 2017:94; KKO 2016:26; KKO 2015:17; KKO 2010:84; KKO 2009:41.

48. Ks. KKO 2018:19; KKO 2015:105.

49. Ks. KKO 2017:58, jossa melko formalistisellakin tavalla katsottiin, etteivät osakkeenomistajat olleet toimivaltaisia päättämään yhtiön omaisuuden luovuttamisesta konkurssiin. Osakkeenomistajakeskeinen ajattelu olisi voinut puoltaa joustavaa ja yksimielisten osakkeenomistajien toimivallan hyväksyvää tulkintaa. Ks. myös ympäristörarikosta koskeva KKO 2016:58, jossa yhtiön tuotantolaitoksesta oli päästetty ympäristöön perunamultalietettä, joka oli aiheuttanut ympäristön pilaantumista. Yhtiön hallituksen jäsenet A ja B olivat katsoneet vastuunsa rajoittuvan lähinnä siihen, että he olivat tarkasti valvoneet osakkeenomistajien etuja. KKO katsoi kuitenkin, että yhtiön hallituksen oli tullut huolehtia muun muassa siitä, että yhtiön tuotannossa ympäristöasioiden hoitaminen ja niiden valvonta oli järjestetty asiantuntevasti ja asianmukaisesti, ja A:n ja B:n syyksi voitiin lukea ympäristön turmeleminen.

50. Ks. Mähönen – Villa 2015, s. 50.

51. Ks. asenteesta esim. Allan Huttunen, Yhdenmiehen osakeyhtiöstä. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1963, s. 5–6. Vanhoista yhtiöoikeudellisista teorioista ks. esim. Laine 2016, s. 29–39.

52. Ks. Mähönen 2009, s. 147–148.

53. Säännöstason tulkintakysymyksissä joudutaan osakeyhtiöoikeudellisten periaatteidenkin osalta tukeutumaan yhtiön toiminnan tarkoituksen lisäksi mm. yhdenvertaisuuteen ja vaatimukseen varojen käytön liiketaloudellisesta perusteesta, ks. esim. Mähönen – Villa 2015, s. 421–448.

54. Ks. esim. Mähönen – Villa 2015, s. 4.

55. Ks. yhteenvetona Kari Lautjärvi, Yhtiön etu yhtiön johdon päätöksissä ja toimissa. Alma Talent 2017, s. 91–101.

Tämä osaltaan viittaa siihen, että suurta osaa osakeyhtiöoikeudellisista ongelmista ei juuri ole mahdollistakaan ottaa haltuun oletetun osakkeenomistajakollektiivin intressin kautta. Toisaalta tätä vasten voidaan myös arvioida, ettei yksittäisten tulkintakysymysten tasolla osakkeenomistajakeskeinen tutkimus kuitenkaan ole erkaantunut niin kauas tuomarin tiedonintressistä kuin sen teoreettiset lähtökohdat voisivat antaa aiheita odottaa eikä se siten näyttäydä oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta ulkopuolisen intressitahon vaikutuksena.

Oma kysymyksensä on vielä se, mihin suuntaan teoreettinen pohjavire suomalaisessa yhtiöoikeustutkimuksessa kehittyy. ”Friedmanilainen” voitonmaksimointiajattelu on jo lieventynyt niin sanotuksi valistuneeksi arvonmaksimoinniksi⁵⁶. Niin kuluttajien⁵⁷ kuin sijoittajienkin kiinnostus yhtiöiden toiminnan vastuullisuuteen ovat kansainvälisiä esimerkkejä seuraten nousseet näkyvästi suomalaiseenkin keskusteluun. Tämän 2000-luvun mittaan tapahtuneen suunnanmuutoksen ehkä keskeisimpänä taustatekijänä on ilmastonmuutos⁵⁸ ja sen aiheuttamat riskit yhtiöidenkin toiminnalle.⁵⁹ Toisena keskeisenä tekijänä lienee tuotannon siirtyminen tapahtuvaksi suurelta osin monikansallisissa arvoketjuissa, mikä on synnyttänyt kysymyksen niissä ilmenevien ympäristö-, ihmis- oikeus- ja muiden ongelmien hallinnasta. Yleistyneen vastuullisuutta koskevan itesääntelyn⁶⁰ lisäksi eri maissa onkin luotu yritysvastuulainsäädännöksi luonnehdittavaa sääntelyä.⁶¹ Euroopan komissio on tänä vuonna antanut ehdotuksen COM(2022) 71 final direktiiviksi yritysten kestäväää toimintaa koskevasta huolellisuusveloitteesta. Pohjoismaisella⁶² ja kotimaisella tasolla on myös esitetty ajatuksia osakeyhtiön toiminnan tarkoitusta koskevan sääntelyn uudistamisesta⁶³.

56. Eroa ”vahvaan” sidosryhmäkeskeiseen ajatteluun halutaan kuitenkin korostaa, ks. Selvitys osakeyhtiölain muutostarpeista kilpailukykytekijänä. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2020:39, s. 60.

57. Ks. esim. Sirpa Juutinen, Strategisen yritysvastuun käsikirja. Talentum 2016, s. 88–94.

58. Ks. Manne Airaksinen, Onko osakkeenomistaja osakeyhtiön omistaja?, s. 23–47 teoksessa Veikko Vahtera – Krista Rantasaari (toim.), Yhtiö, velka, velvoite – juhlaulkaisu Seppo Villa 60 vuotta. Alma Talent 2021, s. 23.

59. Ks. esim. Juutinen 2016, s. 94–97.

60. Ks. lähemmin esim. Jukka Mähönen, Hallinnointikoodi ja yritysvastuu – corporate governance -koodin yrityskuvan suhde pörssiyritysten kestävään yritystoimintaan, s. 203–218 teoksessa Paula Paloranta (toim.), Keskuskauppakamarin liiketapalautakunta 80 vuotta. Alma Talent 2017, s. 210–214.

61. Ks. Jaakko Salminen – Mikko Rajavuori, Yritysvastuulait ja ylikansallisen arvoketjun oikeudellinen käsitteellistäminen. Lakimies 2019, s. 387–416, *passim*.

62. Beate Sjäfjell – Jukka Mähönen, Upgrading the Nordic Corporate Governance Model for Sustainable Companies. European Company Law 2014, s. 58–62, s. 59.

63. OYL 1:5:n sanamuodon muuttamista ei kuitenkaan toistaiseksi ole juuri pidetty aiheellisena, ks. Selvitys osakeyhtiölain muutostarpeista kilpailukykytekijänä. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 2020:39, s. 143–149.

Keskustelu on siis edennyt melko kauas 1980-luvulta 2000-luvun alkupuolelle vallinneesta osakkeenomistajan erityisaseman korostamisesta⁶⁴. Osakkeenomistajakakeskeisyyden vaatimuksen maltillistuminen saattaaakin johtaa yhtiöoikeustutkimusta teoreettisten lähtökohtiensa osalta asennoitumiseen, joka on sidosryhmiin nähden entistä ulkopuolisempi. Tällöin sen periaatteellinenkin jännite riippumattoman lainkäyttäjän tiedonintressin kanssa voi vähentyä.

64. Vrt. Mähönen – Villa 2015, s. 321.

Veropoliittinen tutkimus esimerkkinä monitieteisestä oikeustutkimuksesta

1. Oikeudenalajaottelun käsitteitä

Useimmiten verotusta tutkitaan oikeustieteessä verolainopin menetelmällä.¹ Lainoppi on lain sisällön tulkintaa ja systematisointia. Oikeusdogmatiikka on muodostunut perinteiseksi oikeustieteelliseksi menetelmäksi, mutta nykyään yhä enenevässä määrin oikeustieteeseen hyväksytään myös muita tutkimusmenetelmiä. Esimerkiksi vero- ja oikeuspoliittinen tutkimus, oikeustaloustiede, lainsäädäntötutkimus, oikeussosiologia ja empiirinen oikeustiede² muodostavat lainopillisen tutkimuksen rinnalle itsenäisiä oikeustieteellisiä tutkimusalueita, joissa lainoppi väistämättä jää vähäisempään osaan ja muilta tieteenaloilta lainatut tutkimusmenetelmät saavat sijaa oikeustieteellisessä tutkimuksessa. *Ervasti* on käyttänyt myös nimitystä yhteiskunnallinen oikeustutkimus määrittelemään oikeustieteen ja yhteiskunnan välistä suhdetta ja vuorovaikutusta tutkivia tieteitä.³ Myös veropoliittinen tutkimus olisi luokiteltavissa yhteiskunnalliseksi oikeustutkimukseksi. Veropoliittinen tutkimus tulee ennen kaikkea luokitella vero-oikeuden alaan kuuluvaksi tutkimukseksi.

Veropoliittisessa tutkimuksessa tutkitaan lain sisältöä ja tavoitteita oikeusdogmaattisen menetelmän avulla sekä lain vaikutuksia ja tavoiteltavaa ihanteellisinta verotuksen oikeustilaa taloustieteellisen ja veropoliittisen menetelmän avulla. Veropolitiikassa verolainsäädäntöä tutkitaan ilmiönä, joka muuttuu ajan mittaan. Siinä analysoidaan kulloinkin voimassa olevaa lainsäädäntöä ja parasta mahdollista saavutettavissa olevaa lainsäädäntöä sekä niiden eroja. Analyysin pohjalta on mahdollista esittää perusteltuja lainsäädäntöehdotuksia.⁴ Veropo-

* Petra Lyly, KTT, postdoc-tutkija. Kirjoituksessa kuvataan vuonna 2021 julkaistussa väitöskirjassani ”Kodin verotuet – tavoite, normi ja vaikutus” sovellettua tutkimusmenetelmää (Acta Wasaensia 476 <https://urn.fi/URN:ISBN:978-952-476-997-6>).

1. Verotuksesta tehdään paljon myös puhtaasti taloustieteellistä tutkimusta, josta juridinen tarkastelu puuttuu kokonaan.

2. Kaijus Ervasti, Oikeussosiologia tutkimusalueena. Edilex 2009. Julkaistu aiemmin teoksessa Eero Backman – Heikki Kulla – Jyrki Tala (toimituskunta) – Timo Ahonen (toim.), Oikeussosiologiaa ja kriminologiaa. Juhlajulkaisu Ahti Laitinen 1946 – 24/4 – 2006, Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta. Ervasti tarkastelee oikeussosiologian suhdetta muihin läheisiin oikeustieteen osa-alueisiin, kuten oikeuspolitiikkaan ja lainsäädäntötutkimukseen.

3. Kaijus Ervasti, Yhteiskunnallinen oikeustutkimus. Gaudeamus 2022.

4. Matti Myrsky, Suomen veropolitiikka. Talentum 2013, s. 5.

litiikan tavoitteena on verotuksen arviointi ja kehittäminen. Veropoliittisen tutkimuksen ja toiminnan tarkoituksena on tavoitteisiinsa nähden tarkoituksenmukaisen verojärjestelmän luominen ja ylläpito.⁵ Veropoliittinen tutkimus nähdään siis tutkimuksena, jolla pyritään nimenomaisesti vaikuttamaan veropoliittiseen päätöksentekoon ja lainvalmisteluun sekä löytämään lainsäätäjälle keinoja, joiden avulla saadaan luotua mahdollisimman hyvää ja tavoitteitaan palvelevaa lainsäädäntöä. Veropoliittisen tutkimuksen avulla yhteiskuntaa pyritään ohjaamaan kohti parhainta ja ihanteellisinta verotusta ja usein myös aikaansaamaan haluttuja käyttäytymismuutoksia. Verotuksen pääasiallinen tavoite on fiskaalisuus, mutta veropoliittisessa tutkimuksessa korostuvat myös verotuksen ei-fiskaaliset tavoitteet. Verotus kokonaisuudessaan on ymmärrettävä välineeksi haluttujen tavoitteiden aikaansaamiselle.⁶

Verolainsäädäntö voi olla joustavaa, jolloin lain sisältö pohjautuu huomattavassa määrin oikeuskäytäntöön. Veropoliittisessa tutkimuksessa oikeuskäytäntö alistetaan kriittisen tarkastelun kohteeksi ja arvioidaan, ovatko ratkaisut veropoliittisesti perusteltuja vai olisiko lainsäädäntöä tarpeen korjata.⁷ Taloustieteellistä argumentaatiota voidaan käyttää apuna myös lainopillisessa tulkinnassa, jolloin sen painoarvo oikeuslähteenä on perinteisesti sallittujen oikeuslähteiden joukossa. Taloustieteellisiä perusteluita voidaan käyttää ratkaisun perusteluina, jos laki, lain esityöt ja oikeuskäytäntö eivät anna kulloinkin kyseessä olevaan oikeustapaukseen ratkaisua.⁸

Voimassa olevaa lakia tutkiva lainoppi ja vaihtoehtoisia lainsäädäntöratkaisuja koskeva oikeuspoliittinen *de lege ferenda* -tutkimus on perinteisesti erotettu toisistaan. *Timonen* kuitenkin kritisoi tätä erottelua ja toteaa, että erilaisten tutkimustapojen välistä rajaa olisi luudennettava, ellei se olisi jopa kokonaan hävitettävä, jotta kunnollinen *law and economics* -tutkimus olisi mahdollista. Tällainen ”luudentaminen” lähestyy angloamerikkalaista *common law* -oikeuskäsitystä, jossa lainsoveltaja (tuomari) osittain tapauskohtaisesti luo uusia oikeusnormeja käyttäen ratkaisuperusteena ennakkotapausten lisäksi muun muassa talousoikeudellista argumentointia. *Timonen* käyttää tieteenalasta nimitystä *law and economics* suomenkielisen termin ”oikeustaloustiede” sijasta. Hänen mukaansa *and*-sana erityisesti korostaa kahden tieteenalan

5. Heikki Niskakangas, *Veropoliitiikka*. Talentum 2012, s. 16.

6. Kalle Määttä, *Rahat tai henki. Terveysverot veropoliittisesta näkökulmasta*. Edilex 2013, s. 7. Veropoliittisen tutkimuksen instrumentaalisuudella tarkoitetaan, että tutkimuksessa pyritään arvioimaan, onko verolainsäädäntö saavuttanut sille asetetut tavoitteensa.

7. Kalle Määttä, *Veropoliitiikka – Teoria ja käytäntö*. Edita Publishing Oy. Edilex 2007, s.11.

8. Verolain tulkinnasta ks. Matti Myrsky – Jaakko Ossa, *Vero-oikeus pääpiirteittäin*. 2., uudistettu painos. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Julkisoikeuden sarja A:29/1995; Matti Myrsky – Niko Svensk – Tomi Voutilainen, *Suomen finanssioikeus*. Lakimiesliiton Kustannus 2014; Matti Myrsky – Niko Svensk – Niko Svensk, *Vero-oikeuden oppikirja*. Lakimiesliiton Kustannus 2016. Laintulkinnasta Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria*. WSOY 1989.

välineiden ja tietovarantojen yhdistämistä ja käyttämistä ongelman ratkaisuehdotusten laatimiseksi ja vaikutusten arvioimiseksi.⁹

Oikeuspolitiikassa keskitytään siihen, miten lainsäädäntöä voidaan käyttää keinona ratkaista yhteiskunnallisia ongelmia. Veropoliitiikka on yksi oikeuspolitiikan keino, joka käyttää verotusta ratkaistakseen yhteiskunnallisia ongelmia. Veropoliittinen *de lege ferenda* -tutkimus paneutuu verotukseen ja pyrkii löytämään ihanteellisimpia verotusratkaisuja. Veropoliittinen tutkimus parhaimmillaan käyttää taloustieteen keinoja avuksi tuottaessaan tietoa erilaisista tavoista ratkaista yhteiskunnallisia ongelmia verotuksen avulla.¹⁰

Timosen ajatuksia mukailten voidaan sanoa, että vero-oikeuden tutkimuksen tulisi yhä enenevässä määrin olla veropoliittisesti suuntautunutta. Veropoliittisesti värityneitä ovat esimerkiksi syksyllä 2022 tehdyt verouudistukset, joiden tarkoituksena on ollut lieventää korkean sähkön hinnan vaikutuksia yksityisille ihmisille. Ne on toteutettu tulo- ja arvonlisäverotukseen tehtyinä verohuojennuksina.¹¹

9. Pekka Timonen, Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa, s. 129–159 teoksessa Vesa Kanninen – Kalle Määttä (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen. Gaudeamus 1996, s. 131–132. Myös Raimo Siltala pitää Timosen tavoin oikeuspoliittista ja oikeudellista *de lege ferenda* -tutkimusta synonyymienä, Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 131. Kaijus Ervasti (2006, s. 31) kiinnittää huomiota Aulis Aarnion teoksessa *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*. Acta Philosophica Fennica 36/1983, s. 233–236 olevaan oikeuspoliittisen tutkimuksen määrittelyyn, jonka mukaan tutkimus voidaan luonnehtia oikeuspoliittiseksi, jos 1) sen tarkoituksena on tuottaa lainvalmistelun suunnittelussa tarvittavaa tietoa tai jos 2) sen tutkimustuloksia tosiasiallisesti käytetään lainvalmistelussa tai jos 3) sen tuloksia olisi mahdollista käyttää lainvalmistelun suunnittelussa. Kaijus Ervasti puhuu myös kirjoituksessaan Eräitä näkökohtia empiirisen tiedon hyväksi käyttämisestä oikeustieteessä. Lakimies 3/1998, s. 364–388 samoin kun kirjoituksessaan 2006, s. 32 empiirisestä oikeustieteestä ja oikeussosiologiasta, jotka vaikuttaisivat limittyvän lainsäädäntötutkimuksen kanssa niiltä osin, kun tutkitaan lainvalmistelua. Arviointitutkimus puolestaan käyttää yhteiskuntatutkimuksen menetelmiä arvioitaessa yhteiskunnallisten toimenpiteiden hyödyllisyyttä ja käytännössä oikeussosiologinen tutkimus on usein arviointitutkimusta.
10. Matti Myrsky, Tieteidenvälisyydestä vero-oikeustutkimuksessa. Oikeus 3/2000, s. 326–332, jossa Myrsky mainitsee Kalle Määttän kirjoittamaa teoksessa Energiaveropoliitiikka. Tutkimus sähköverosta ja lämmön tuotantopanosten verotuksesta Suomessa. Lakimiesliiton Kustannus 2000, s. 14 lainaten, että veropoliitiikan näkökulma voi olla joko suppea, jolloin tarkastellaan sitä, miten verotus soveltuu yhteiskunnallisten ongelmien ratkaisukeinoksi tai se voi olla laaja, jolloin korostetaan sitä, että verotus on vain yksi ratkaisukeino muiden keinojen ohessa ratkaista kyseisiä ongelmia.
11. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi tuloverolain väliaikaisesta muuttamisesta 204/2022 vp; hallituksen esitys eduskunnalle laiksi arvonlisäverolain väliaikaisesta muuttamisesta 194/2022 vp. Sähkövähennys toteutetaan tuloverolain 127 g §:n mukaisena kotitalousvähennyksenä, jota on mahdollista saada tammikuun ja huhtikuun 2023 välisenä aikana kulutetun sähkön hinnan perusteella. Uudistuksen sosiaalipoliittista luonnetta korostaa verotuksen kanssa rinnakkainen Kelan kautta jaettava suora tuki, joka kohdistuu niille, joiden maksettavaksi tuleva vero ei riitä verovähennyksen tekemiseen. Tämän lisäksi sähkön myynnin arvonlisävero alennetaan 24 prosentista 10 prosenttiin joulukuun 2022 ja huhtikuun 2023 väliseksi ajaksi. On myös keskusteltu sähkön *windfall*-voittojen verottamisesta, joka kiristäisi sähköalan toimijoiden verotusta.

Veropoliittista tutkimusta voidaan pitää ratkaisuhakuisena tutkimuksena. Sen tavoitteena on löytää paras ja ihanteellisin verotusratkaisu olemassa oleviin tavoitteisiin. Veropoliittisessa tutkimuksessa ei vain pelkästään keskitytä voimassa olevan lain erilaisiin ulottuvuuksiin, vaan otetaan kantaa myös siihen, millainen lain tulisi olla, jotta asetettu tavoite saavutettaisiin mahdollisimman täydellisesti ja mahdollisimman pienin kustannuksin.

Lainoppi voi veropoliittisessa tutkimuksessa toisaalta paljastaa, kuinka paljon erilaisia ongelmia lainsoveltamisessa on ilmennyt, ja toisaalta auttaa lähestymään EU-lainsäädännön ja kansallisten lakien yhteensopivuutta. Lainsoveltamisongelmat vähentävät lainsäädännön hallinnollista tehokkuutta, ja kansallisten lakien tulisi olla EU-oikeuden kanssa yhteensopivia.¹²

2. Taloustieteen rooli veropoliittisessa tutkimuksessa

Veropolitiikan yhteydessä *Myrsky* puhuu erityisestä verotuksen taloustieteestä. Siinä verotusta tarkastellaan taloudellisena ilmiönä, jossa taloustieteen tutkimustuloksia pyritään hyödyntämään, vaikkakaan veropoliittisia ratkaisuja ei voida kokonaisuudessaan rakentaa taloustieteellisten mallien pohjalta. Taloustieteen teorit voivat kuitenkin antaa veropoliittiseen ajatteluun välineitä, joilla verotusta voidaan analysoida. Edellä mainitut tutkimusotteet ja näkökulmat eivät ole toisiaan poissulkevia, vaan ne voivat tutkimuksessa toteutua rinnakkain. Oikeusdogmaattinen tutkimus on kuitenkin perinteisesti saanut vero-oikeudellisessa tutkimuksessa huomattavan paljon jalansijaa.¹³ Edelleen *Myrsky* huomauttaa, että verotuksen dynaamisuus asettaa vero-oikeudelliselle tutkimukselle tarpeen suunnata tutkimusta enemmän kohti verojärjestelmän pysyvien ominaisuuksien ja kokonaisuuksien hallitsemista kuin yksityiskohtaisten ongelmien selvittelyyn.¹⁴ Lisäksi yksityiskohtainen käsittely voi olla tarpeen, jotta oikeuskäytännössä sovellettuun tulkintatapaan ja sen tarkoituksenmukaisuuteen voidaan ottaa kantaa. *Myrsky* jatkaa, että veropoliittista tutkimusta analysoitaessa tulee huomioida, että tarkoituksena ei ole tehdä varsinaista taloustieteellistä tutkimusta, vaan käyttää taloustieteellisen tutkimuksen saavuttamia tutkimustuloksia hyödyksi veropoliittisia kannanottoja laadittaessa.¹⁵

12. Määttä 2013, s. 7.

13. *Myrsky* 2013, s. 6–8.

14. Matti *Myrsky*, Osakeyhtiön ja sen osakkeenomistajan kahdenkertaisesta verotuksesta. Oikeustieteellinen tutkimus jaetun voiton kahdenkertaisesta verotuksesta ja sen lieventämisestä. Lakimiesliiton Kustannus 1988, s. 4.

15. *Myrsky* (1988 s. 4–5) toteaa, että jos noudatetaan tiukasti vain vero-oikeudellista, veroekonomistista tai varsinaista taloustieteellistä tutkimusnäkökulmaa, vaarana on kokonaisuuden

Taloustieteelliset kannanotot tulee veropoliittisessa tutkimuksessa sijoittaa niille kuuluviin asiayhteyksiinsä ja huomioida, että huolimatta siitä, että ne on tehty asiallisesti ja taloustieteelliset tutkimusvaatimukset täyttäen, ne kertovat vain tutkimusasetelmansa mukaisen tuloksen. Vuonna 2021 julkaistussa tutkimuksessa kotitalousvähennyksellä ei nähty olevan vaikutusta kotitalouspalveluiden kysyntään. Tutkimusasetelma jätti kuitenkin tarkastelun ulkopuolelle pienehköt (usein vain yhden henkilön työllistävät) siivousyritykset ja kaikki muita kuin siivouspalveluita (kuten hoivapalveluita) tarjoavat yritykset sekä kotitalouksien suoraan palkkaamat työntekijät.¹⁶

3. Lainsäädäntötutkimuksellinen ja sääntelyteoreettinen lähestymistapa

Veropoliittista tutkimusta voidaan luonnehtia myös *lainsäädäntötutkimukseksi*, joka on muotoutunut omaksi itsenäiseksi oikeustieteen tieteenalaksi 2000-luvulla. Sen kohteeksi ymmärretään lainsäädäntö yleisesti, ilmiönä ja instituutiona, taikka yksittäinen lakihanke. *Tala* luonnehtii lainsäädäntötutkimuksen sijoittuvan oikeuden yleistieteisiin oikeustaloustieteen ja oikeussosiologian kanssa. Lainsäädäntötutkimus voi hyödyntää useiden tieteenalojen teorioita ja menetelmiä.¹⁷ Omassa tutkimuksessani lainsäädäntötutkimus painottui vero-oikeuteen sekä yksittäisiin valittuihin verotuksiin ja niiden elinkaareen. Pääpaino lainsäädännön tutkimuksessa oli lain tavoitteiden tunnistamisessa ja lain vaikutusten arvioinnissa suhteessa lain tavoitteisiin. Tutkimus ei kohdistunut itse lainvalmisteluprosessiin vaan tuon prosessin tuottamaan oikeudelliseen tietoon. Veropoliittisen tutkimuksen metodiset ratkaisut kietoutuvat usein toisiinsa, ja on

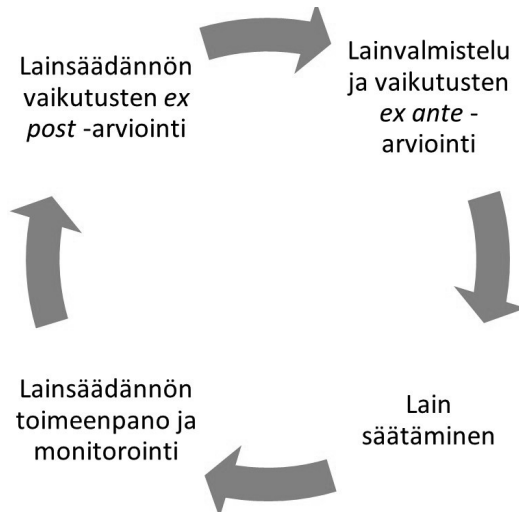
hämartyminen. Toisaalta näkökulman laajentaminen voi aiheuttaa sen, että jokin yksityiskohta jää tarkastelussa liian vähälle huomiolle. Tämä riski on kuitenkin tarpeen ottaa. Myrsky puhuu myös *realistisesta tutkimusotteesta*, jolla hän viittaa tutkimukseen, jossa huomiota kiinnitetään lainsäädännön tehokkuuteen. Vastakohtana on *idealistinen tutkimusote*, joka keskittyy oikeuden systematisointiin ja tulkintaan. Määtän (2013, s. 6) mukaan veropoliitikassa ei pyritäkään tekemään varsinaista taloustiedettä, vaan ainoastaan hyödynnetään taloustieteen tutkimustuloksia. Taloustiede voi olla hyödyksi esimerkiksi arvioitaessa verotuksen tulonjakovaikutuksia.

16. Viitataan tässä julkaisuajankohtanaan runsaasti mediahuomiota saaneisiin julkaisuihin Jarkko Harju – Sami Jysmä – Aliisa Koivisto – Tuomas Kosonen, Does Household Tax Credit Increase Demand and Employment in the Service Sector? Government's analysis, assessment and research activities. Publications of the Prime Minister's Office 2021:1, <http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-383-081-3> sekä Kotitalousvähennyksen vaikutukset kotitalouspalvelujen kulutukseen, työllisyyteen ja harmaaseen talouteen. VATT Muistiot 60/2021, <http://urn.fi/URN:ISBN:978-952-274-268-1>.

17. Jyrki Tala, Lainsäädäntötutkimus – turhaa vai tarpeellista? Oikeus 4/2004, s. 378–397, 394.

makuasia, ajatellaanko eri oikeudenalojen muodostavan toisistaan rinnakkaisia alueita vai kietoutuvatko nuo alat toisiinsa mennessä osittain päällekkäin tai sisältyykö jokin kokonainen oikeustieteen ala toiseen tieteenalaan. Veropoliittisen tutkimuksen on oltava avoin muiden tieteenalojen, esimerkiksi taloustieteen, antamille käsitteille ja menetelmille.

Kokonaisvaltainen lainsäädännön ymmärtäminen edellyttää sekä lain tavoitteisiin että lain vaikutuksiin paneutumista. Ajatuksena tämä lähenee lainsäädäntöteoreettisesta tutkimuksesta tuttua lain elinkaarimallia, jossa lainvalmistelu alkaa tiettyjen yhteiskunnallisten tavoitteiden tunnistamisesta ja jatkuu varsinaisen lain hyväksymiseen. Voimassaollessaan laki saa aikaan tietynlaisia vaikutuksia, jotka voivat olla samankaltaisia kuin vaikutukset, joita tavoiteltiin, tai ne voivat olla kokonaan uusia ja ennen tunnistamattomia vaikutuksia. Laki voi myös palautua lainvalmisteluvaiheeseen, mikäli siinä havaitaan korjaustarpeita. Lainsäädäntötutkimuksen perusajatuksena on tehdä lainvalmistelu läpinäkyvämmäksi. Siinä hyödynnetään lain elinkaari -mallia eli lainsäädäntösykliä (*policy cycle*), joka havainnollistaa lainvalmistelua ja vaikutusten ennakkollista arviointia, lainsäätämistä, lain implementointia ja monitorointia sekä lain vaikutusten jälkikäteistä arviointia.¹⁸



Kuvio 1. Lain elinkaari ja sen vaiheet (lainsäädäntösykli).

18. Anssi Keinänen – Harriet Lonka – Jussi Pajujoja – Niko Vartiainen – Risto Tuominen – Miia Halonen – Tarja Koskela, Lainsäädännön arviointineuvoston toiminnan vaikuttavuuden arviointi. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan selvitys- ja julkaisusarja 2019:12, s. 2; Anssi Keinänen – Kati Heikkinen, Lainsäädännön ennakkollisen vaikutusten arvioinnin laatu ja jälkikäteisen vaikutusten arvioinnin huomioiminen hallituksen esityksissä 2000-luvulla. Edilex 2017, s. 2; OECD, Evaluating Laws and Regulations. The Case of the Chilean Chamber of Deputies. OECD Publishing 2012, s. 24.

Veropoliittinen tutkimus kokonaisuutena voidaan nähdä sääntelyteoreettisenakin tutkimuksena. Regulaatio- eli sääntelyteoreettinen lähestymistapa voidaan jakaa positiiviseen ja normatiiviseen tutkimukseen. Vaikutusten arvioinnissa korostuu *positiivinen, deskriptiivinen tutkimus* eli vallitsevan oikeustilan aiheuttamien vaikutusten tutkiminen¹⁹. Deskriptiivinen tutkimus voi olla lainsäädäntövaiheesta toteutettua *ex ante* -vaikuttavuustutkimusta, jonka tuloksia käytetään lainsäädäntötyön pohjana, tai se voi olla lain säätämisen jälkeen toteutettua arvioivaa *ex post* -vaikuttavuustutkimusta. Veropoliittisen tutkimuksen näkökulma on hyvin usein pääosin *ex post* -näkökulmaan painottuva. *Ex ante* -näkökulmaa käyttävät lähinnä lainsäädäntötyöhön osallistuvat ja hallituksen esityksiä laativat virkamiehet ja tutkijat.²⁰ Mielenkiintoinen tutkimusaihe olisi myös ennakoarviointien tutkiminen suhteessa todellisiin jälkiarvioinnissa havaittuihin vaikutuksiin. Siihen kuitenkin paneudutaan tutkimuksissa vain harvoin. *Normatiivista* tutkimusta tehdään lain kehittämistarpeita tunnistettaessa sekä mahdollisia uusia ihanteellisimpia veroratkaisuja esitettäessä. *Määttä* mukaan normatiivinen tutkimus keskittyy siihen, millainen veropoliittinen ratkaisu pitäisi omaksua ja millainen veropoliitiikan painopisteen tulisi olla.²¹ Jotta voidaan perustellusti osoittaa lain kehittämistarpeita, on tarpeen tehdä erilaisia lain vaikuttavuutta arvioivia tutkimuksia sekä perehtyä aiempaan lakia arvioivaan tutkimuskirjallisuuteen.

Oikeusdogmaattinen tutkimus kohdistuu vain lain sisältöön, ei lainkaan lain elinkaaren alkuvaiheeseen eli lainvalmisteluun ja päätöksentekoon. Laki syntyy lainvalmistelun kautta. Oikeusdogmatiikka kattaa lain elinkaaren keskimmäisen vaiheen eli lain tulinnan ja systematisoinnin. Lainoppi ei kata myöskään lain elinkaaren loppuvaihetta, lain toimeenpanoa ja vaikutuksia. Niinpä lainsäädäntötutkimuksen keskeisimpänä tehtävänä on kirkastaa oikeustieteen kenttää ja puretua lain elinkaaren ensimmäiseen ja viimeiseen vaiheeseen: lain tavoitteisiin

19. Kalle Määttä, Oikeustaloustieteen aakkoset. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsingin yliopisto 1999, s. 13; Jukka Mähönen – Kalle Määttä, Uusia näkökulmia oikeustaloustieteeseen, teoksessa Nina Meincke – Kaijus Ervasti (toim.), Oikeuden tuolla puolen. Lakimiesliiton Kustannus 2002, s. 188–189; Määttä 2007, s. 7. Timonen erottelee nimenomaan *deskriptiivisen* tutkimuksen kuvaavan voimassa olevan oikeuden vaikutuksia ja *positiivisen* tutkimuksen tutkivan ennakkoiden ihmisten käyttäytymisestä erilaisissa valintatilanteissa, Timonen 1996, s. 141–142.

20. Carl V. Patton – David Sawicki, Basic Methods of Policy Analysis & Planning. Prentice-Hall 1986, s. 38–39. Vrt. Anssi Keinänen – Heikkinen 2017, s. 2, jossa kirjoittajat puhuvat ennakkolisesta (*ex ante*) arvioinnista, jota tehdään lainvalmisteluvaiheessa, ja jälkikäteisestä (*ex post*) vaikutusten arvioinnista, jota tehdään lainsäädännön voimaantulon jälkeen.

21. Määttä 2007, s. 7; Vrt. Timonen (1996, s. 142–143), joka kutsuu normatiivista tutkimusotetta hyvinvoinnin tutkimukseksi ja kertoo sen tutkivan vaihtoehtoisia tilanteita luokitellen niitä parempiin ja huonompiin vaihtoehtoihin sen mukaan, miten ne toteuttavat jakopoliittista tavoitetta ja sosiaalista oikeudenmukaisuutta. Tällöin tavoitteet on otettava annettuina ja ne voivat olla joko hyväksyttäviä tai ei-hyväksyttäviä.

ja lainvalmisteluun sekä lain toimeenpanoon ja vaikutuksiin. Tutkimus ei välttämättä kata kaikkia näitä osa-alueita yhtäaikaisesti, vaan tutkimus saattaa kohdistua yhteinkin kiinnostuksen kohteena olevaan osa-alueeseen. Laki voi myös palautua takaisin lähtöpisteeseen, jolloin lainvalmistelu aloitetaan uudelleen, kun lakia muutetaan. Lainsäädäntötutkimuksen piirissä pitää olla myös valmiutta yhteistyöhön muiden tieteenalojen kanssa.²² Sama pätee myös veropoliittiseen tutkimukseen. Omassa verotukia koskevassa veropoliittisessa tutkimuksessani paneuduttiin lain elinkaaren kaikkiin kolmeen vaiheeseen verolainopin ja veropoliittikan keinoin, jolloin oli mahdollista havaita lainsäädännössä olevia puutteita ja etsiä niihin korjausehdotuksia. Lainsäädäntötutkimus on myös oikeuspoliittista tutkimusta, tai verotukseen kohdistuessaan veropoliittista tutkimusta. Näin ymmärrettyinä korostuu erityisesti tutkimuksellinen pyrkimys – tieteiden raja-aitoja rikkoenkin – kohti yhteiskunnan kannalta ihanteellisinta vero-oikeuden oikeustilaa.

4. Oikeusvertailu veropoliittisessa tutkimuksessa

Veropoliittiseen tutkimukseen voi sisältyä oikeusvertailua, johon voi kuulua sekä lainsäädännön historiallista että kansainvälistä tarkastelua. Oikeushistorian tarkoituksena on tutkia lainsäädännön syntyä ja kehitystä. Säädöshistoriallisessa tarkastelussa painotusta annetaan lainsäädäntöaineiston lisäksi myös sille yhteiskunnalliselle tilanteelle, jossa lainsäädäntö on syntynyt. Menneisyyden tunteminen auttaa ymmärtämään lainsäädännön nykyhetkessäkin tapahtuvia vaikutuksia.²³ Historiallisella tarkastelulla voidaan toisaalta tunnistaa eri aikoina voimassa olleita oikeustiloja, toisaalta historiallinen tarkastelu toteutuu myös

22. Jyrki Tala, Lainsäädäntötutkimus – tarpeellinen näkökulma oikeustieteessä. *Defensor Legis* 6/2005, s. 1321–1322; Marjo Ylhäinen, Oikeussosiologia lainopin tutkimuksessa, teoksessa Heidi Lindfors (toim.), *Empiirinen tutkimus oikeustieteessä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja* 64/2004, s. 41–52, 42. Ylhäinen puhuu oikeussosiologian ja lainopin välisestä suhteesta. Oikeussosiologia voidaan nähdä lainopin aputieteenä, mutta vastaavasti lainoppi voitaisiin pyrkiä korvaamaan oikeussosiologisella tutkimuksella. Lainoppia ja sen pyrkimystä voimassa olevan oikeustilan selvittämiseen ja oikeaan oikeudelliseen tulkintaan tarkasteltaisiin kriittisesti ja jopa hylättäisiin lainoppi kokonaan. Näin toimittaisiin esimerkiksi oikeustaloustieteessä, jossa oikea ratkaisu syntyisi taloustieteellisiin menetelmiin nojautuen. Lainopin ja oikeussosiologian suhdetta on tarkastellut myös Aarnio (1993, s. 698), joka antaa painoa oikeussosiologialle lainopin aputieteenä, joka muun muassa tuottaa aineistoa lainopilliselle tulkinnalle. Näkisinkin kuitenkin, että veropoliittisessa tutkimuksessa lainoppia ja lainsäädäntötutkimusta tulisi hyödyntää rinnakkain nostamatta kumpaakaan tutkimussuuntausta toinen toistaan hallitsevammaksi.

23. Myrsky 2013, s. 6.

veropoliittisena taloudellisiin näkökulmiin paneutuvana tutkimuksena, jossa huomio kiinnittyy erilaisten verotusratkaisujen tuottamiin taloudellisiin lopputulemiin. Husan mukaan oikeushistoriallinen tutkimus tutkii oikeussääntöjen ja oikeudellisen ajattelun menneisyyttä ja asettaa tutkimuksen osaksi laajempaa yhteiskunnallista kontekstia. Oikeushistoria pyrkii selittämään lain muuttumista yhteiskunnallisilla ja historiallisilla syillä. Eri aikakausina voimassa olleet mallit voivat toimia myös oikeusvertailun aineistona.²⁴

Husan mukaan oikeusvertailu on lähtökohtaisesti kansainvälistä kansalliset rajat ylittävää oikeustutkimusta, joka tutkii muun muassa millaisiin oikeudellisiin keinoihin muissa yhteiskunnissa on päädytty kyseisten yhteiskunnallisten ongelmien ratkaisemiseksi. Oikeusvertailu toimii tietoperustan laajentajana ja pyrkii tietoisesti etsimään eroja ja yhtäläisyyksiä erilaisista oikeusjärjestyksistä. Oikeusvertailun kautta saadulle tiedolle voidaan antaa joko deskriptiivinen tai normatiivinen luonne.²⁵ Deskriptiivisellä tutkimuksella viitataan vallitsevan oikeustilan tutkimiseen, normatiivinen tutkimus puolestaan suuntautuu lainsäädännön kehittämistarpeiden tunnistamiseen.

Veropoliittista tutkimusta tukevan oikeusvertailun toteuttamiseksi tarvitaan kansainvälistä verotukseen kohdistuvaa lainopillista tutkimusta. Näin löydettyjä eri valtioissa käytettyjä lainsäädäntömalleja voidaan käyttää normatiivisen tutkimuksen apuna. Määttä toteaa, että oikeushistorian avulla tunnistetut erilaiset oikeusmallit voidaan ymmärtää myös eräänlaisina mallintestausmahdollisuuksina, jotka eivät muutoin oikeustieteen alalla ole mahdollisia.²⁶ Husa puolestaan jatkaa, että oikeusvertailun tarkoituksena voi olla myös pyrkimys irtautua oman oikeusjärjestyksen asettamista rajoitteista. Voi olla tarpeen työntää syrjään ajattelumalli, jonka mukaan kansallinen oikeusjärjestys ja toimintatapa olisivat ylivoimaisesti parhaita.²⁷ Voidaan olettaa, että ne eivät välttämättä joka suhteessaan ole myöskään tehokkaampia, vaan vaihtoehtoisilla toimintamalleilla saatetaan löytää entistä tehokkaampi ratkaisu. Husan mukaan oikeusvertailulla voi olla myös integrointi tehtävä. Vertailu auttaa toteuttamaan ja ymmärtämään EU-oikeuden mukanaan tuomaa oikeusjärjestysten yhdentymistä. Suomalaiseen lainsäädäntöön on saatu vaikutteita ruotsalaisesta ja muiden Euroopan maiden lainsäädännöistä. Eri maiden oikeusjärjestykset ovat historian saatossa olleet

24. Jaakko Husa, Johdatus oikeusvertailuun: oikeusvertailun perusteet erityisesti julkisoikeutta silmälläpitäen. Lakimiesliiton Kustannus 1998, s. 43.

25. Husa 1998, s. 11–20; Määttä (2013, s 7) puhuu veropoliittisen tutkimuksen komparatiivisesta luonteesta esimerkiksi silloin, kun verrataan terveyspoliittisia verotuksia, kuten arvonlisäverotuksia, terveydelle haitallisten tuotteiden valmisteveroihin (ns. terveysveroihin). Vrt. Tommi Ralli, Vertaileva oikeustaloustiede, teoksessa. Vesa Kannianen – Kalle Määttä (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 3. Lakimiesliiton Kustannus 1999, s. 45, jossa kirjoittaja korostaa, että lainsäädäntö uudistuu pääsääntöisesti kopioimalla oikeusjärjestyksestä toiseen.

26. Määttä huomauttaa, että lakeja ei voi testata laboratoriossa, vaan historialliset ja eri maissa käytetyt lainsäädäntömallit tuovat arvokasta tietoa eri mallien vaikutuksista, Määttä 1999, s. 16.

27. Husa 1998, s. 25.

vuorovaikutuksessa ja vaikuttaneet samankaltaistavasti.²⁸ Näin on tapahtunut muun muassa kotitalousvähennyksen osalta, kun Suomen kaltainen verotuki on hieman viiveellä toteutettu myös Ruotsissa. Viimeaikaisimmassa kehityksessä on havaittavissa samankaltaisia ja myös erottavia piirteitä: Suomessa on otettu käyttöön korotettu kotitalousvähennys. Sen tavoitteena on vihreän siirtymän vauhdittaminen tukemalla öljylämmityksestä luopumista vuosina 2022–2027 sekä arvioida vähennyksen työllisyysvaikutuksia tukemalla kodeissa tapahtuvaa kotitalous- ja hoivatyötä korotetusti vuosina 2022–2023.²⁹ Ruotsi on puolestaan vuodesta 2021 alkaen korottanut ja laajentanut vähennyksen soveltamisaluetta muun muassa kiertotalouden ja kuljetuspalveluiden suuntaan.³⁰ Molemmissa uudistuksissa on tavoitteena myös kysynnän lisäämisen avulla parantaa yritysten toimintaedellytyksiä.

5. Lopuksi

Veropolitiikka on varsin monitieteinen tutkimusala. Se on yhteiskunnallista oikeustutkimusta. Se on myös vero-oikeudellista tutkimusta ja sivuaa oikeustaloustieteellistäkin tutkimusta erityisesti hyödyntäessään taloustieteen tutkimustuloksia. Oikeusdogmatiikkaa ei voida veropolitiikasta puhuttaessa unohtaa, vaan sillä on erityisen tärkeä roolinsa veropolitiikan saralla. Voidaan kuitenkin todeta, että veropoliittisessa tutkimuksessa oikeusdogmatiikka suuntautuu voimassa olevan oikeuden ohella myös menneeseen ja tulevaan oikeuteen sekä rinnakkaisiin kansainvälisessä kontekstissa esiintyviin oikeustiloihin. Tutkimusmetodi on hyvin laaja-alainen. Toki on tapauskohtaisesti määriteltävissä, missä laajuudessa kulloinenkin tutkimuskysymys on tarpeen ja tutkimustaloudellisesti järkevää tutkia: keskitytäänkö historialliseen, kansalliseen vai kansainväliseen aspektiin vai tutkitaanko useampia ulottuvuuksia. Veropoliittiset kannanotot ovat erityisen tarpeellisia valtion budjetista ja verotuksesta päätettäessä.

28. Husa 1998, s. 18–28.

29. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi vuoden 2022 tuloveroasteikosta, tuloverolain muuttamisesta sekä eräiden muiden verolakien muuttamisesta 142/2021 vp, s. 14.

30. Regeringens proposition 2020/21:1, s. 234–267; Statens offentliga utredningar 2020:5. Fler ruttjänster och höjt tak för rutavdraget. Delbetänkande av Rut-utredningen, s. 13–19.

Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimuseettinen ymmärrys ja sen mahdolliset ongelmakohdat

1. Tutkijan ammattietiikasta

1.1. Johdantoa

Usea ammattiala on laatinut itselleen ammattieettiset ohjeet, ja joillakin ammatikunnilla on myös niiden noudattamista valvomassa oma organisaatio. Tunnetuimpia ovat Journalistin ohjeet, Lääkärin eettiset ohjeet¹ ja Hyvä asianajajatapa-ohjeistus. Myös tiedeyhteisöllä on omat ammattieettiset ohjeensa: Hyvä tieteellinen käytäntö ja sen loukkausepäilyjen käsitteleminen Suomessa (ns. HTK-ohje). Ensimmäinen tutkijoiden ammattietiikkaa käsittelevä julkaisu ilmestyi vuonna 1999: Salla Lötjösen toimittama ”Tutkijan ammattietiikka” -artikkelikokoelma. Se koostui alan pioneerien, muun muassa *Juhani Pietarisen*, *Matti Häyryn* ja *Jorma Palon*, kirjoituksista.

Tutkimuseetiikalla tarkoitetaan tieteellistä rehellisyyttä. Tutkimuseettisten ohjeiden tunteminen on osa tutkijan ammattitaitoa. Suomeen on perustettu valtakunnallinen, opetus- ja kulttuuriministeriön nimittämä tutkimuseetiikan orgaani, Tutkimuseettinen neuvottelukunta (TENK), joka viime kädessä valvoo tutkimuseettisten ohjeiden noudattamista samaan tapaan kuin Journalistin ohjeita valvoo ja tulkitsee Julkisen sanan neuvosto (JSN).

Ammattieettisiä ohjeita on vaikea määritellä yleisellä tasolla, koska niillä voi olla niin erilainen merkitys aina alasta ja tilanteesta riippuen. *Juha Räikän* tavoin ammattieettisten ohjeiden merkitystä voidaan arvioida kolmella eri tavalla.² Ne voidaan nähdä apukeinoiksi, joita voidaan käyttää eettisessä harkin-

* *Liisa Nieminen*, OTT, VTM, valtiosääntöoikeuden dosentti, vanhempi yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto. Olen työskennellyt opetus- ja kulttuuriministeriön yhteydessä toimivan Tutkimuseettisen neuvottelukunnan pääsihteerinä vuosina 2008–2010 ja lukuisten paikallisten ja valtakunnallisten eettisten toimikuntien jäsenenä tai puheenjohtajana vuosina 2011–2022. Avusta ja kommentista kiitän dos. *Arja Kuula-Luumia*, prof. *Sakari Melanderia* ja *VTM Heidi Lainetta*.

1. Ks. Lääkärin etiikka. 8. painos. Lääkäriliitto 2021.

2. Ks. tarkemmin *Juha Räikkä*, Ammattietiikan merkitys, s. 82–91 teoksessa *Sakari Karjalainen – Veikko Launis – Risto Pelkonen – Juhani Pietarinen* (toim.), *Tutkijan eettiset valinnat*. Gaudamus 2002. Oikeustieteen näkökulmana ks. *Liisa Nieminen*, Ammattieettiset ohjeet juristin haasteena, s. 18–44 teoksessa *Viestintäoikeuden vuosikirja 2017*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2018.

nassa. Ne eivät kuitenkaan ratkaise kokonaan eettisiä ongelmatilanteita, koska niissä ei anneta tarkkoja ohjeita. Eettisten ohjeiden avulla luodaan perusta, jonka avulla voidaan pohtia, mikä on väärin ja mikä oikein. Tällainen määritelmä sopii erityisesti lääkärin eettisiin ohjeisiin. Ne voidaan ymmärtää myös ammattia määrittäviksi periaatteiksi. Eettiset ohjeet kertovat ammatinharjoittajalle, mikä hänen ammatinsa tarkoitus pohjimmiltaan on. Ammatinharjoittaja voi eettisten ohjeiden perusteella arvioida, onko hänen ammatinsa arvoperusta sopiva hänen muiden näkemystensä kanssa. Papin ammattieettiset ohjeet kuuluvat tähän ryhmään. Kolmannelta vaihtoehdosta on kyse silloin, kun ammattieettisten ohjeiden tarkoitus on perustella muille ammattiryhmille, että kyseinen ammattiryhmä toimii eettisesti perusteltavissa olevalla tavalla. Tutkijat haluavat ammattieettisillä ohjeilla myös osoittaa, että tutkijan tehtävä on ammatti siinä kuin mikä tahansa muu ammatti.

Ammattieettiset ohjeet perustuvat ns. itsesääntelyyn, mikä tarkoittaa sitä, että kukin ammattikunta on ne itse itselleen hyväksynyt.³ Joillakin aloilla voi olla kyse ns. hybridimallista. Tällä viitataan siihen, että asianajajien ammattieettisten ohjeiden valvonta perustuu asianajajia koskevan lakiin (496/1958), vaikkakin valvontaelimen kokoonpanosta päättää pääosin asianajajayhdistyksen valtuuskunta. Myös tutkimuseettikka kiinnittyy nykyään laintasaaiseen sääntelyyn, vaikka tutkimuseettinen neuvottelukunta on perustettu asetuksella (1347/1991).

Tutkimuseettiset ohjeet on otettava huomioon käytettäessä perustuslain 16.3 §:n ja yliopistolain (558/2009) 6.1 §:n turvaamaa tieteen vapautta. Se ei ole rajoittamaton, vaikka tieteen vapaus voidaan määritellä siten, että se sisältää tutkijan oikeuden määritellä itse tutkimuksensa aiheet, menetelmät ja julkaisemisen muodot. Tieteen vapauden kriteerit muodostuvat tiedeyhteisön sisäisen valvonnan, kritiikin ja tieteen julkisuuden kautta.⁴ Hyvän tieteellisen käytännön noudattamista koskeva vaatimus perustuu pohjimmiltaan yliopistolain 2.2 §:iin: ”yliopistojen tulee järjestää toimintansa siten, että tutkimuksessa, taiteellisessa toiminnassa, koulutuksessa ja opetuksessa varmistetaan korkea kansainvälinen taso eettisiä periaatteita ja hyvää tieteellistä käytäntöä noudattaen”. Jotta tuo vaatimus varmasti otettaisiin vakavasti, sen valvonta on yliopistoissa uskottu korkeimmalle tasolle. Kunkin yliopiston rehtori vastaa viime kädessä Hyvää tieteellistä käytäntöä koskevan ohjeen loukkaamista koskevan epäilyn selvittämisestä yliopiston sisällä, ellei tehtävää ole sisäisesti siirretty kanslerille, kuten Helsingin yliopistossa on tehty vuodesta 2010 alkaen. Asianosainen, joka on tyytymätön rehtorin tai kanslerin päätökseen, esiselvityksessä tai tutkinnassa

3. Itsesääntelystä ks. Riku Neuvonen, Sananvapaus, joukkoviestintä ja sääntely. Talentum 2005 ja Päivi Tiilikka, Julkisen sanan neuvosto hyvän lehtimiestävän tulkitsijana ja määrittelijänä, s. 175–194 teoksessa Avoin, tehokas ja riippumaton, Olli Mäenpää 60 vuotta juhlaKirja. Edita 2010, s. 178–180.

4. Laajemmin ks. Tarmo Miettinen, Tieteen vapaus. Kauppakaari 2001.

noudatettuihin menettelytapoihin tai loppuraportin johtopäätöksiin, voi pyytää vielä lausunnon tutkimuseettiseltä neuvottelukunnalta.

Kun tutkijoilla on omat ammattieettiset ohjeensa, tämä tarkoittaa sitä, että yksittäisen tutkijan tulee ajaa myös ammattikunnan yhteisiä intressejä. Tutkijoiden tulee myös suhtautua toisiinsa arvostavasti. Kollegiaalisuus ei tarkoita sitä, että tutkimustoiminnassa ilmennyt vilppi tai muun väärinkäytös voidaan painaa ”villasella”. Tutkimusetiikka vaatii vilpin paljastamista. Näin ajetaan koko tiedeyhteisön etua.⁵ Toisaalta tiedetään, että ilmiantaja voi itse joutua tiedeyhteisön kostotoimenpiteiden kohteeksi siitä riippumatta, mihin lopputulokseen ilmianto on johtanut.⁶ Toisin kuin esimerkiksi yhdenvertaisuus- (1325/2014, 16 §) ja tasa-arvolaeissa (609/1986, 8 a §), HTK-ohjeessa ei ole mainintaa ns. vastatoimien kiellosta. Se on suuri puute.

1.2. Hyvän tieteellisen käytännön lähtökohdat

Vastuu hyvän tieteellisen käytännön noudattamisesta kuuluu koko tiedeyhteisölle ja jokaiselle tutkijalle. Hyvän tieteellisen käytännön lähtökohtia ovat vuodelta 2012 peräisin olevan HTK-ohjeen mukaan etenkin seuraavat (suoria lainauksia):

1. Tutkimuksessa noudatetaan tiedeyhteisön tunnustamia toimintatapoja eli rehellisyyttä, yleistä huolellisuutta ja tarkkuutta tutkimustyössä, tulosten tallentamisessa ja esittämisessä sekä tutkimusten ja niiden tulosten arvioinnissa.
2. Tutkimukseen sovelletaan tieteellisen tutkimuksen kriteerien mukaisia ja eettisesti kestäviä tiedonhankinta-, tutkimus- ja arviointimenetelmiä. Tutkimuksessa toteutetaan tieteellisen tiedon luonteeseen kuuluvaa avoimuutta ja vastuullista tiedeviestintää tutkimuksen tuloksia julkaistaessa.
3. Tutkijat ottavat muiden tutkijoiden työn ja saavutukset asianmukaisella tavalla huomioon niin, että he kunnioittavat muiden tutkijoiden tekemää työtä ja viittaavat heidän julkaisuihinsa asianmukaisella tavalla ja antavat heidän saavutuksilleen niille kuuluvan arvon ja merkityksen omassa tutkimuksessaan ja sen tuloksia julkaistessaan.

5. Näin asian näkee Juhani Pietarinen, Eettiset perusvaatimukset tutkimustyössä, s. 58–69 teoksessa Sakari Karjalainen – Veikko Launis – Risto Pelkonen – Juhani Pietarinen (toim.), Tutkijan eettiset valinnat. Gaudeamus 2002, s. 68.

6. Tästä ks. Jorma Palo, Ilmiantaja tutkijayhteisössä, s. 65–68 teoksessa Salla Lötjönen (toim.), Tutkijan ammattietiikka. Opetusministeriö, Koulutus- ja tiedepolitiikan osaston julkaisusarja. Helsinki 1999. Palo suosittelee yhdessä tehtävää ilmiantoa.

4. Tutkimus suunnitellaan ja toteutetaan ja siitä raportoidaan sekä siinä syntyneet tietoaaineistot tallennetaan tieteelliselle tiedolle asetettujen vaatimusten edellyttämällä tavalla.
5. Tutkimushankkeessa tai tutkimusryhmässä sovitaan ennen tutkimuksen aloittamista tai tutkijoiden rekrytointia kaikkien osapuolten – niin työnantajan, vastuullisen tutkijan (principal investigator) kuin ryhmän jäsenten – oikeudet, tekijyyttä koskevat periaatteet, vastuut ja velvollisuudet sekä aineistojen säilyttämistä ja käyttöoikeuksia koskevat kysymykset kaikkien osapuolten hyväksymällä tavalla. Tutkimuksen edetessä sopimuksia voidaan tarkentaa.
6. Rahoituslähteet ja tutkimuksen suorittamisen kannalta merkitykselliset muut sidonnaisuudet ilmoitetaan asianosaisille ja tutkimukseen osallistuville ja raportoidaan tutkimuksen tuloksia julkaistaessa.
7. Tutkijat pidättäytyvät kaikista tieteeseen ja tutkimukseen liittyvistä arviointi- ja päätöksentekotilanteista, jos on syytä epäillä heidän olevan esteellisiä.

HTK-ohjeessa todetaan myös, että tutkijoiden tulee noudattaa mainittuja käytäntöjä myös toimiessaan opettajina ja ohjaajina, tutkimustyöpaikan tai -rahoituksen hakijoina sekä muissa oman alan asiantuntijatehtävissä niin tieteellisissä kuin tiedeyhteisön ulkopuolisissakin yhteyksissä. Käytännöt koskevat tutkimustoiminnan ohella opetusmateriaaleja, kirjallisesti ja suullisesti annettuja lausuntoja, arviointeja, ansio- ja julkaisuluetteloja sekä yhteiskunnallisen vuorovaikutuksen tilanteita niin painetuissa kuin sähköisissäkin julkaisukanavissa, myös sosiaalisessa mediassa.⁷

Uuteen järjestelmään sopeutuminen vei jonkin verran aikaa. Kaikki eivät olleet valmiita hyväksymään sitä, että yliopiston tutkijan tutkimuksen vapautteen voitaisiin puuttua itsesääntelyn kautta hyväksytyillä eettisillä ohjeilla. Kyse ei kuitenkaan ollut mistään uuden tyyppisestä sääntelystä, sillä esimerkiksi Julkisen sanan neuvosto on perustettu jo vuonna 1968 ja Journalistin ohjeiden edeltäjä on vuodelta 1958. *Soft law*'n varaan perustuvaa sääntelyä on syntynyt monelle alalle viime vuosikymmeninä. Etenkin ihmisoikeuksien alalla on edetty usein siten, että ensin on syntynyt *soft law* -tasoista sääntelyä ja myöhemmin sitovaa oikeutta. Tässä on omat hyvät ja huonot puolensa.⁸

Tutkimusetiikan perustuminen tiedeyhteisön itsesääntelyn varaan on altis häiriöille. Olisi tosin hyvin poikkeuksellista, jos TENKin legitimitetti jossain

7. Somen osalta ks. Miia Kosonen – Salla-Maaria Laaksonen – Henrik Rydenfelt – Anja Terkamo-Moisio, *Sosiaalinen media ja tutkijan etiikka*. *Media & viestintä* 41 2018, s. 117–124.

8. Ks. esim. Liisa Nieminen, *Ristiriitainen soft law – liian paljon vai liian vähän soft law'ta?* *Lakimies* 7–8/2020, s. 1081–1103 ja Emilia Korkea-aho, *Pehmeä sääntely sääntelytutkimuksen ja oikeusjärjestyksen haasteena*, s. 69–83 teoksessa Heidi Lindfors (toim.), *Lainsäädäntöä vai muuta oikeudellista ohjailua?* Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 2005.

yliopistossa kiellettäisiin. Painoarvoa annettaisiin silloin käytännössä varmaan sille seikalle, olisiko kyse Helsingin yliopistosta vai jostain pienestä toimijasta ja sille, olisiko kyseessä esimerkiksi gradun vai väitöskirjan plagiointi. Jos iso toimija jättäisi tietoisesti noudattamatta HTK-ohjetta tai edes vihjaisi sellaista, olisi syytä pohtia, kumpi joutuu perääntymään. Tilannetta voidaan pohtia samalla tavoin kuin esimerkiksi JSN:n tilannetta silloin, kun Ylen päätoimittaja *Atte Jääskeläinen* vihjaili Helsingin Sanomien haastattelussa, että jos JSN puuttuu liikaa Ylen linjaan, Yle voi perustaa oman elimen valvomaan journalismin etiikkaa.⁹ Tätä tulkittiin niin, että Jääskeläinen halusi horjuttaa Julkisen sanan neuvoston asemaa. Jo seuraavana päivänä tiedotettiin Jääskeläisen erosta Ylen palveluksesta.

2. Tutkimusetiikka muuttuvassa yhteiskunnassa

2.1. Lääketieteen ja biologian uudet tutkimusmenetelmät 1980-luvulla – tutkimusetiikan alku¹⁰

Epärehellisiä tutkijoita on ollut tieteen historian alusta alkaen, mutta asiaan ei ole aina kiinnitetty sen enempää huomiota. Aina ei ole edes tiedetty, kuka tutkimuksen oli oikeastaan tehnyt. Väitöskirja oli usein professorin kirjoittama.¹¹ Epärehellisyyteen tutkimuksessa alettiin kiinnittää laajempaa huomiota vasta 1980-luvulla, ensin Yhdysvalloissa ja sen jälkeen Pohjoismaissa, aluksi Tanskassa.¹² Julkiseen keskusteluun asia nousee yleensä vasta, jos epärehellisyydestä epäilty tutkija on julkisuuden henkilö, esimerkiksi poliitikko.¹³

9. Helsingin Sanomat, 27.5.2017.

10. Ks. Paavo Löppönen – Eero Vuorio, Tutkimusetiikka Suomessa 1980-luvulta tähän päivään. Tieteessä tapahtuu 31 2013, Nro 1.

11. Ks. Sanna Supponen, Akateemisen väittelytaidon historiaa keskiajalta Turun Akatemiaan. Lyyra, HYY:n historian ystävien vuosikirja, 2016, Nro 2, s. 27–32. Laajemmin ks. Marianne Vasara-Aaltonen, From Disputation Hall to High Office: Swedish Students' Legal Dissertations at German and Dutch Universities in the Seventeenth and Eighteenth Centuries. *American Journal of Legal History* 60 2020, s. 536–563, 540–542.

12. Veikko Launis, Tieteellinen huijaus. Tieteessä tapahtuu 24 2006, Nro 4.

13. Ks. otsikoita: Yle Uutiset, 13.12.2001: ”Jari Vilénin gradusta jatkoselvitys”; Helsingin Sanomat, 27.8.2018: ”Työ sisältää sekä piittaamattomuutta hyvästä tieteellisestä käytännöstä että vilppiä – Laura Huhtasaaren gradun loppupäätelmistä plagioitu 80 prosenttia, arvioi asiantuntija”. Toisinaan saattaa käydä myös toisin päin. Suomessa paljastui sattumalta, että kansanedustaja Ilkka Kantolan väitöskirjaa oli plagioitu Saksassa pitkän ajan kuluttua väitöksestä. Ks. lyhyt uutinen asiasta, Helsingin Sanomat, 25.11.2009.

Tutkimusetiikka ei ole skandaalien etiikkaa, vaan ”hiljaista, sinnikästä ja hellittämätöntä sitoutumista tieteen harjoittamisen ihanteisiin: rehellisyyteen, avoimuuteen ja kriittisyyteen”, kuten *Jaana Hallamaa* on tilannetta kuvannut. Edelleen hän toteaa, että tieteen etiikka ei pohjaudu aiemmin tuntemattomille mutta nyt keksityille moraaliperiaatteille, vaan ”tieteen etiikan kiellot ovat samat, joiden varaan koko inhimillinen yhteiselämä rakentuu: älä ota toisen omaa, älä valehtele, älä petä.”¹⁴

Tutkimusetiikka tuli Suomessa tiedepolitiikan asialistalle 1980- ja 1990-lukujen taitteessa, jolloin keskustelun aiheena olivat lääketieteen ja biologian uudet tutkimusmenetelmät geenitutkimuksen ja lisääntymislääketieteen alalla. Suomen Akatemiaan perustettiin 1980-luvun alussa jaosto, jonka tehtävänä oli antaa tieteellisille toimikunnille lausuntoja tutkimushankkeiden mahdollisista eettisistä ongelmista. Hyvin pian havaittiin, että tarvitaan valtakunnallinen elin tutkimusetiikkaa varten. Sellainen perustettiin asetuksella vuonna 1991: Tutkimuseettinen neuvottelukunta, joka edustaa kaikkia tieteenaloja. Samassa yhteydessä huomattiin, että lääketutkimukseen, geenitutkimukseen ym. liittyvät eettiset ongelmat kuuluivat eri kategorioihin kuin yleinen tutkimusetiikka. Niitä varten perustettiin omat neuvottelukunnat, lautakunnat ym. (Geenitekniikan lautakunta, Biotekniikan neuvottelukunta, Valtakunnallinen lääketieteellinen tutkimuseettinen toimikunta).

TENK alkoi heti valmistella ohjeita tieteellisen epärehellisyyden käsittelyyn. Keskeisessä asemassa valmistelussa olleet henkilöt edustivat lääketieteellistä ja ylipäätään luonnontieteellistä tutkimusta, joten on helppo ymmärtää, miksi ohjeet rakennettiin eettisten ohjeiden muotoon, kuten lääketieteen alalla oli pitkään tapana Helsingin julistuksesta (1964) alkaen. HTK-ohje valmistui vuonna 1994: ”Epärehellisyys tutkimuksessa ja menettelytavat sen käsittelemiseksi”. Ohjeeseen sitouduttiin siten, että Suomen korkeakoulujen rehtorien neuvoston, Suomen Akatemian ja 12 tärkeimmän tutkimuslaitoksen johto allekirjoitti ohjeet. Vuonna 1994 luotua mallia on noudatettu myöhemminkin, vaikka ohjeiden sisältö on muuttunut jonkin verran. Ohjeisiin sitoutuminen on myöhemmin tapahtunut periaatteessa samalla tavalla, mutta on vaadittu erikseen tehty sitoutuminen kustakin yliopistosta. Ammattikorkeakoulut ovat myös mukana, ja tutkimuslaitoksia on allekirjoittajina enemmän kuin mainitut 12 tärkeintä. Jotta ei oltaisi luomassa valtakunnallisesti kovin erilaista tulkintakäytäntöä eri puolilla Suomea, hyvän tieteellisen käytännön loukkausta koskevasta epäilystä ja siihen liittyvistä päätöksistä prosessin eri vaiheissa on tehtävä ilmoitus TENKille, jotta se voi seurata ohjeen noudattamista ja tutkimusetiikan tilaa.¹⁵

14. Jaana Hallamaa, Tieteen etiikka: ei mitään sensaatioiden siveysoppia. Tieteessä tapahtuu 20 2002, Nro 4.

15. Tiedot löytyvät vuosilta 1999–2021 verkosta (<https://tenk.fi/fi/tenk/toimintakertomukset>). Tutkimusetiikan tilasta Suomessa laadittiin selvitys vuonna 2016: <https://tenk.fi/sites/tenk.fi/>

TENK ja tutkimuseettiset ohjeet eivät saaneet heti kaikkien tahojen hyväksyntää. Jotkut juristit vastustivat organisoitua järjestelmää, joka ei ollut oikeudellisesti sitova.¹⁶ Toisaalta pidettiin positiivisena asiana, että mukaan ei otettu rikosoikeudellista sääntelyä.¹⁷ Jotkut pelkäsivät, että tutkimuseettisten näkökohtien painottamisesta saattaa seurata tiettyä arkuutta. Voi jopa käydä niin, että tutkimusta rajoitetaan tai jopa luovutaan tutkimuksesta, jonka epäillä olevan epäeettistä.¹⁸ Hyvää tieteellistä käytäntöä koskevia ohjeita ovat muutettu jonkin verran kolmenkymmenen vuoden kuluessa, mutta peruseriaatteet ovat kuitenkin säilyneet ennallaan. Tavoitteena oli alusta alkaen epärehellisuuden ehkäiseminen tutkimustyössä. Sillä tarkoitettiin vuoden 1994 ohjeiden mukaan havaintojen tai tulosten sepittämistä, väärentämistä tai plagiointia. Lisäksi hyvän tieteellisen käytännön loukkauksia oli vuoden 1994 ohjeiden mukaan myös muiden tutkijoiden osuuden poisjättäminen tai vähättely julkaisuissa; tutkimustulosten tai käytettyjen menetelmien huolimaton ja siten ehkä harhaanjohtava raportointi; tulosten puutteellinen kirjaaminen ja samojen tulosten julkaiseminen useita kertoja näennäisesti uusina; tiedeyhteisön tietoinen harhaanjohtaminen oman tutkimustyön suhteen sekä muiden työn tuloksena syntyneiden julkaisujen saattaminen omiin nimiin.

HTK-ohjetta on uusittu vuosina 1998, 2002 ja 2012. Vuonna 2002 ohjeisiin tehtiin suuria muutoksia. Sisältöä muutettiin monessa kohdin, ja ohjeet myös pitenivät. Hyvän tieteellisen käytännön loukkaukset jaettiin aiempaa selvemmin kahteen kategoriaan: 1) piittaamattomuus hyvästä tieteellisestä käytännöstä ja 2) vilppi tieteellisessä toiminnassa. Vuonna 2012 ohjeisiin lisättiin myös kohta ”muita vastuuttomia menettelyjä”, joista esimerkkeinä mainittiin muun muassa tekijyyden manipulointi, omien tieteellisten ansioiden paisuttelu, lähdeluettelon paisuttelu, toisen tutkijan työn viivyttäminen, perätön ja ilkeäilmäinen ilmianto HTK-loukkauksesta sekä yleisön harhauttaminen. Vakavimmillaan nämä kaikki voivat täyttää HTK-loukkauksen kriteerit. Nykyisessä HTK-ohjeessa käsitteet määritellään paljon tarkemmin kuin vielä vuoden 1994 ohjeissa. Esimerkiksi ”plagioinnilla eli luvottomalla lainaamisella tarkoitetaan jonkun toisen julkittuoman tutkimussuunnitelman, käsikirjoituksen, artikkelin tai muun tekstin tai sen osan, kuvallisen ilmaisun tai käännöksen esittämistä omana. Plagiointia on sekä suora että mukaillen tehty kopiointi.” Kiellettyä on myös niin sanottu itseplagiointi (TENK 2019:18). Viittaukset omaan aiempaan työhön tulee tehdä aivan samaan tapaan kuin viittaaminen muiden tutkijoiden julkaisuihin.

files/Selvitys_OKMlle_tutkimusvilpin_valvonnasta_Spoof_TENK_200616.pdf.

16. Prof. P.O. Träskman oli korostanut, että HTK-ohjeet eivät ole oikeudellisesti sitovia. Näin Löppönen – Vuorio 2013, s. 7.

17. Terttu Utriainen, Tutkimusetiikka ja oikeudellinen sääntely, s. 104–116 teoksessa Paavo Löppönen – Pirjo H. Mäkelä – Keijo Paunio (toim.), Tiede ja etiikka. WSOY 1991, s. 113–114.

18. Pirkko K. Koskinen, Tutkimuksen tietosuojakysymykset, s. 126–143 teoksessa Paavo Löppönen – Pirjo H. Mäkelä – Keijo Paunio (toim.), Tiede ja etiikka. WSOY 1991, s. 131–132, 141.

HTK-ohjetta ollaan taas uudistamassa. Tätä kirjoitettaessa (25.10.2022) on käynnissä uudistettua HTK-ohjetta koskeva lausuntokierros (17.11.2022 saakka), ja ohjeiden uuden version on määrä tulla voimaan vuoden 2023 alussa. Tarkoituksena on yksinkertaistaa ja nopeuttaa menettelymuotoja epäiltäessä HTK-ohjeen loukkausta. Lisäksi tärkeää on, että uusissa ohjeissa on tarkoitus olla pitkä esimerkkiluettelo tieteellisestä toiminnasta, joihin ohjeita sovelletaan. Kirjalliset ja suulliset asiantuntijalausunnot sekä esiintymiset mediassa samoin kuin esimerkiksi podcastit ja mielipidekirjoitukset kuuluvat myös niihin.¹⁹

2.2. Legitimiteetin saavuttaminen

Tutkimuseettisten ohjeiden legitimiisyys mitattiin ensimmäisessä merkittävässä tapauksessa Helsingin yliopistossa vuonna 1995. Kyse oli *Carl Öhmanin* vuonna 1961 julkaisemasta kirjasta, joka perustui hänen vuonna 1961 Helsingin yliopistossa hyväksytyyn lisensiaatintutkimukseensa.²⁰ Väitettiin, että useita kirjassa mainittuja lähteitä ei ollut olemassakaan. Lisäksi ilmeni, että Öhman ei ollutkaan tohtori. Professori *Fred Karlssonin* tehtyä TENKin ohjeiden edellyttämän ilmoituksen yliopiston johdolle käynnistettiin esiselvitys ja sitten varsinainen tutkinta. Rehtorin asettaman asiantuntijaryhmän puheenjohtajana toimi professori *Thomas Wilhelmsson*, ja jäsenien joukossa oli myös yliopiston ulkopuolisia henkilöitä, kuten ohjeissa vaaditaan. Raportissa todettiin, että ”tieteellisen epärehellisyyden epäily on perusteltua. – – Öhman mainitsee ja siteeraa lukuisia asiakirjoja, joita ilmeisestikään ei ole olemassa. Näiden asiakirjojen runsaus ja ulkoasu osoittavat, että epärehellisyys on järjestelmällistä. Keksittyjen lähteiden esiintymistiheys vie lisäksi pohjan työn keskeiseltä tieteelliseltä argumentaatiolta.”²¹

19. Hyvä tieteellinen käytäntö ja sen loukkausepäilyjen käsitteleminen Suomessa 2023. Päivitysluonnos 6, lokakuu 2022. Siirtymäsääntöjen mukaan HTK-loukkaus arvioidaan sen ohjeen perusteella, johon organisaatio on sitoutunut silloin, kun teot ovat tapahtuneet.

20. Tapauksen kuvaus, ks. Löppönen – Vuorio 2013, s. 6. Ilmoituksen tehneen Fred Karlssonin Vieraskynä-kirjoitus, Helsingin Sanomat, 22.9.1995: ”Tapaus Öhman ja tieteen uskottavuus”. Ensimmäinen tieto Öhmania kohtaan tehdyistä epäilyistä tuli julkisuuteen Suomessa Helsingin Sanomien artikkelissa, 9.9.1995: ”Ruotsalaisdosentti väittää Carl Öhmanin Strindberg-tutkimusta perusteettomaksi. Väitöskirjaa ei löydy ja sen lyhennelmässä viitteitä olemattomiin lähteisiin”. Ks. tapauksesta myös Sanna Nyqvist – Outi Oja, Kirjalliset väärennökset: Huijauksia, plagiaatteja ja luovia lainauksia. Gaudeamus 2018, s. 301–308.

Ks. myös HS 22.9.1995: ”Lisensiaatintutkimus uuteen tarkastukseen”. Kirjoituksessa haastatellun TENKin tuolloisen pääsihteerin Paavo Löppösen mukaan tuohon mennessä HTK-ohjeiden voimassaolon aikana runsaassa vuodessa oli tehty koko maassa kuusi ilmoitusta. Vain yhden ilmoituksen kohdalla oli ryhdytty jatkotutkimuksiin.

21. Helsingin yliopisto, 4.7.1996: Tiedote professori Carl Öhmanin lisensiaatintyön tutkimuseettisen arvioinnin aiheuttamista toimenpiteistä.

Tosin jo seuraavana vuonna näytti saman yliopiston toisen tiedekunnan tapahtumia jälkikäteen arvioitaessa siltä, että TENK:n ohjeita ja menettelyä ei koettu kaikilla tahoilla legitimeiksi tai sitten niitä ei tunnettu kunnolla. Tätä osoittavaan yksittäistapaukseen palaan edempänä. Kuten *Tarmo Miettinen* on todennut, tieteen itsekontrolli ei toimi, jos tiedeyhteisön jäsenet jättävät ilmiäntamatta perustellutkin epäilyt tieteellisestä vilpistä. Tiedeyhteisön tulee huolehtia siitä, että tieteen eettisten ohjeiden rikkomisia valvotaan ja että tässä prosessissa huolehditaan sekä ilmiäntajan että tutkinnan kohteen oikeusturvasta.²² Koko ajan on lähdetty siitä, että TENK ei ota kantaa rikosoikeudellisiin tai työoikeudellisiin sanktioihin, vaan niistä päätetään kulloinkin voimassa olevan lainsäädännön perusteella. Lisäksi rahoittaja voi tehdä omat johtopäätöksensä.²³ Hallintolakia ja julkisuuslakia noudatetaan tutkimuseettisiä asioita yliopistoissa ja tutkimuslaitoksissa käsiteltäessä.²⁴

2.3. Uudenlaisia ongelmia

Viime aikoina tutkimuseetiikan alueelle on ilmaantunut uusia ongelmia ja on hyväksytty uusia asiakirjoja. TENK on hyväksynyt ainakin ansioluettelomallin ja tekijyyttä koskevan asiakirjan. Molemmissa oli havaittu käytännössä koko ajan kasvavia ongelmia. Tutkijoiden kesken saattaa syntyä kiistaa siitä, keiden nimet laitetaan tekijäluetteloon ja missä järjestyksessä kirjoittajien nimet tulee laittaa yhteisartikkeliin. Ainakin oikeustieteessä yhteisartikkelit ovat varsin tuore ilmiö, joten vakiintunutta käytäntöä ei ole vielä syntynyt. Monitieteiset tutkimusprojektit ovat nykyään yleisiä, ja kun eri aloilla on omaksuttu erilaisia käytäntöjä kirjoittajanimien järjestyksen suhteen, oli tarpeen saada TENKiltä ohjeet, miten toimia tuollaisessa tilanteessa (Tieteellisten julkaisujen tekijyydestä sopiminen²⁵).

Tekijyyteen liittyvät epäselvyydet ovat yksi nopeimmin kasvavia tutkimuseettisiä ongelmia. Kirjoittajanimien oikea järjestys on vielä pieni ongelma, ja se on yleensä helposti ratkaistavissa sopimalla. Vaikka avoin julkaiseminen on nykyään tavoitteena kaikilla aloilla, aiheuttaa se toisaalta ongelmia helpottaessaan plagiointia, jos joku sitä haluaa tehdä. Vielä suurempiin riskeihin törmätään, jos

22. Miettinen 2001, s. 348.

23. Tarkemmin ks. Sakari Karjalainen, Tutkimuseettisen neuvottelukunnan uudistetut menettelyohjeet. Tieteessä tapahtuu 16/1998, Nro 4.

24. HTK-ohjeen loukkausepäilyn tutkintaa koskevien asiakirjojen julkisuudesta ks. eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen päätös, 8.6.2020, EOAK/101/2019 ja KHO 2022:122.

25. Ks. https://tenk.fi/sites/tenk.fi/files/TENK_suositus_tekijyys.pdf, Tutkimuseettisen neuvottelukunnan julkaisu 6/2019, s. 15: Tekijöiden järjestys kirjoittajaluettelossa. TENK suosittelee noudattamaan tieteenalan vakiintunutta ja tiedeyhteisön hyväksymää käytäntöä pitäen huolen, että valittu järjestys on kaikkien tekijöiden tiedossa ja kaikkien hyväksymä. Erityisen tärkeää etukäteen sopiminen on monitieteisissä ja kansainvälisissä hankkeissa tieteenalojen erilaisten käytäntöjen vuoksi.

kyse on yhteiskirjoittamisesta ja käytössä on avointa dataa, elleivät osallistujat pääse kaikki käsiksi toistensa tutkimusinfrastruktuureihin. Kukaan ei saa päästä kirjoittajaksi vailla yhtä merkittävää työpanosta.²⁶

Tutkijan ansioluettelomallia koskeva suositus laadittiin vuonna 2020 yhdessä Suomen yliopistojen rehtorien neuvoston, Ammattikorkeakoulujen rehtorien neuvoston ja Suomen Akatemian kanssa.²⁷ Sellaisen laatiminen oli tarpeen sen jälkeen kun uuden yliopistolain voimaantulon jälkeen yliopiston palveluksessa olevat tutkijat eivät ole enää virkamiehiä vakiomallisine nimikirjoiineen, vaan alettiin käyttää vapaamuotoisia ansioluetteloita. Kilpailun kiristyminen oli myös omiaan johtamaan toisinaan ansioluettelon vääristelyyn.²⁸

Kokonaan uudenlainen asia on tutkimussuunnitelmien eettinen ennakoarviointi, jota koskeva TENKin laatima ohjeistus (Ihmiseen kohdistuvan tutkimuksen eettiset periaatteet ja ihmistieteiden eettinen ennakoarviointi Suomessa) tuli voimaan vuonna 2010 ja vähän uudistettuna vuonna 2019.²⁹ Yliopistot ja tutkimuslaitokset sitoutuivat ohjeeseen samalla tavoin kuin HTK-ohjeeseen. Ohje koskee kaikkea ihmistieteisiin luettavaa tutkimusta ja voi koskea myös oikeustieteellistä tutkimusta, lähinnä empiiristä tutkimusta. Tilanteet, joissa ennakoarviointia edellytetään ovat esimerkiksi seuraavanlaisia: 1) poiketaan tietoon perustuvan suostumuksen periaatteesta, 2) puututaan tutkittavien fyysiseen koskemattomuuteen, 3) tutkimus kohdistuu alle 15-vuotiaisiin ilman huoltajan suostumusta, 4) tutkittavalle esitetään poikkeuksellisen voimakkaita ärsykeitä, 5) tutkimuksessa on riski aiheuttaa tutkittaville tai heidän läheisilleen normaalin arkielämän ylittävää henkistä haittaa tai 6) tutkimuksen toteuttaminen voi merkitä turvallisuusriskin tutkittaville tai tutkijalle ja heidän läheisilleen. Lisäksi lausuntoa voidaan pyytää, jos tutkimuksen rahoittaja, yhteistyökumppani tai julkaisija sitä edellyttävät. Usein noita kriteerejä tulkitaan väljemmin, ikään kuin varmuuden vuoksi.

Vaikka eettinen ennakoarviointi koskee kaikkia ihmistieteitä, ennakoarviointia pyydetään lähinnä sosiologian ja kasvatustieteiden alaan kuuluvista tutkimushankkeista. Perusteena on useimmiten se, että rahoittaja, yhteistyökumppani tai julkaisija edellyttävät sitä. Oikeustieteen osalta on alusta alkaen todettu, että ennakoarviointi on tarpeen vain harvoin ja lähinnä vain oikeussosiologian alaan kuuluvissa tutkimuksissa. Joissakin tapauksissa eettinen ennakoarviointi

26. Heidi Laine, *Afraid of Scooping – Case Study on Researcher Strategies against Fear of Scooping in the Context of Open Science*. *Data Science Journal* 16: 29, s. 1–14 ja *Open science and codes of conduct on research integrity*. *Informaatiotutkimus* 37 2018, Nro 4.

27. Ks. https://tenk.fi/sites/default/files/2021-06/TENK_Tutkijan_ansioluettelomalli_2020.pdf.

28. Eero Vuorio – Sakari Karjalainen, *Ansioluettelon vääristely; tieteellisen vilpin uusi muoto? Lääketieteellinen Aikakauskirja Duodecim* 116 2000, s. 1251–1252 ja Eero Vuorio, *Ansioluetteloiden laadinta kaipaa ohjeistusta*. *Tieteessä tapahtuu* 23 2005, Nro 4.

29. *Ihmiseen kohdistuvan tutkimuksen eettiset periaatteet ja ihmistieteiden eettinen ennakoarviointi Suomessa*; *Tutkimuseettisen neuvottelukunnan julkaisuja* 3/2019.

on pyydetty tutkimushankkeista, joissa on ollut mukana usean tieteenalan tutkijoita. Ennakoarviointi tutkimussuunnitelmasta on pyydetty ainakin silloin, kun kyse on ollut haastatteluihin perustuvasta, oikeustieteen tutkijan yhdessä toisen alan (teologian) tutkijan kanssa kirjoittamasta artikkelista.³⁰ Ennakoarviointi on ollut perusteltavissa haavoittuvassa asemassa olevien haastateltujen suojelemistarpeella tilanteessa, jossa haastatellaan haavoittuvassa asemassa olevia ihmisiä ja etenkin, jos haastattelu käsittelee arkaluontoisia, sensitiivisiä aiheita.³¹ Kuten tekijyyttä koskevissa TENKin ohjeissa todetaan, yhteisartikkeleissa, joissa kirjoittajat edustavat eri aloja, olisi hyvä ilmoittaa kunkin kirjoittajan vastuualue artikkelin laatimisessa. Ei saa syntyä virheellistä kuvaa yksittäisen tutkijan edustamasta asiantuntemuksesta, ei sen enempää sisällön kuin menetelmäosaamisenkaan osalta.

Eettistä ennakoarviointia koskeva sääntely tuli Suomessa tarpeelliseksi, koska entistä useampi ulkomainen yhteistyökumppani ja julkaisu vaativat selaista.³² Asiaa valmisteltaessa³³ päädyttiin siihen, että eettinen ohjeistus riittää, ja sellainen oli sitä paitsi saatavissa valmiiksi nopeammin kuin lain säätäminen, mihin oli päädytty lääketieteellisen tutkimuksen osalta (488/1999). Muutoin lääketieteellinen tutkimus ja lääketieteen etiikka olivat monelta osin mallina.³⁴ Lääketieteellisessä tutkimuksessa olennaista on, että siinä puututaan ihmisen fyysiseen koskemattomuuteen. Perusoikeuden rajoittamisen tulee aina perustua lakiin; lääketieteellisessä tutkimuksessa rajoitetaan perustuslain 16.3 §:ssa turvattua tieteen vapautta, mutta se on tarpeen toisen perusoikeuden (henkilökohtaisen koskemattomuuden; PeL 7.3 §) turvaamiseksi. Humanistis-yhteiskuntatieteellinen tutkimus ei yleensä puutu ihmisen fyysiseen koskemattomuuteen, mutta eettistä ennakoarviointia koskevalla vaatimuksella voidaan rajoittaa tieteen vapautta melkoisesti, jos eettisen ennakoarvioinnin tulos on kielteinen. Kyse ei ole pelkästään eettisestä arvioinnista, vaan myös yksilön oikeuksista. Toimikunnan päätöksestä ei ole muutoksenhakuoikeutta, mutta jos lausunnon pyytjä ei hyväksy toimikunnan päätöstä tai muutosehdotuksia, hän voi pyytää lausunnon

30. Ks. Anna Mäki-Petäjä-Leinonen – Suvi-Maria Saarelainen, *Funeral Wills and the Autonomy of a Dying Person: Experiences of Older People in Palliative Care and their Carers*. *International Journal of Law, Policy and The Family* 35 2021, s. 1–23.

31. Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia, *Tutkijan eettinen vastuu sensitiivisessä tutkimushaastattelussa*, s. 115–130 teoksessa Kati Nieminen – Noora Lähtenmäki (toim.), *Empiirinen oikeustutkimus*. Gaudeamus 2021.

32. Ohjeiden taustasta ja valmistelun alkuvaiheista ks. Jaana Hallamaa – Veikko Launis – Salla Lötjönen – Irma Sorvali, *Etiikkaa ihmistieteille*, etenkin s. 11–30 ja 397–403. *Suomalaisen Kirjallisuuden Seura* 2006. Ks. myös Liisa Nieminen, *Lapset tutkimuskohteena: Kuka päättää lapsen osallistumisesta tutkimukseen?* *Lakimies* 2/2009, s. 226–253, jossa käsittelee ohjeita laajemminkin kuin vain lasten kannalta.

33. Tieto perustuu siihen, että toimin valmistelevan työryhmän sihteerinä vuosina 2008–2009.

34. Arja Kuula, *Tutkimusetiikka*. Vastapaino 2011, s. 21–50.

asiasta TENKiltä.³⁵ Tässä on kyse itseoikaisusta, ei varsinaisesta muutoksenhausta. Pitäisikö myös ihmistieteiden eettisestä ennakoarvioinnista säätää lailla ja ottaa siihen myös säännös muutoksenhakumahdollisuudesta perustuslain 21 §:ssä edellytillä tavalla? Perustuslakivaliokunta on aiemmin biopankkilaista antamassaan lausunnossa (PeVL 10/2012 vp) todennut, että tuollainen asia ei oikein sovi tuomioistuimen ratkaistavaksi. Siksi valituskielto ei ole perustuslain vastainen. Suurempi ongelma on siinä, voiko rehtori omalla allekirjoituksellaan antaa suostumuksen toisten ihmisten perusoikeuksien rajoittamiseen. Yleensä lähdetään siitä, että yksilö ei voi luopua vapaaehtoisesti perusoikeudestaan ainakaan ilman lain tukea.³⁶

Vaikka puhutaan eettisestä ennakoarvioinnista, kyse on tosiasiaa myös oikeudellisesta arvioinnista. Käytännössä tietosuojakysymykset ovat silloin vahvasti esillä samoin kuin alaikäisen tutkittavan asema. Eettisellä ohjeella ei voida poiketa sitovasta laista, mutta ongelmana on se, että ei ole edes päästy yksimielisyyteen siitä, mitä lakia asiassa on sovellettava.³⁷ Viime aikoina onkin alettu kritisoida tutkimusetiikan liiallista oikeudellistumista.³⁸ Näin on sanottu etenkin lääketieteellisestä tutkimuksesta, mutta enemmän ongelmia löytyy humanistis-yhteiskuntatieteellisen ihmiseen kohdistuvan tutkimuksen sääntelystä. Tällä hetkellä se perustuu pelkästään *soft law* -tasoiseen normistoon, mutta se ei enää riitä edellä mainituista syistä johtuen. Siitä olisi sujuvaa edetä eduskuntalakiin, kuten lääketieteellisen tutkimuksen kohdallakin tehtiin (vuoden 1964 Helsingin julistuksesta ns. tutkimuslakiin vuonna 1999).³⁹ Suomessa ei näitä asioita ole edes pohdittu vakavasti. Juristeja ei asia liiemmästi kiinnosta, vaikka tässä tarvittaisiin juuri sen alan asiantuntemusta.

35. Tätä tapahtuu harvoin. Ks. kuitenkin TENK 2021:14.

36. Näin jo Mikael Hidén, Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa, s. 1–117 teoksessa Oikeustiede – Jurisprudentia I (1971) s. 61–68. Suostumuksen merkityksestä perusoikeuteen puuttumisen oikeuttajana, ks. HE 18/2020 vp, s. 178–183 ja muutoksenhakuoikeudesta, s. 187–190 ja ks. myös PeVL 23/2020 vp (lääketieteellinen tutkimus).

37. Nieminen 2009, s. 244–253. Ongelmista ks. myös Niina Rutanen – Kaisa Vehkalahti, Lasten ja nuorten tutkimusetiikan muuttuvat kentät, s. 7–31 teoksessa Niina Rutanen – Kaisa Vehkalahti (toim.), Tutkimuseettisestä sääntelystä elettyyn kohtaamiseen, Lasten ja nuorten tutkimuksen etiikka II. Nuorisotutkimusverkosto 2019.

38. Oikeudellistumiskritiikistä yleisemmin ks. Veikko Launis, Ihminen klinisen tutkimuksen kohteena, s. 14–15 teoksessa Tapani Keränen – Amos Pasternack (toim.), Kliinisen tutkimuksen etiikka. Duodecim 2015. Ks. ruotsalaisen tutkimuksen osalta Sophia Pagil – Jane Reichel – Santa Slokenberga, Etik som rättslig verktyg? Etikprövning av forskning som rättslig skyddsåtgärd för enskilda. Nordisk Socialrättslig Tidskrift 2022, s. 39–70.

39. Lakia säädettäessä perus- ja ihmisoikeudet eivät vielä olleet näkyvästi esillä. Ks. HE 229/1998 vp, vrt. jo Salla Lötjönen, Lääketieteellinen tutkimus ihmisillä. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2004, s. 14–32.

3. Tutkimusetiikka oikeustieteessä

3.1. Miten esillä opetuksessa ja tutkimuksessa?

Oikeustieteilijöillä näyttää olleen jonkin verran ongelmia tutkimusetiikan hallintaan ottamisessa. Tai ehkä heidän roolinsa on ollut muistuttaa oikeusturvasta ym. juristeille kuuluvista asioista. Toisin kuin esimerkiksi eduskunnan oikeusasiamiehestä annetussa laissa (197/2002), tutkimuseettisessä asiassa ei ole määrääaikaa, jonka aikana ilmoitus hyvää tieteellistä käytäntöä koskevan ohjeen loukkauksesta on tehtävä rehtorille tai vastaavalle. HTK-ohjeen mukaan tutkimusvilppi ja piittaamattomuus hyvästä tieteellisestä käytännöstä eivät tekoina vanhennu. Oppi- tai tutkimuslaitos voi kuitenkin päättää, ettei HTK-tutkintaa suoriteta, jos väitetystä loukkauksesta on kulunut niin pitkä aika, ettei tutkinnalla ole merkitystä tutkimuseettisesti kestävien käytäntöjen, tutkimuksen laadun varmistamisen eikä muiden oikeusturvan kannalta. Tämä tuli ohjeisiin vasta vuonna 2012. Edellä mainitussa Öhman-tapauksessa asiantuntijaryhmä totesi kuitenkin, että koska lisensiaatintyön valmistumisesta oli kulunut jo noin neljäkymmentä vuotta eikä Öhman ollut tänä aikana työskennellyt tieteellisen tutkimuksen parissa, purkuhakemuksen tekemiseen ei korkeimmalle hallinto-oikeudelle ollut olemassa erityisen painavia syitä. Samoin oli asianlaita *Jari Vilénin* kohdalla; gradun valmistumisesta oli jo 13 vuotta.⁴⁰ Purkua oli tuolloin voimassa olleen hallintolainkäyttölain (586/1996) 64.2 §:n mukaan haettava viiden vuoden kuluessa. Vain erityisen painavasta syystä päätös voitiin purkaa määräajan jälkeenkin.

Suomen kielellä löytyy vain muutama oikeustieteen tutkijan kirjoittama tutkimusetiikka koskeva kirjoitus (Helin, Hirvonen⁴¹, Nuotio ja L. Nieminen). *Helin* keskittyy pääasiassa plagiointiin ja myös muuhun HTK-ohjeen sisältöön.⁴² Nuo asiat ovat nykyään oikeustieteen tutkijoillekin suhteellisen tuttuja ainakin teoriassa. Myös oikeustieteen metodioppaissa saatetaan käsitellä tutkimusetiikkaa. *Kati Niemisen* ja *Noora Lähteenmäen* toimittama ”Empiirinen oikeustutkimus” -teos (2021) tarjoaakin kiinnostavaa luettavaa myös tutkimusetiikan alalta. *Nuotion* artikkeli on edellä mainituista julkaisuista kaikkein käytännönläheisin,

40. Asiasta käytiin keskustelua vuonna 2002: Leena Kartio, Hyväksytyin gradun epäselvyyksiin puuttumisesta. *Acatiimi* 2/02. Ks. myös *TENK* 2020:12. X:n rehtori käytti HTK-ohjeen hänelle suomaan harkintavaltaa siinä, miten pitkän ajan jälkeen ja millaisen perustellun syyn vuoksi HTK-esiselvitys pro gradun osalta voidaan jättää käynnistämättä. Yli 10 vuotta vanhaan tutkielmaan kohdistunutta epäilyä ei tarvinnut tutkia.

41. Ari Hirvonen, Eettisesti hyvä tutkimus, s. 31–49 teoksessa Jaana Hallamaa – Veikko Launis – Salla Lötjönen – Irma Sorvali (toim.), *Etiikkaa ihmistieteille*. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2006.

42. Markku Helin, Oikeustiede ja tutkimusetiikka. *Lakimies* 6/2015, s. 787–810.

ja sitä käytetään myös tutkimusetiikan opetuksessa oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Siinä annetaan neuvoja esimerkiksi viittaamisen merkityksestä; kyse on aina toiselle tutkijalle annetusta tunnustuksesta.⁴³ Omista tutkimusetiikkaa käsittelevistä artikkeleistani osa käsittelee eettistä ennakoarviointia.⁴⁴ Se on suurimmalle osalle tutkijoista täysin vieras asia, ja harva oikeustieteen tutkija sitä tarvitsekaan.

Oikeustieteen koulutuksessa tutkimusetiikka on jonkin verran esillä, Helsingissä jo ensimmäisen lukuvuoden aikana, yhdessä oikeudellisen ajattelun perusteiden opiskelun kanssa.⁴⁵ Tutkimusetiikka ymmärretään opiskelijoiden keskuudessa lähinnä plagioinnin kitkemiseksi.⁴⁶ Olisi tärkeää, että opiskelijoiden kyky tieteelliseen ajatteluun kasvaa samanaikaisesti oikeudellisen ajattelun kehittymisen kanssa, sillä muutoin tutkimusetiikan syvin olemus ei aukea heille.⁴⁷

Plagioinnin yleisyydestä oikeustieteen koulutuksessa ei ole saatavilla ajantasaista tietoa, ainoastaan *Kaijus Ervastian* kirjoitus vuodelta 2011.⁴⁸ Sen mukaan 7 prosenttia opiskelijoista syyllistyi plagiointiin yhden kurssin aikana. Helsingin yliopiston tutkinto- ja oikeusturvajohtosäännön (15.4.2015) 45 §:ssä lähdetään siitä, että mikäli vilppiäily koskee lisensiaatintutkimusta tai väitöstutkimusta tai hyväksyttyä ylempään korkeakoulututkimukseen tutkielmaa, noudatetaan tutkimuseettisen neuvottelukunnan antamia menettelyohjeita hyvän tieteellisen käytännön loukkaamista koskevien epäilyjen käsittelemisestä. Muilta osin on voimassa rehtorin antamat ohjeet.⁴⁹ Plagioinnin kitkemiseksi on tärkeää, että vilppitapauksiin puututaan. Kun tieto tästä leviää opiskelijoille, se on ehkä omiaan ehkäisemään vilppiyrityksiä.⁵⁰

Tutkijoiden keskuudessa näyttää yhä vallitsevan sellainen käsitys, että tutkimusetiikka plagiointia lukuun ottamatta ei suuremmalti kosketa oikeustieteellistä tutkimusta. Kun tutkimusetiikkaa yleisesti käsittelevä kirjallisuus käsittelee

43. Kimmo Nuotio, Oikeustiede ja viittaamisen etiikka. *Niin & Näin* 2/2005, s. 115–123.

44. Ks. esim. Liisa Nieminen, Lasten ja nuorten tutkimus Suomessa: oikeudellinen näkökulma, s. 25–42 teoksessa Hanna Lagström – Tarja Pösö – Niina Rutanen – Kaisa Vehkalahti (toim.), *Lasten ja nuorten tutkimuksen etiikka*. Nuorisotutkimusseura 2010.

45. Osana OAPTK-kurssia (Oikeudellisen ajattelun ja tieteellisen kirjoittamisen perusteet).

46. <https://studies.helsinki.fi/ohjeet/artikkeli/mita-ovat-vilppi-ja-plagiointi>. Ks. myös Helsingin yliopiston tutkinto- ja oikeusturvajohtosääntö, 6 luku (Plagiointi ja vilppi opinnoissa). Opiskelijan kurinpidosta ks. yliopistolain 45 §.

47. Ks. tarkemmin Johanna Hurtig, Ajattelu ilmiöiden lukemisen taitona, s. 12–43 teoksessa Johanna Hurtig – Merja Laitinen – Katrina Uljas-Rautio (toim.), *Ajattelle itse! Tutkimuksellisen lukutaidon perusteet*. PS-Kustannus 2010.

48. Kaijus Ervasti, Oikeustieteen opiskelijoiden tutkimusetiikka ja vilppitapaukset. *Oikeus* 1/2011, s. 66–70.

49. Rehtorin ohje menettelystä opiskelijoiden vilppi- ja plagiointitapauksissa, 172/2011, jota ollaan päivittämässä vielä vuoden 2022 aikana. Menettelyä on tarkoitus yksinkertaistaa.

50. Mitä opettajat voivat tehdä plagiarismin kitkemiseksi ja samalla edistää opiskelijoiden oppimista, ks. Erika Löfström – Pauliina Kupila, The Instructional Challenges of Student Plagiarism. *Journal of Acad Ethics* 11 2013, s. 231–242.

koetoimintaa, tutkimushaastatteluja ym. oikeustieteen tutkijalle pääosin vieraita asioita, ei ole ihme, ettei tutkimusetiikka herätä laajaa kiinnostusta oikeustieteilijöiden keskuudessa. He kaipaavat tuomioistuinten päätöksiä kantansa tueksi, eikä niitä juurikaan löydy (ks. kuitenkin KHO 2016:68 ja 2019: 115). Tämä onkin ainoa tutkimusetiikkaan liittyvä asia, josta juristien keskuudessa on esiintynyt erilaisia käsityksiä. Ensiksi mainitussa tapauksessa korkein hallinto-oikeus päätyi siihen, että päätös tutkintotodistuksen antamisesta maisterin tutkinnon suorittamisesta oli purettavissa silloin voimassa olleen hallintolainkäyttölain 63 §:n 1 momentin 3 kohdan nojalla. Julkinen etu vaati purkamista. Perusteena oli pro gradu -tutkielmassa uudelleen tarkastuksessa havaittu tutkimusvilppi, plagiointi ja sepittäminen.⁵¹ Toisessa tapauksessa (KHO 2019:115) korkein hallinto-oikeus hylkäsi purkuhakemuksen, sillä kyse ei ollut poikkeuksellisen vakavasta ja suunnitelmallisesta plagioinnista kuten vuosikirjaratkaisun KHO 2016:68 tilanteessa. Oikeusneuvos *Toomas Kotkas* oli eri mieltä, ja hän olisi hyväksynyt purun julkisen edun vaatiessa sitä. Asiaan tuo lisäväriä vielä se lähes huomaamatta jäänyt asia, että ensiksi mainitussa tapauksessa korkein hallinto-oikeus lausui myös mahdollisuudesta poistaa päätös tutkinnon myöntämisestä asianosaisen opiskelijan omalla suostumuksella.⁵²

3.2. Käytäntöä oikeustieteellisen tutkimuksen osalta

Seuraavassa esittelen eräitä tapauksia, mutta kyse ei ole kaiken kattavasta luettelosta, vaan tuon esiin sekä perinteisiä että moderneja tapauksia. Oikeustieteessä on havahduttu hitaasti tutkimusetiikan tutkimukselle asettamiin uusiin vaatimuksiin. Tämä liittyy yleensäkin oikeustieteen metodeissa tapahtuneisiin muutoksiin. Niin kauan kuin tutkimus oli lähes pelkästään lainoppia, tutkimusetiikkaa ei tarvinnut ajatella muutoin kuin olla plagioinnin osalta. Kun käytetään muita metodeja (haastattelut, toimintatutkimus ym.), on myös useita mahdollisuuksia rikkoa tutkimuseettisiä ohjeita. Tähän kehitykseen ei ole juuriakaan kiinnitetty huomiota. Nyt on aika pohtia oikeustieteen itseymmärrystä ja siinä havaittavissa olevia muutoksia. Pystyykö oikeustiede mukautumaan muutoksiin riittävän nopeasti?⁵³ Oikeustiede lähentyy tietystä suhteesta muita tieteenaloja,

51. Ks. Ida Koivisto, Oikeustapauskommentti KHO 2016:68. Oikeuden ja tieteen risteyksessä – tutkimusvilpin hallinnolliset seuraamukset. *Helsinki Law Review* 2/2016, s. 8–10.

52. Ks. myös Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan johtokunnan kokous 28.2.2012, jolloin päätettiin asianosaisen jatko-opiskelijan pyynnöstä poistaa lisensiaatintutkimuksen hyväksyminen ja oikeustieteen lisensiaatin tutkinto.

53. Yhtenä puheenvuorona tästä ks. Mika Sutela, Pystyykö oikeustiede mukana modernin yhteiskunnan murroksessa? Oikeutta ja kohtuutta – *The Blog of the UEF Law School*, 23.8.2019. Ks. myös Kaijus Ervasti, Oikeussosiologia ja oikeuspoliittinen tutkimus osana oikeustiedettä. *Oikeustiede – Jurisprudentia XLIV* (2011), s. 61–132, 99–107.

jolloin tutkimuksellekin asetetaan uudenlaisia eettisiä vaatimuksia. Monitieteinen tutkimus ei tarkoita sitä, että oikeustieteen tutkija tekee perinteistä lainopillista tutkimusta ja siihen ”liimataan” jonkun toisen tieteenalan tutkijan osuus ja tämä toisen alan tutkija vastaa yksinään tutkimuseettisistä vaatimuksista, vaikkei sitä tuoda missään esiin.⁵⁴

3.2.1. Plagiointi

Oikeustieteen alalla on ollut yksi poikkeuksellisen vakava plagiointitapaus Helsingin yliopistossa vuonna 1996. Tosin tuota termiä ei silloin käytetty, vaan puhuttiin vain toisen tekstin käyttämisestä ilman lähdeviitettä. Asiaa ei käsitelty TENKin vuodelta 1994 olevien ”Epärehellisyys tutkimuksessa ja menettelytavat sen käsittelemiseksi” -ohjeiden mukaan, vaikka niitä oli noudatettu edellisenä vuonna Carl Öhmanin asiassa toisessa tiedekunnassa.

Epäily nousi oikeustieteellisen tiedekunnan tiedekuntaneuvoston kokouksessa lokakuussa 1996, kun esillä oli OTL *Marjo Ojalan* väitöskirjan hyväksyminen.⁵⁵ Tätä ennen tiedekunnan henkilökuntaan tuolloin kuulunut OTL *Pekka Timonen* oli lähettänyt dekaanille 14 sivun mittaisen muistion, jonka mukaan Ojalan tutkimuksessa esiintyi runsaasti suoria lainauksia aiemmin ilmestyneistä ulkomaisista tutkimuksista ilman, että Ojalan tekstiin olisi otettu tämän ilmaisevaa viitettä. Väitöskirjalle asetettu arvosanalautakunta puolestaan esitti arvosanaksi *eximia cum laude approbaturia*. Keskustelun jälkeen väitöskirja päätettiin hyväksyä OTT-tutkintoon kuuluvaksi suoritukseksi tiedekuntaneuvoston kokouksessa 24.10.1996. Arvosanan osalta asia päätettiin panna pöydälle ja päätettiin nimetä kahden professorin ja yhden apulaisprofessorin muodostama työryhmä tekemään selvitys Ojalan väitöskirjassaan käyttämän lähdemateriaalin käyttötavasta. Selvityksen pohjalta tiedekuntaneuvosto totesi 23.1.1997 pidetyssä kokouksessa, että oikeustieteelliseksi väitöskirjaksi tarkoitettussa tutkimuksessa ”ei saa olla OTL Ojalan väitöskirjassa esiintyvässä mitassa suoria lainauksia, joita ei ole asianmukaisesti osoitettu lainauksiksi ja että Ojalan olisi pitänyt tämä tietää”. Tiedekuntaneuvosto totesi myös, että ”lähteiden käyttöön ja sen osoittamiseen liittyvä vakava virhe väitöskirjakäsikirjoituksessa olisi tullut havaita ja korjata jo ohjauksessa tai viimeistään esitarkastuksessa”. Lopuksi se totesi jo hyväksyneensä kokouksessaan 24.10.1996 väitöskirjan ”jäsenten silloin käytävissä olleen tiedekuntaneuvoston määräämien asiantuntijoiden (esitarkastajat ja vastaväittäjät) antaman tiedon pohjalta” ja että ”tämän päätöksen saamiseen jäl-

54. Monitieteisen tutkimuksen haasteista ks. Teija Stanikić, Kahden tieteenalan jännitteessä. Oikeus 3/2016, s. 414–424 ja Sanna Kivimäki, Monitieteisyys – helpommin sanottu kuin tehty, s. 25–32 teoksessa Mari Heikkilä – Tuukka Tammi (toim.), Viheliäs tiede – ja muita vaikeita uutisia. Vastapaino 2020.

55. Oikeustieteellisen tiedekunnan tiedekuntaneuvoston pöytäkirjat 24.10.1996, 14.11.1996, 5.12.1996 ja 23.1.1997. Helsingin yliopiston arkisto.

kikäteen muutetuksi ei näytä olevan riittävän selviä edellytyksiä”. Tämän jälkeen kokous hyväksyi väitöskirjan arvosanalla *approbatur*. Lisäksi päätettiin ilmoittaa Ojalalle, että ”lainausten käyttö kirjassa tulisi ennen sen painamista ja julkaisemista korjata asianmukaiseksi”. Samalla päätettiin, että tämä käsitys saatetaan dekaanin harkitsemalla tavalla tarvittaessa kirjan kustantajan tietoon. Väitöstilaisuudessa tutkimus oli omakustanteen muodossa, mutta sen esipuheessa oli maininta myöhemmästä julkaisemisesta tietyn ulkomaisen kustantajan toimesta.

Tiedekuntaneuvoston pöytäkirjoista ei käy ilmi, miksi asia hoidettiin ”omin päin” ilman TENKin luomaa toimintatapaa. Prosessin käynnistämiseen tarvittiin tosin rehtorille tehty ilmoitus, mutta rehtori saattoi ottaa käsiteltäväksi muutakin kautta tulleen epäilyn. Kumpaakaan tapaa ei käytetty kyseisessä tapauksessa. Haastatteleamalla asian hoidossa mukana olleita ihmisiä en ole myöskään saanut valaistusta asiaan.⁵⁶ Kävi kuitenkin selväksi, että kyse ei ollut mistään tietoisesta TENKin ohjeiden sivuuttamisesta. Asiaa ei ilmeisesti hahmotettu tutkimuseettiseksi kysymykseksi. Tuohon aikaan tutkimuseetiikka ei ollut vielä kovin tunnettu asia.

Joka tapauksessa tämän päivän näkökulmasta Ojalan tapauksessa oli selvästi kyse plagioinnista, vaikkei tuota sanaa asiaa käsiteltäessä käytettykään. Tämä käy ilmi esimerkiksi dekaani *Mikael Hidénin* lausunnosta (23.1.1997). Hän toteasi muun muassa: ”Vakavaa sen sijaan on, että väitöskirjassa on laajahkojakin kappaleita, joissa on suoraan lainattu lähteen teksti osoittamatta, että kyseessä on sitaatti. Laajimmillaan tällaiset lainaukset näyttävät kattavan kaksi perättäistä sivua. – Tällaisia kohtia on sillä tavoin runsaasti ja kirjan eri puolilla, että niiden kokonaisuutta ei voida selittää huolimattomuudella tai kiireellä tai esim. sillä, että niitä on jäänyt vain kirjan korostuneesti selostaviin jaksoihin.”

Muissakin oikeustieteellisissä tiedekunnissa on saattanut esiintyä vastaavia tapauksia, mutta tunnen parhaiten Helsingin yliopiston tiedekunnan. Kaikkein erikoisin tutkimuseettinen ongelma tuli ilmi *Defensor Legis* -lehdessä. Oliko kyse plagioinnista, anastamisesta vai mistä? Lehden numerossa 1/2021 (s. 3–17) julkaistiin artikkeli ”Oikeudenkäynnin keskeytymisen vaikutus saatavan vanhentumiseen”. Kirjoittajaksi ilmoitettiin *Ari Saarnilehto*. Pian huomattiin eri tahoilla, että teksti oli lähes ”saman sanainen kopio” lehden numerossa 2/2020 (s. 125–136) julkaistun ”Kesken jääneen oikeudenkäynnin vaikutus saatavan vanhentumiseen” -artikkelin kanssa. Sen kirjoittajaksi oli ilmoitettu *Tuula Linna*. Lehden seuraavassa numerossa 2/2021 oli lehden päätoimittajan laatima ”Korjaus”, jossa todettiin Saarnilehdon toimittaneen artikkelin lehdelle ”omissa nimissään julkaistavaksi” ja että Saarnilehto on selittänyt tapahtunutta ”erehdyksellä”. Päätoimittaja pyysi ”tätä valitettavaa tapahtunutta” anteeksi Linnalta ja lukijoilta.

56. Prof. Olli Mäenpään sähköpostiviesti, 22.9.2022 ja silloisen dekaani Mikael Hidénin kanssa käyty puhelinkeskustelu, 23.9.2022.

Saarnilehdon kirjoitus oli poistettu lehden nettiversiosta. Paperilehdessä se kuitenkin on ja pysyy.

Kun asia sivuutettiin noin lyhyesti, ulkopuoliselle ei tullut selväksi, mistä siinä lopulta oli kyse. Kuinka joku voi erehdyksessä jättää lehteen toisen kirjoittajan jo julkaistun tekstin omissa nimissään? Vaikea kuitenkin sanoa, että kyseessä oli plagiointi tai anastaminen. Vai pitäisikö vastuu siirtää päätoimittajalle, joka on myös Turun yliopiston dosentti? HTK-ohje koskee tutkijan toimintaa myös asiantuntijatehtävissä, niin tieteellisissä kuin tiedeyhteisön ulkopuolisissakin. Defensor Legis -lehden julkaisija on Asianajajaliitto, ja sitä on julkaistu vuodesta 1920 alkaen. Lehti on saanut Julkaisufoorumin JUFO-luokituksen (1). Lehden silloinen päätoimittaja, joka on myös Turun yliopiston dosentti, on velvollinen noudattamaan HTK-ohjetta. Hänen tulee noudattaa myös päätoimittajan tehtävässä tiedeyhteisön tunnustamia toimintatapoja eli rehellisyyttä, yleistä huolellisuutta ja tarkkuutta, mitkä ovat HTK-ohjeen mukaan hyvän tieteellisen käytännön lähtökohtia. Kun noita lähtökohtia ei ole noudatettu Defensor Legis -lehdessä, pitäisikö tämä ottaa huomioon lehden JUFO-arvioinnissa? Täytyvätkö lehden arvioinnissa kaikki JUFO 1 -ehdot yhä?⁵⁷ Tilanteen ehkä ainakin osin pelasti se, että lehden pitkäaikainen päätoimittaja vaihtui uuteen vuoden 2022 alussa.⁵⁸

3.2.2. Tekijyydestä⁵⁹ sopiminen

Perinteisesti oikeustieteellistä tutkimusta tehdään yksin, joko artikkelien muodossa tai monografioita kirjoittaen. Viime aikoina on alettu kirjoittaa artikkeleita, joko toisten saman alan tutkijoiden kanssa tai jopa jonkun toisen alan

57. Ks. <https://julkaisufoorumi.fi/fi/arvioinnit/luokitteluperusteet>.

58. Vrt. dosentti Johan Bäckmanin tapaus, josta ks. Tiina Raevaaran kolumni ”Johan Bäckman ja hyvä hallinto”, Suomen Kuvalehti, 15.9.2022. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan oikeussosiologian ja kriminologian dosentti Johan Bäckman on toiminut vuosia ”Suomi-asiantuntijana” Venäjän mediassa ja antanut siellä virheellisiä ja harhaanjohtavia lausuntoja esimerkiksi suomalaisten viranomaisten toiminnasta. Asialle ei ole voitu tehdä mitään, sillä laki ei anna mahdollisuutta perua dosentin arvonimeä. Tiede- ja kulttuuriministeri Petri Honkonen yritti edistää dosentuurin perumisen mahdollistavaa lainmuutosta, mutta luopui asiasta yliopistomaailman vastustuksen myötä. Suomen yliopistojen rehtorienneuvosto UNIFI oli sitä mieltä, että yksittäistapausten vuoksi ei pidä muuttaa säännöksiä. Tieteentekijöiden liitto korosti, että dosenttuuri myönnetään tieteellisten ansioiden perusteella eivätkä nämä ansiot ”pyyhkiydy pois tieteen ulkopuolisen toiminnan perusteella”. Koska dosenttilta edellytetään myös tiedeyhteisön ulkopuolella tiedeyhteisön tunnustamia toimintatapoja eli rehellisyyttä, yleistä huolellisuutta ja tarkkuutta, mitkä ovat HTK-ohjeen mukaan myös hyvän tieteellisen käytännön lähtökohtia, ei sinällään olisi mitään estettä muuttaa lakia siten, että dosentin arvo voitaisiin menettää hyvän tieteellisen käytännön peruseriaatteiden vastaisella toiminnalla.

59. Tässä ei puhuta tekijänoikeuteen liittyvästä tekijän käsitteestä, joka on eri asia kuin tieteellisen tutkimusaineiston tekijyys. Ks. Leena Jukka, Tieteellisen tutkimusaineiston tekijyys – vertailua tekijänoikeuden ja tutkijoiden käytäntöjen välillä. Oikeus 1/2022, s. 106–123.

tutkijoitten kanssa. Yhdessä kirjoittamisen pelisäännöt eivät ole aina selviä kaikille osapuolille. TENKin ohje tekijyydestä sopimiseksi olisi hyvä olla kaikkien yhteisartikkeleita kirjoittavien tiedossa. Erityisen hyödyllinen on ohjeeseen sisältyvä ”Muistilista tutkimushankkeen osapuolille tekijyydestä sopimiseksi”. Siinä otetaan kantaa siihen, mitä kirjoittajuuteen, toimittajuuteen tai muuhun tekijyyteen oikeuttava panos hankkeessa tarkoittaa. Kehotetaan myös varautumaan kiistoihin ajan mittaan. Tärkeää on myös se, että sopimusta tulee tarkistaa ja täydentää hankkeen edetessä.

Hyvin tyypillisestä tekijyyteen liittyvästä kiistasta oli kyse oikeustieteen tutkijoiden riidassa vuonna 2016.⁶⁰ Helsingin yliopiston kanslerille toimitetussa epäilyilmoituksessa katsottiin, että epäilyn kohteet olivat syyllistyneet piittaamattomuuteen hyvästä tieteellisestä käytännöstä, koska he olivat jättäneet epäilyn esittäjän pois kirjan toimittajien listalta julkaisuprosessin kestäessä. Lisäksi epäilyilmoituksessa katsottiin, että epäilyn kohteet olivat julkaisuprosessin kestäessä esittäneet epäilyn esittäjän kirjoittaman tekstin omanaan.

Asiassa käynnistetyssä esiselvityksessä päädyttiin siihen, että epäilyn kohteet eivät olleet syyllistyneet hyvän tieteellisen käytännön loukkaukseen. Asiassa epäilyn esittäjän asema kirjan toimittajakunnassa oli muuttunut ja epäilyn esittäjän ja epäilyn kohteiden välille oli syntynyt luottamuspuola, jolla oli vaikutuksensa siihen, miten asianosaiset olivat kyenneet kommunikoidaan ja tulkitsemaan toistensa esittämää kommunikaatiota. Lisäksi katsottiin, että epäilyn esittäjän rooli kirjaprojektin alkuvaiheessa oli merkittävä, mutta hän ei julkaisuprosessin kestäessä enää osallistunut toimitustyön kaikkiin vaiheisiin. Epäilyn esittäjä oli myös julkaisuprosessin kestäessä lähettänyt epäilyn kohteille sähköpostin, jonka perusteella epäilyn kohteet olivat voineet jäädä käsitykseen, jonka mukaan epäilyn esittäjä irtisanoutuu kirjan toimitustyöstä. Helsingin yliopiston kanslerin päätöksessä katsottiin, että asiassa ei ollut syyllistytty hyvän tieteellisen käytännön loukkaukseen.

Edellä esitelty muistilista olisi ollut suureksi hyödyksi kaikille kuvatun kiistan osapuolille, jotta he olisivat osanneet tarkistaa ja täydentää sopimusta hankkeen edetessä. Tilanne oli muuttunut monin tavoin tutkimusprosessin kuluessa. Tilanne ei olisi päässyt kärjistymään noin pahoin, jos tutkimushankkeen alussa olisi tehty TENKin suosittelema kirjallinen sopimus kunkin tutkijan panoksesta hankkeessa.⁶¹

60. Tapausselostus löytyy Helsingin yliopiston kanslerin sivulta kohdasta ”Hyvän tieteellisen käytännön loukkausepäilyjä koskevat päätökset” (<https://www.helsinki.fi/fi/tutustu-meihin/ihmiset/johto/kansleri>), Dnro 534/58/2015.

61. ”Eihän sellainen ole tapana kavereiden kesken”, sanoi heistä yksi.

3.2.3. Muita tapauksia

TENK saa toisinaan käsiteltäväkseen asioita, joissa sillä ei ole toimivaltaa. Usein tapauksesta löytyy kuitenkin jotain kommentoitavaa. Eräässä tapauksessa (TENK 2019:9) oikeustieteen tutkija epäili, että arvioitsija B oli syyllistynyt tutkijan työn epäasialliseen vaikeuttamiseen A:n dosentin hakuprosessissa. A epäili, että B vähätteli hänen ansioitaan eikä ollut tutustunut kaikkeen hänelle toimitettuun aineistoon. Lisäksi A epäili, että tiedekunnan johto oli toiminut hyvän tieteellisen käytännön vastaisesti, kun se ei ollut myöntänyt hänelle dosentin arvoa.

Lausunnossaan TENK totesi, että dosentin arvon nimitysprosessiin liittyvät kysymykset eivät kuulu sen toimivaltaan. Tiedekunta oli A:n dosenttihakemusta käsitellessään käyttänyt sille kuuluvaa harkintavaltaa. B suoritti hakemusta arvioidessaan hänelle annetun tehtävän eikä tutkimuksen kriittinen arviointi loukannut hyvää tieteellistä käytäntöä. TENKille toimitetun aineiston perusteella ei ollut mahdollista päätellä, että B olisi vähätellyt A:n ansioita ja näin vaikeuttanut tämän toimintaa tutkijana.

3.3. Uudentyyppisiä eettisiä kysymyksiä koskevaa käytäntöä

3.3.1. Tutkijan sidonnaisuudet

Tutkimusetiikan näkökulmasta hyvän tieteellisen käytännön keskeisiin lähtökohtiin kuuluu muun muassa se, että rahoituslähteet ja tutkimuksen suorittamisen kannalta muut merkitykselliset sidonnaisuudet ilmoitetaan asianosaisille ja tutkimukseen osallistuville ja raportoidaan tutkimuksen tuloksia julkaistaessa. Tästä on ollut nimenomainen maininta vuoden 2002 HTK-ohjeista alkaen. Oikeustieteellisessä tutkimuksessa sidonnaisuuksien ilmoittaminen ei ole samalla tavoin vakiintunut käytäntö kuin se on ollut lääketieteessä jo pitkään. Tutkijan omien sidonnaisuuksien ilmoittamista vaaditaan nykyään ainakin Lakimies- ja Oikeus-lehdissä, mutta aika harvoin niitä näkee ilmoitettavan. Lakimies-lehden vuosikerran 2021 artikkeleista vain kolmessa kirjoittajat ilmoittivat sidonnaisuuksistaan, vaikka kirjoittajaohjeiden mukaan ”kirjoittajan mahdollinen sidonnaisuus (lausunnon antaja, konsultti yms.) kirjoituksessa käsiteltävään asiaan tulee ilmoittaa kirjoituksen ensimmäisessä alaviitteessä.” Sidonnaisuuksia voi olla esimerkiksi lausunto eduskunnan valiokunnalle, oikeudenkäynnissä avustajana toimiminen, jäsenyys päättävässä elimessä ym. Monet ilmoittivat kuitenkin ulkopuolisesta rahoituksesta (Suomen Akatemia, säätiöt ym.).

Harva tietää, että HTK-ohjeet koskevat tutkijoita myös silloin, kun he antavat asiantuntijalausuntoja oman tieteenalansa edustajina. Tätä koskeva maininta

on nimenomaisesti kirjoitettu HTK-ohjeeseen vasta vuoden 2012 versiossa⁶². TENKin käsittelemässä tapauksessa (TENK 2019:10) HTK-prosessiin kuuluvaa esiselvitystä ei ollut käynnistetty asianomaisessa yliopistossa, koska ratkaisijan mielestä kyse ei ollut tieteellisestä julkaisusta. Asiassa ilmoituksen tehnyt taho katsoi, että oikeudenkäynnissä asiantuntijalausuntona käytetty tekniikan alan tutkijoiden kirjoittama raportti ei ollut puolueeton ja että siinä esiintyi plagiointia ja kirjoittajaluettelon paisuttelua.⁶³ TENKin kanta oli, että asiassa oli käynnistettävä HTK-prosessi.

Samoin on harvinaista, että oikeustieteellisessä väitöskirjassa tai muussa sen laajuisessa tutkimuksessa olisi erikseen otsikoitu luku tutkimuseetikasta tai edes kerrottu, miten tutkija on ollut itse mukana hankkimassa oikeustapauksia tutkimuksen lähteiksi. Poikkeuksena mainittakoon *Martin Scheininin* väitöskirjatutkimus ”Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa”, joka tarkastettiin Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa vuonna 1991. Scheinin teki niin sanottua toimintatutkimusta, joten hän hankki oikeustapauksia tutkimukseen muun muassa toimimalla avustajana oikeudenkäynneissä.⁶⁴ Kyse oli tilanteista, joissa Suomen lainsäädäntö ei turvannut ulkomaalaisille oikeuksia, jotka kansainväliset ihmisoikeussopimukset yhtä lailla heille turvasivat. Kyse oli esimerkiksi kokouslaista, yhdistyslaista ja painovapauslaista. Tällaista toimintaa saatettiin oudoksua, koska se ei vastaa perineistä tutkijan puolueettomuutta. Oikeustieteessä ei tuollaista ollut harrastettu eikä ollut opasta, jossa tuollaisesta tutkimusmetodista olisi kerrottu.⁶⁵ Scheinin ymmärsi toimintatutkimuksen hyvin samalla tavalla kuin se nyt metodioppaassa esitetään. Hän totesi väitöskirjansa sisältävän ”yleisen kannanoton, jonka mukaan ihmisoikeussopimuksille ja perusoikeussäännöksille tulee lainkäytössä antaa tähänastista enemmän oikeudellista merkitystä. – – Myös konkreettiset oikeusprosessit ovat olleet tutkimuksen väline. Mielestäni voin tarkastella työssäni myös itse ajamiani oikeusjuttuja, kunhan ilmoitan osallisuudestani tekstissä käsitellyissä oikeustapauksissa tai orgaanikannanotoissa esitetään tarkoituksella mahdollistaa kriittiselle lukijalle tutkijan ja tutkimuskohteen erottaminen silloin, kun en ole itse kyennyt eroa tekemään.” Uudessa metodiop-

62. Ks. myös Helin 2015, s. 807–809.

63. Vrt. Helsingin Sanomat, 29.4.2010: ”Tutkimusetiikan kaitsija ei ota kantaa Korhosen kirjelmään”. Siinä kerrotaan, miten TENKille oli tehty ilmoitus OTT Päivi Tiilikan oikeudelle antamista asiantuntijalausunnoista. Tiilikan lausunnon keskeinen ajatus oli ilmoituksen tekijän mukaan peräisin Alma Median asianajajan aikaisemmasta lausunnosta. TENK ei ottanut asiaa tutkittavakseen, koska se ei kuulunut sen toimivaltaan. Tutkijan antamat asiantuntijalausunnot eivät kuuluneet vuonna 2002 HTK-ohjeistuksen piiriin, ja ilmoitus olisi pitänyt tehdä joka tapauksessa Helsingin yliopiston kanslerille, ei suoraan TENKille. Jutussa on haastateltu TENKin silloista puheenjohtajaa, kansleri Krista Varantolaa, ja pääsihteeri Liisa Niemistä.

64. Ks. esim. Scheinin 1991, s. 234, alav. 107, jossa on ilmoitus hänen toimimisestaan avustajana tekstissä käsitellyssä jutussa.

65. Scheinin 1991, s. 14–15. Vrt. vastaväittäjän lausunto, Lakimies 2/1992, s. 274–184, 278–279, jolle metodi ei ihan auennut.

paassa on erillinen luku toimintatutkimuksesta oikeuden tutkimuksessa. *Anna Hurmerinta-Haarpää* määrittelee sen (s. 201) itse asiassa hyvin samalla tavalla kuin Scheinin aikanaan toimi. Hurmerinta-Haarpää pitää toimintatutkimusta sopivaksi lähestymistavaksi tutkimuksissa, joiden ”tavoitteena on paitsi kuvata ja selittää sosiaalista todellisuutta, myös muuttaa sitä”.⁶⁶

Santtu Raitasuon Helsingin yliopistossa tammikuussa 2022 tarkastettu väitöskirjatutkimus ”Oikeustiedettä vai asianajoa? Kriittisiä näkökulmia vero-oikeuden tutkimukseen” selvensi jonkin verran oikeustieteelliseen tutkimukseen liittyvää tutkimusetiikkaa, mutta toisaalta toi uusia ongelmia. Raitasuo tuo väitöskirjassaan selkeästi esiin oman tutkijapositionsa ja perustelee tätä sillä, että koska hän itse käsittelee väitöskirjan osajulkaisuissa muiden vero-oikeuden tutkijoiden tutkijapositiona ja näihin liittyviä taloudellisia sidonnaisuuksia, on hänen perusteltua käsitellä myös omaa tutkijapositionaan.⁶⁷ Hän toteaa, ettei ole kirjoittanut maksua vastaan veroriidoissa oikeustieteellisiä asiantuntijalausuntoja eikä hänellä ole aiheen kannalta merkityksellisiä taloudellisia sitoumuksia.

Raitasuon väitöskirjan keskeinen idea voidaan tiivistää siten, että lainopillinen verotutkimus kärsii intressiristiriidoista, jotka johtuvat oikeustieteilijöiden sivutöistä.⁶⁸ Käytännön töiden ja tutkimuksen yhdistäminen johtaa oikeustieteilijöillä roolien ristiriitoihin, jolla on merkittäviä vaikutuksia koko tieteenalan ja sen tutkimustehtävien kannalta. Koska merkittävä osa suomalaisista verotutkijoista työskentelee verokonsultteina, vero-oikeudellisessa tutkimuksessa painotuvat hänen mukaansa verokonsulttiyhtiöiden ja näiden asiakkaiden intressit.⁶⁹ Vero-oikeuden tutkijat eivät tuollaista väitettä hyväksyneet, vaan kirjoittivat vastineet *Lakimies-lehteen*.⁷⁰

Erityisen kovan kritiikin kohteeksi joutunut vero-oikeuden dosentti ja asianajaja teki Raitasuosta ja hänen työnohjaajastaan hyvän tieteellisen käytännön loukkausepäilyä koskevan ilmoituksen kanslerille⁷¹ ja edelleen Tutkimuseettiselle

66. Ks. Anna Hurmerinta-Haarpää, *Toimintatutkimus oikeuden tutkimuksessa*, s. 200–230 teoksessa Kati Nieminen – Noora Lähtenmäki (toim.), *Empiirinen oikeustutkimus*. Gaudeamus 2021, s. 201.

67. Raitasuo 2022, s. 61–62.

68. Ks. myös Helin 2015, s. 808–809. Hän arvostelee sitä, että valtiosääntöoikeuden tutkijat lähes säännönmukaisesti jättävät ilmoittamatta, että ovat olleet itse vaikuttamassa kannanottoon valiokunnan kuulemina asiantuntijoina. Myös Ida Koivisto kiinnittää huomiota valtiosääntötutkijoiden kaksoisrooliin. Ks. Ida Koivisto, *Experts and Constitutionality Control in Finland: A Crisis of Cognitive Authority?* *Retford* 2017, Nr. 2, s. 24–46. Eurooppalaisesta keskustelusta ks. Jan Komárek, *Freedom and Power of European Constitutional Scholarship*. *European Constitutional Law Review* 17 2021, s. 422–441.

69. Raitasuon väitöskirjan artikkelit I ja III.

70. *Lakimies* 7–8/2019, s. 1148–1189. Niistä ks. myös Raitasuo 2022, s. 91–96. Raitasuo toteaa (s. 61) miettineensä, olisiko tutkijoiden nimet voitu anonymisoida. Mietin samaa ja päädyin siihen, että kun kyse on julkaistusta väitöskirjasta, kirjoittajan nimi on syytä mainita. Näin lukija voi halutessaan tarkistaa tekstin.

71. Ks. tiedekuntaneuvoston pöytäkirja, 28.9.2021, § 12, liite 12, jossa on kanslerin päätös, Dnro HY/445/05.02.02/2020, 16.10.2020.

neuvottelukunnalle (TENK 2021:18). Ilmoitus ei koskenut tutkijoiden sidonnaisuuksia, vaan oli oikeastaan kokonaan erillinen asia. Ilmoitusta tuskin kuitenkaan olisi tehty ilman Raitasuon kriittisiä tutkimuksia. Raitasuon olisi ehkä kannattanut toimia samaan tapaan kuin Scheinin eli hankkia itse oikeustapa-uksia tutkimusmateriaaliksi. Raitasuo olisi voinut tehdä kanslerille ilmoituksen HTK-ohjeen loukkausta koskevasta epäilystä osana omaa tutkimusprosessiaan. Näin hän olisi mahdollisesti saanut arvovaltaisen kannanoton sidonnaisuuksien ilmoittamistarpeesta. Sellaisella olisi yleisempääkin merkitystä.

HTK-ohjeen mukaan hyvän tieteellisen käytännön keskeisiin lähtökohtiin kuuluu muun muassa se, että rahoituslähteet ja tutkimuksen suorittamisen kannalta merkitykselliset muut sidonnaisuudet ilmoitetaan asianosaisille ja tutkimukseen osallistuville ja raportoidaan tutkimuksen tuloksia julkaistaessa. Sidonnaisuuksien ilmoittaminen ei tarkoita vielä puolueellisuutta. Sidonnaisuuksia koskevan ilmoituksen puuttumiseen on helppo ottaa kantaa, mutta sen selvittäminen, miten vero-oikeuden tutkijoiden sidonnaisuudet vaikuttavat oikeudellisiin tulkintoihin, ei kuulu HTK-ohjeen alaan. Se onkin vaikea kysymys. Vastaväittäjien mielestä tutkimuksessa olisi voinut käsitellä lähemmin asiantuntijalausuntojen prosessuaalista luonnetta, niiden muodollisjuridista painoarvoa osana oikeudenkäyntiaineistoa.⁷²

3.3.2. *Metodien moninaisuus*

Kun tehdään entistä enemmän monitieteistä tutkimusta ja sovelletaan muitakin metodeja kuin ainoastaan lainoppia, tutkimuseettistä pohdintaa tarvitaan entistä enemmän. Oikeustieteessäkin saatetaan tutkia omaa työpaikkaa tai haastatellaan ihmisiä, joilla on muukin kuin tutkittavan rooli, esimerkiksi esimiehen tai alaisen rooli. Sosiaalitieteissä nämä ovat tuttuja asioita⁷³, mutta tällaiset tutkimukset ovat oikeustieteessä vielä harvinaisia. Kuten HTK-ohjeessa todetaan, tutkijan ammattitaito edellyttää kunkin tieteenalan tiedollisia ja menetelmällistä hallintaa sekä tutkimuseettisesti kestäviä toimintatapoja. Jos oikeustieteen tutkija käyttää tutkimuksessaan muita kuin oikeustieteen metodeja, hänen tulee hallita nekin kunnolla ja eettisesti oikein. Monitieteisen tutkimuksen tutkimuseettiset ongelmat ovat ehkä nyt suurin ongelma monelle juristitutkijalle. Uusien menetelmien mukanaan mahdollisesti tuomat eettiset ongelmat eivät ole aina hallussa. Oikeustieteen tutkijalle, joka tekee yksinään menetelmällisesti perinteisestä poikkeavaa tutkimusta, asetetaan kovat vaatimukset.

72. ”Nyt tutkimuksesta saattaa paikoitellen välittyä sellainen kuva, että tuomioistuimet ikään kuin presumptiivisesti hyväksyisivät asiantuntijalausunnoissa esitetyt tulkintakannanotot objektiivisina tulkintoina”. Näin Anne Alvesalo-Kuusi – Matti Urpilainen, *Lakimies* 6/2022, s. 995–1000, 998.

73. Ks. myös Liisa Nieminen, *Lastensuojelun tutkimuksen etiikka*. *Oikeus* 1/2011, s. 6–24, 10–12.

Esimerkkinä uudenaikaisista tutkimuseettisistä tilanteista oikeustieteen tutkimuksessa mainitsen *Kristiina Kouroksen* väitöskirjan ”Perus- ja ihmisoikeuksien rajoittamisesta niiden edistämiseen. Tutkimus perus- ja ihmisoikeuksien edistämisestä erityisesti kansallisen ihmisoikeusinstituution tehtävänä”, joka tarkastettiin Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa vuonna 2022. Väittelijä toteaa kirjan luvussa 1.4.5 *Rakenne ja aineistot*, s. 45: ”Ihmisoikeuskeskuksen toiminnan arvioinnissa minun on myös selvimmin otettava huomioon oma positioni tutkijana, jonka tutkimus tältä osin kohdistuu myös omaan virkatyöhöni vuosien 2012–2019 välillä”. Lisäksi kirjassa on luku 1.4.6 *Oma tutkimuspositio*, jossa hän toteaa alaviitteessä 149 olleensa vuodesta 2012 lähtien Ihmisoikeuskeskuksen asiantuntijavirassa. Väittelijä toteaa useassa kohdassa, että hänellä on ollut käytettävissään ns. sisäpiirin tietoa, koska hän on toiminut asiantuntijavirassa ihmisoikeuskeskuksessa.

Tutkimusmenetelmäänsä väittelijä luonnehtii lainopiksi (s. 28), mutta sen lisäksi tutkimusmetodia luonnehditaan (s. 34) myös ”realistiseksi, toiminnalliseksi ja empiiriseksi” siten, että ”teen havaintoja oikeutta soveltavien ja toimeenpanevien viranomaisten toiminnasta yleisesti ja käytänteistä oikeuden sisä- ja ulkopuolelta tuleviin vaateisiin.” Vähän myöhemmin (s. 47) väittelijä toteaa, että tutkimus on toiminnallinen.⁷⁴ Hän toteaa vielä, että hänellä on mahdollisuus käyttää ”praktista, hiljaista tietoa hyödyksi”. Etenkin viimeksi mainittu osoittaa, että kaikki tutkimusmateriaali ei perustu dokumentoituun tietoon. Tällaista on etenkin kritiikki siitä, että hyvän hallinnon vaatimukset eivät toteudu riittävällä tavalla ihmisoikeuskeskuksen toiminnassa (s. VI, 15, 109, 110, 126–127, 267, 296–300, 308). Tätä kohtaa on ulkopuolisen erittäin vaikea ymmärtää kirjan perusteella, eli tämä ilmeisesti perustuu väittelijän omiin ”havaintoihin”.

Kun tutkimus kohdistuu tutkijan omaan työpaikkaan, on tutkijan pidettävä työntekijän ja tutkijan roolit toisistaan selkeästi erillään. Tuollaisen lähtökohdat omaavaa tutkimusta tehdään paljon etenkin sosiaalitieteissä, ja tutkijaksi asettautumisesta tuollaisessa tilanteessa on kirjoitettu paljon, joten oikeustiedettä edustavan väittelijän olisi tässä tilanteessa ollut helppo omaksua tilanteeseen liittyvät tutkimuseettiset ratkaisut.⁷⁵ Kouroksen tutkimuksessa ei sitä vastoin ole riittävän selvästi tehty selkoa tutkijan omasta positiosta suhteessa tutkimuskohteeseensa. Väittelijä on kuitenkin työskennellyt muun muassa Ihmisoikeuskeskuksessa sekä toiminut muutoinkin eri positioissa aktiivisesti tutkimuskohteensa kentällä. Läh-

74. Toimintatutkimuksesta oikeustieteessä ks. Hurmerinta-Haarpää 2021, s. 200–230. Voitaisiin lähteä myös siitä, että metodina on osallistuva havainnointi, mutta se asettaa tutkimushankkeelle suuria eettisiä vaatimuksia. Ks. Helena Huhdan, Malin Fransbergin ja Mikko Salasuon artikkeli ”Toisin näkeminen: etnografia kriminologisen yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen-perinteessä”, s. 181–199 teoksessa Kati Nieminen – Noora Lähteenmäki (toim.), *Empiirinen oikeustutkimus*. Gaudeamus 2021.

75. Ks. esim. Tuuli Lamponen, *Kiireellisen sijoituksen päätöksenteko lastensuojelun sosiaalityöntekijän työnä*. Tampereen yliopiston väitöskirjat 644. Tampereen yliopisto 2022, s. 70–72.

tökohtaisesti myös niiden tahojen ja henkilöiden, joiden toiminnasta tehdään havaintoja, olisi syytä olla tietoisia, että he ovat tutkimuskohteina. Kirjassa on noin sivun verran käsitelty tutkijan positiosta, mutta tarkastelu jää liian yleispiirteiseksi. ”Ihmistieteiden eettiset periaatteet”, joita noudattamaan Helsingin yliopisto on sitoutunut, lähtee siitä, että henkilön tulee tietää olevansa tutkittavana erityisesti tilanteessa, joissa tutkija on tutkittavaan nähden myös jossain muussa kuin tutkijan roolissa.

Vastaväittäjä ehdotti lausunnossaan, että saadakseen asioista monipuolisemman kuvan väittelijä olisi voinut tehdä työpaikallaan myös haastatteluja. Tämä oli perusteltavissa sillä, että Kouros esitti kritiikkiä tietyistä tehdyistä ratkaisuista kansallisen ihmisoikeusinstituution järjestymisen ja tehdyn työn suhteen sekä esitti, miten tätä instituutiota voitaisiin parantaa.⁷⁶ Väittelijä kuitenkin torjui tällaisen ehdotuksen.⁷⁷ Hän piti ehdotusta ”tutkimuseettisesti jossain määrin ongelmallisena, sillä hän olisi joutunut haastattelemaan nykyisiä ja entisiä esimiehiään”. Hän ei varmaankaan tuntenut tutkimushaastatteluja koskevia menetelmiä kovin hyvin. On olemassa hyvin erilaisia, eri tilanteisiin tarkoitettuja haastatteluja. Tässä tulee mieleen esimerkiksi asiantuntijahaastattelu ja sisäpiirihaastattelu. Ne olisivat ehkä olleet sovellettavissa tähän tilanteeseen.⁷⁸

Kyse on tilanteesta, jossa väitöskirjan laatija on ottanut käyttöön uusia, hänelle ennestään tuntemattomia menetelmiä oikeustieteellistä tutkimusta tehdessään, mutta ei ole täysin ymmärtänyt niiden rajoitteita. Tietenkin on väittelijän kannalta ongelmallista, että tutkimuseettiset ongelmat nousevat esille vasta arvosanalautakunnassa.⁷⁹

76. Timo Koivurova, Vastaväittäjän lausunto Kristiina Kouroksen väitöskirjasta, 31.1.2022. Tiedekuntaneuvoston pöytäkirja, 15.2.2022, § 12.

77. Kristiina Kouros, Huomautukset arvosanalautakunnan lausuntoon (päiväämätön). Tiedekuntaneuvoston pöytäkirja, 15.2.2022, § 12. Olin arvosanalautakunnan jäsen.

78. Ks. Matti Hyvärinen – Pirjo Nikander – Johanna Ruusuvuori, Tutkimushaastattelun käsikirja. Vastapaino 2017.

79. Arvosanalautakunnan lausunto, 31.1.2022. Vrt. myös edellä esillä ollut Marjo Ojalan tapaus, jolloin dekaani totesi lausunnossaan, että ”väitöskirjatyön ohjaus ja esitarkastus ei tässä ehkä ole ollut sillä tavoin huolellista kuin sen olisi tullut olla”. Ks. kuitenkin Tutkimuseettisiä näkökohtia väitöskirjan ohjaus- ja tarkastusprosessiin, Tutkimuseettisen neuvottelukunnan ja Suomen yliopistot UNIFI ry:n suosituksia yliopistoille vuodelta 2016. (https://tenk.fi/sites/tenk.fi/files/TENK_UNIFI_ohjeistus_vaitoskirjaprosessi.pdf), s. 23: ”Väitöskirjaprosessissa on useita toimijoita, mutta ensisijainen vastuu väitöskirjan tekstistä kuvineen ja lähdeviitteineen on väitöskirjan tekijällä.”

4. Miten tiedeyhteisö reagoi tutkimuseettisiin ongelmiin?

Se, miten tiedeyhteisö toimii tilanteessa, jossa on ilmennyt epäily tutkimuseettikan loukkauksesta, kertoo paljon yhteisön tilasta. Usein ollaan täysin ymmällään eikä tiedetä, miten edetä tuollaisessa tilanteessa. Tilanne voi mennä pahaksikin. Kyse on myös työhyvinvoinnista. Jorma Palo on kirjoittanut osin omakohtaisiin kokemuksiinsa perustuen todella ikävästä suhtautumisesta vilpin ilmiantajaan tiedeyhteisössä. Hänen mukaansa on tavallista ajatella, että jokainen tehköön työnsä ja pitääköön suunsa kiinni, vaikka epäilisiikin vilppiä. Ilmianto ei hänen mukaansa ainakaan lisää ilmiantajan suosiota työnantajan sen paremmin kuin työtovereidenkaan keskuudessa. Toki tärkeää on, mitä Palo vaatikin, että peräntön ilmianto saattaa vakavimmillaan täyttää HTK-rikkomuksen kriteerit, kuten Suomessa onkin nykyään asianlaite.⁸⁰ Vastaavasti Helsingin yliopiston kansleri on todennut, että myös hyvän tieteellisen käytännön loukkausepäilyn käsitteilyn on tuettava tieteen vapautta. Loukkausepäilyprosessia ei tule voida käyttää keinona heikentää ansiokkaan ja yhteiskunnallisesti merkittävän tutkimuksen uskottavuutta (päätös 30.9.2022, Dnro HY/6975/05.02.02/2022).

Yliopistopedagogiikan tutkijat ovat tutkineet sitä, miten tiedeyhteisöä valmennetaan vastaanottamaan plagiarismiväitteitä.⁸¹ Se on yksi tapahtuma muiden joukossa. Tiedeyhteisössä on paljon ikäviä, kielteisiä asioita, eikä yhdestä pidä tehdä mitään ”mörköä”. Asiaa pitää työstää tietoisesti. Vain tätä kautta päästään aikaa myöten siihen tilanteeseen, että ilmoituksia tehdään silloin, kun se on tarpeen. Tieto tästä toivottavasti myös vähentää vilppiä, kun huomataan, että siitä jää kiinni. Tutkimuseettikan opetus ja tutkimus on aloitettava mahdollisimman aikaisessa vaiheessa, jotta tähän on mahdollista päästä.

Julkaisuille asetettavat tutkimuseettiset vaatimukset sitovat tutkijaa myös silloin, kun hän kirjoittaa yleistajuisempaa tekstiä. HTK-ohjeessa todetaan, että tutkijoiden tulee noudattaa niitä kaikissa oman alan asiantuntijatehtävissä ”niin tieteellisissä kuin tiedeyhteisön ulkopuolisissakin yhteyksissä”. TENK on tulkinut tätä vaatimusta hyvin tiukasti. HTK-ohje sitoo myös tietokirjoja kirjoittavia tutkijoita teosten tieteellisyyden asteesta tai julkaisumuodosta riippumatta (TENK 2021:1). Myös itseplagiointi on kiellettyä; tieteellistä julkaisua ei saa julkaista uutena julkaisuna yleistajuisessa muodossa, vaan alkuperäinen lähde on aina mainittava.⁸² Tietokirjailijoilla on vähän lievempi kanta asiaan, mutta

80. Jorma Palo, Ilmiantaja tutkijayhteisössä, s. 257–262 teoksessa Sakari Karjalainen – Veikko Launis – Risto Pelkonen – Juhani Pietarinen (toim.), Tutkijan eettiset valinnat. Gaudeamus 2002.

81. Sanna Vehviläinen – Erika Löfström – Anne Nevgi, Dealing with plagiarism in the academic community: emotional engagement and moral distress. Higher Education 75(1) 2018, s. 1–18.

82. Samaa korostaa myös Krista Varantola (entinen pj.), Yleistajuistamisen etiikka, s. 48–62 teoksessa Urpu Strellman – Johanna Vaattovaara (toim.), Tieteen yleistajuistaminen. Gaudeamus 2013.

Tietokirjailijat ry:n jäsenenä on muitakin kuin tutkijoita.⁸³ Ehkä tietokirjailijatkin tarvitsevat omat eettiset ohjeensa.⁸⁴ He ovat heterogeenisempi joukko kuin tutkijat, joten valvonnan järjestäminen on vaikeaa. Ehkä tutkimuseettisten ohjeiden noudattaminen voitaisiin ottaa huomioon apurahoja myönnettäessä. Kaikesta edellä esitetystä voidaan tehdä se johtopäätös, että tutkimuseetiikan merkitys kasvaa koko ajan. Sitä ei kukaan tutkija – tai kukaan, joka ylipäätään kirjoittaa ammatikseen – voi enää vähätellä.

83. Tämä tuli esille, kun tutkijat syyttivät Maria Petterssonia plagioinnista hänen kirjassaan ”Suomen historian jännät naiset”. Ks. Helsingin Sanomat, 25.9.2022: ”Tutkijat syyttävät plagioinnista, kustantamo puolustaa”. Ks. myös Kritiikin Uutiset, 9.9.2022: ”Tiedon alkuperä ja reilu käyttö – lähteistä kertomiselle on monia tapoja luovassa tietokirjallisuudessa”.

84. Tietokirjailijat ry otti kantaa asiaan 23.9.2022: ”Tietokirjallisuuden lajikirjo on moninainen, ja viittauskäytännöt vaihtelevat eri tietokirjallisuuden lajien välillä. Ei ole siis olemassa yhtä yksiselitteisesti oikeaa viittauskäytännön tapaa. On selvää, että esimerkiksi lasten ja nuorten tietokirjallisuudessa ei ole samanlaiset viittauskäytännöt kuin tiedekirjallisuudessa. Yhdistys kuitenkin suosittelee, että tietokirjoissa olisi aina lähdeluettelo. Lähdeluettelo ohjaa alkuperäisen tiedon äärelle ja näyttää, mistä lukija saa lisätietoa. Jos toisen tekstiä kopioi suoraan, lukijalle täytyy tehdä selväksi, että kyseessä on sitaatti ja mainita lähde. Myöskään vähäinen muuntelu ei riitä tekemään tekstistä omaa. Toisen tekstissä esiteltyä tietoa voi omissa teoksessaan hyödyntää, mutta se tulee tehdä omalla tyylillä ja omin sanoin.”

Itsekriminointisuoja vero-oikeudessa

Lakimies
7–8/2022
s. 1410–1414

Itsekriminointisuoja prosessisääntönä

Ennen varsinaisiin vero-oikeudellisiin sovellutuksiin paneutumista lienee alkuun paikallaan puhua itsekriminointisuojan käsitteestä ja siitä, mitä se oikeastaan tarkoittaa. Itsekriminointisuoja on oikeudellinen käsite, joka ei yksittäisenä terminä ole suuren yleisön keskuudessa välttämättä kovin tunnettu. Monelle tutumpia voivat olla sen sijaan etenkin amerikkalaisessa populaarikulttuurissa esiin nousevat niin sanotut Miranda-oikeudet ja oikeus vaitioloon (*”you have the right to remain silent”*).

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa itsekriminointisuoja määritellään monesti niin, että se tarkoittaa rikoksesta epäillyn tai syytetyn oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Tällöin herää kuitenkin kysymys siitä, mitä myötävaikuttamisella tarkoitetaan. Hieman yleistäen asia voidaan hahmottaa niin, että epäillyn ei tarvitse suorittaa aktiivisia toimia, vaan hän voi jättäytyä passiiviseksi.

Passiivisuuden osalta keskeistä on se, että rikoksesta epäillyllä on oikeus vaitioloon. Halutessaan hänen ei tarvitse vastata kysymyksiin tai muutoinkaan edesauttaa asian selvittämistä. Sen sijaan rikoksesta epäillyllä on esimerkiksi velvollisuus alistua pakkokeinojen käytön kohteeksi. Tämä tarkoittaa muun ohella koti- tai laite-etsinnän sallimista. Samoin epäillyn hallusta voidaan pakkokeinoin hankkia reaalityökaluja, esimerkiksi kirjanpitoaineistoa.

Asia hahmotetaan pääpiirteittäin näin sekä Suomen kansallisessa oikeudessa että yleisestikin Euroopassa. Suomessa, kuten yleiseurooppalaisestikin, tulkintojen kehitykseen ovat vaikuttaneet monella tavalla Euroopan ihmisoikeussopimus ja sitä koskeva Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö. Lisäksi Suomessa on kansallisella tasolla katsottu tarkoituksenmukaiseksi, että rikosasioissa epäillyllä ei ole totuusvelvollisuutta.

Tässä vaiheessa yleensä etenkin pragmaatikot voivat havahtua. Itsekriminointisuojan saatetaan nähdä haittaavan rikosvastuun toteuttamista. Jos ajatellaan esimerkiksi epäillyn oikeutta pysyä vaiti: eikö rikoksesta epäilty olisi periaatteessa – mahdollisen asianomistajan lisäksi – ainutlaatuinen tietolähde rikosasiaa selvitetessä? Eikö totuuteen pyrkiminen ole jo arvo itsessään?

* *Mikko Laapas*, OTT, VT, KTM. *Lectio praecursoria* Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 9.9.2022 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Itsekriminointisuoja vero-oikeudessa – erityisesti tehokkaan verotusmenettelyn sekä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta.

Aineellisen totuuden selvittäminen on ehdottomasti tärkeä tavoite, mutta se ei ole rikosprosessissa ainut tavoiteltava päämäärä. Totuutta ei voida oikeusvaltiossa selvittää keinolla millä hyvänsä. Tämän vuoksi joudutaan hakemaan tasapainoa erilaisten intressien välillä.

Itsekriminointisuojan merkityksen ymmärtämistä ainakin omalla kohdallani helpottaa ajatus siitä, että sillä ei ole lopulta kovinkaan suurta itseisarvoa. Se kuitenkin turvaa olennaisella tavalla syyttömysolettamaa ja palvelee rikosprosessin näyttötaakkasäännöksiä.

Rikosprosessissa näyttötaakka on kantajalla eli (useimmiten) syyttäjällä. Olisi näyttötaakka-asetelman kannalta ongelmallista, mikäli rikoksesta syytetty voitaisiin velvoittaa selvittämään asiaa ja esittämään syyttäjän puolesta syytettyä tukevaa todistelua.

Syyttömysolettama – jota itsekriminointisuoja siis turvaa – puolestaan on erityisen tärkeä länsimaisten oikeusvaltioiden traditioon pohjautuva periaate, joka osaltaan ehkäisee myös rikosprosessin väärinkäyttöä. Historiasta voidaan hakea esimerkkejä valtioista, joissa rikosoikeudellisia syytteitä on käytetty esimerkiksi poliittisten vastustajien nujertamiseen, eikä ilmiö ole nykypäivänäkään kadonnut. Syytteistä vapautuminen olisi vaikeaa, mikäli näyttötaakka voitaisiin asettaa puolustukselle ja syytetyn tulisi näyttää toteen se, ettei ole syyllistynyt väitettyyn tekoon tai laiminlyöntiin. Negatiivisia oikeustositseikkoja – eli sitä, että jotain ei ole tapahtunut – on usein vaikeaa, jollei mahdotonta näyttää suorasti toteen.

Itsekriminointisuojan vaikutus vero-oikeudessa

Edellä kuvattu itsekriminointisuoja ja sitä koskeva soveltamiskäytäntö ovat keskeinen osa rikosprosessia. Verotusmenettely puolestaan on hallintomenettely, jossa sovelletaan lähtökohtaisesti rikosasioista poikkeavia prosessiperiaatteita. Verotusmenettelyssä vallitsee verovelvollisen laaja oma-aloitteinen ilmoittamisvelvollisuus. Useissa tilanteissa on myös niin, että sen tahon, jolla on paremmat edellytykset näytön hankkimiseen, on myös esitettävä näyttöä. Selvitysvelvollisuuden jako ja näyttötaakkasäännökset ovat joustavimmat kuin rikosasioissa. Rikos- ja veroprosessin periaatteelliset erot eivät sinänsä aiheuta lainkäytöllisiä ongelmia niin kauan kuin periaatteet eivät tule sovellettaviksi samassa prosessissa. Itsekriminointisuojan onkin pitkään mielletty kuuluvaksi vain rikosprosessiin. Se on kuitenkin selvästi saanut merkitystä myös vero-oikeudessa, ja itsekriminointisuojan soveltamisalaa koskevat kysymykset ovat hivuttautuneet myös osaksi verotusmenettelyä.

Tämä on osa vero-oikeuden ja yleisestikin oikeusjärjestyksen konstitutionaalisoitumisen pidempiaikaista kehitystä. Lisäksi ilmiön taustalla ovat erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksen autonomisen tulkinnan periaatteet, jotka eivät noudattele kansallisia oikeudenalarajoja.

Rikosoikeudelliset periaatteet ovat toki jo aiemminkin vaikuttaneet vero-oikeuden sisäiseen sanktiojärjestelmään eli käytännössä veronkorotusten määräämiseen. Suomessa perustuslakivaliokunta on rinnastanut veronkorotukset rikosoikeudelliseen rangaistukseen. Monelta osin epäselväksi tosin on jäänyt se, kuinka tähän rinnastukseen pitäisi suhtautua itsekriminointisuojan soveltamisen kannalta.

Joka tapauksessa vaikuttaa siltä, että vero-oikeudellisia menettelysäännöksiä ja nykyisenkaltaista sanktiojärjestelmää on mahdoton sovittaa yhteen rikosoikeudellisen itsekriminointisuojan täysimääräisen ideaalimallin kanssa – eikä se ei olisi tarkoituksenmukaistakaan. Käytännössä joko vero-oikeuden menettelysäännöstö tai itsekriminointisuoja joutuu joustamaan. Väitöstutkimuksessani olen pyrkinyt hakemaan tasapainoa näiden prosessien välille.

Ennen tämän tasapainon hakemista on syytä ottaa huomioon, että itsekriminointisuoja ei verotusmenettelyssä suinkaan aktualisoidu kaikissa yksittäistapauksissa, vaan tilanteet liittyvät tiettyihin rikos- ja veroprosessin rajapinta-kohtiin. Itsekriminointisuoja ei ole tarpeen soveltaa niin sanotussa puhtaassa verotusmenettelyssä eli silloin, kun verotus toimitetaan asianmukaisesti ilman epäilyä verotukseen liittyvästä laiminlyönnistä tai muusta verovilpistä.

Lähtökohtaisesti veroilmoituksen antamisen tehosteeksi voidaan myös asettaa sanktion uhka ja käyttää rangaistusvastuun luovia olettamia. Muunlainen tulkinta käytännössä tekisi tyhjäksi koko oma-aloitteiseen ilmoittamisvelvollisuuteen perustuvan verotusmenettelyn. Itsekriminointisuoja ei ole tarpeen tehdä turhaa rasitetta verotuksen toimittamiselle. Maltillisen sanktiouhan käyttö ja vastuuolettamat eivät ole vero-oikeudessa ongelmallisia niin kauan kuin tietoja vaaditaan verotuksen toimittamiseksi. Tämä on siis se lähtökohta, josta itsekriminointisuojan soveltamisalaa tulee lähteä pohtimaan.

Edellä mainittuun pääsääntöön voidaan kuitenkin joutua tekemään poikkeuksia. Selvästi hankalammiksi nimittäin muodostuvat tilanteet, joissa verotusmenettelyssä tietoja vaadittaessa on olemassa riittävä liityntäkohta käynnissä olevaan rikosprosessiin. Selkein tilanne on silloin, kun verotusmenettely – eli esimerkiksi verotarkastus – on vireillä rinnakkain samaan asiaan liittyvän esitutkinnan kanssa. Tällöin itsekriminointisuoja tulee vallitsevan oikeuskäytännön mukaan soveltaa myös verotusmenettelyssä. Olisi nimittäin ongelmallista, mikäli esitutkintaviranomaisen sijaan verotarkastaja voisi hankkia syyttäjälle rikosasiassa hyödynnettäväksi aineistoa verotusmenettelyn menettelysääntöjä hyväksikäyttäen. Itsekriminointisuojan on tällöin mahdollistettava verovelvolliselle oikeus vaitioloon. Sen sijaan itsekriminointisuojan ei voida katsoa kategorisesti antavan oikeutta väärin tietojen antamiseen, sillä verotusmenettelyssä

sovellettavat prosessisäännöt voivat supistaa itsekriminointisuojaan soveltamisalaa verrattuna rikosprosessiin.

Huomattavasti tulkinnallisempia ovat ne tilanteet, joissa esitutkinta ei ole vielä vireillä, mutta verovelvollista kohtaan on olemassa kuitenkin selvä rikossyytteen uhka – eli on olemassa uhka esitutkinnan aloittamisesta. Tällöin on mahdollista, että itsekriminointisuoja tulisi soveltaa jo silloin, kun tosiasiallinen rikosepäily muodostuu – riippumatta siitä, mikä viranomaisen asiaa selvittää. Näin voidaan ajatella erityisesti, jos on syytä odottaa, että hankittava selvitys päättyy rikosasiassa hyödynnettäväksi.

Omat ongelmansa liittyvät myös niihin tilanteisiin, joissa verovelvollinen ilmoittamis- tai selvittämisvelvollisuutensa täyttämällä joutuisi ilmiantamaan itsensä jostain aiemmasta rikoksesta tai vaikuttaisi hänelle itselleen epäedullisella tavalla veronkorotuksen määräämiseen.

Ratkaisusuosituksia itsekriminointisuojaan ja vero-oikeuden välisen jännitteen lieventämiseksi

Lainkäyttöllisten tulkintasuositusten lisäksi tuon väitöstutkimuksessani esiin lakimuutoksiin liittyviä ratkaisuehdotuksia, joilla voitaisiin lieventää itsekriminointisuojaan ja vero-oikeuden välisen jännitteen ongelmakohtia. Mainitsen niistä tässä keskeisimmät.

Lainsäädäntötoimet ovat tarpeellisia, sillä uudistuksia ei voida toteuttaa yksinomaan lainkäyttöllisin toimenpitein. Vastaava tilanne oli aikanaan havaittavissa kaksoisrangaistavuuden kiellon (eli *ne bis in idem* -problematiikan) kohdalla. Lainsäädäntöuudistuksissa tulee myös ottaa huomioon se, että itsekriminointisuojaan ei pidä vaikeuttaa tehokkaan verotusmenettelyn toteuttamista. Tämän vuoksi veroviranomaisen riittävästä toimivaltuuksista on huolehdittava verovelvollisen oikeusturvasta huolehtimisen vastapainona.

Johtopäätöksinä lainsäädännöllisten muutosten osalta esitän ensinnäkin, että itsekriminointisuojaan soveltamisesta ja siitä ilmoittamisesta tulisi selvyuden vuoksi säätää verotusmenettelylaissa. Tämä johtuu jo niistä perustuslaillisista velvoitteista, joiden mukaan sekä verovelvollisen että rikoksesta epäillyn oikeusturvan tulee perustua lakiin. Itsekriminointisuojaan sisältävä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artikla on Suomessa suoraan sovellettavaa oikeutta, mutta yksityiskohtainen ja verovelvollista paremmin informoiva kansallinen lainsäädäntö on tarpeen. Nykyisellään itsekriminointisuoja ja siitä informoiminen on jäänyt pitkälti oikeuskäytännön ja Verohallinnon ohjeiden varaan. Oikeustila ei ole tässä mielessä tyydyttävä, sillä rikoksesta epäillyn ja myös verovelvollisen tulisi voida ymmärtää oman oikeussuojansa sisältö jo lain sanamuodosta. Samalla

viranomaisten velvollisuuksien tulisi olla myös kansalliseen lakiin sidottuja, mikä tehostaa viranomaisten toimien valvontaa.

Toisekseen erityisesti verotarkastusten tulisi vielä jopa nykyistä enemmän painottua verovelvollisen lausumien sijaan reaalityodisteista saatavaan selvitykseen. Reaalityodisteet ovat toki nykyisinkin verotarkastuksissa keskeisessä asemassa. Reaalityodisteiden hankkimiseksi ja tehokkaan verotusmenettelyn turvaamiseksi Verohallinnon toimivaltuuksia tulee harkita lisättäväksi. Tällöin kyseeseen tulevat ennen kaikkea Verohallinnolle annettavat tietyt pakkokeinovaltuudet.

Kolmanneksi itsensä ilmiantamisen ja niin sanotun tyhjän veroilmoituksen ongelmaan on mahdollista saada helpotusta toistaiseksi voimassa olevan tehokkaan katumisen erityislainsäädännön avulla. Nykyisellään verotuksessa tietoja ilmoittamatta jättäneellä verovelvollisella ei ole käytössään keinoja korjata menettelyään tai aloittaa esimerkiksi juoksevan tulon ilmoittamista ensimmäisen laiminlyönnin jälkeen ilman rikosoikeudellista itsensä ilmiantamisen vaaraa. Samalla vero-oikeudessa sovellettava jatkuva ilmoittamisvelvollisuus käytännössä velvoittaa hänet oma-aloitteiseen ilmiantoon. Oma-aloitteisesta ilmoittamisvelvollisuudesta ei ole syytä luopua, mutta verovelvollisille voidaan luoda tehokkaan katumisen väylä, jonka avulla heillä on mahdollisuus korjata aikaisemmat virheet ja toteuttaa ilmoittamisvelvoitteensa oma-aloitteisesti myös jatkossa. Rikosoikeudellisen yleisen tehokkaan katumisen soveltamisala on verotusmenettelyssä käytännössä niin kapea, että verovelvollisen oma-aloitteisia oikaisuja itsensä vahingoksi ei voida nykyisellään toteuttaa ilman konkreettista rikossyytteen uhkaa. Tämän vuoksi vero-oikeudessa sovellettava, erityislakiin perustuva tehokkaan katumisen malli on tarpeen.

Itsekriminointisuoja ja vero-oikeuden välistä jännitettä käsittelevä oikeuskäytäntö ei tällä hetkellä anna tyhjentäviä vastauksia kaikkiin tutkimuksen ongelma-kohtiin. Tuleva oikeuskäytäntö toivon mukaan antaa vastauksia tutkimuksessa käsiteltyihin teemoihin ja selkeyttää osaltaan oikeustilaa. Jatkotutkimuskin aiheesta on tervetullutta.

1. Tutkimuksen teema, tutkimuskysymykset ja metodi

Mikko Laapas tarkastelee väitöskirjassaan itsekriminointisuojaa vero-oikeudessa ja rakentaa tarkastelunsa kahden, ainakin jossain määrin keskenään jännitteisessä suhteessa olevan elementin varaan, joita elementtejä ovat verotusmenettelyn tehokkuus sekä verovelvollisen perus- ja ihmisoikeudet. Tarkastelukulma on onnistunut. Jos itsekriminointisuoja vedetään verotusmenettelyn puolella äärimmäisen tiukaksi, verotuksen toimittaminen muodostuu pahimmillaan jopa mahdottomaksi, ja jos toisaalta verotuksen tehokkuutta pyritään kaikin keinoin edistämään, perus- ja ihmisoikeuksiin kuuluvasta verovelvollisen itsekriminointisuojusta pitää koko lailla luopua.

Tutkimus jakaantuu kahdeksaan pääjaksoon. Johdannon ja johtopäätösten lisäksi tutkimuksessa on kuusi varsinaista käsittelyjaksoa, joissa avataan itsekriminointisuoja perus- ja ihmisoikeutena (jakso 2), arvioidaan verotusmenettelyä ja tutkimuksen veroprosessuaalisia lähtökohtia (jakso 3), tarkastellaan verotukseen liittyvää sanktiojärjestelmää (jakso 4), mietitään kriteerejä, joiden perusteella itsekriminointisuojan antaminen voi laajeta rikosprosessin ulkopuolelle (jakso 5), käsitellään itsekriminointisuojan tärkeimpiä soveltamistilanteita verotusmenettelyssä (jakso 6) ja annetaan ratkaisusuosituksia itsekriminointisuojan ja vero-oikeuden välisen jännitteen lieventämiseksi (jakso 7). Tutkimuksen rakenne on perusteltu.

Tarkemmiksi tutkimuskysymyksikseen Laapas määrittelee seuraavat:

- 1) Milloin verovelvollisen kohtaama rikosoikeudellisen syytteen uhka on siinä määrin ilmeinen, että itsekriminointisuoja sovelletaan verotusmenettelyssä, joka itsessään on hallinnollinen menettely?
- 2) Voidaanko itsekriminointisuoja soveltaa verotusmenettelyssä siksi, että rikosoikeudellisen rangaistuksen sijaan verovelvollista uhkaa rikosoikeudelliseen rangaistukseen rinnastuva veronkorotus (ns. hallinnollinen

* Virallisten vastaväittäjien, professori *Mikko Vuorenpään* ja professori *Juha Lindgrenin* Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama, 21.9.2022 päivätty yhteinen lausunto.

rikosprosessi)? Toisin sanoen: voiko hallinnollinen verotusmenettely itsessään muuttua itsekriminointisuojan näkökulmasta rikosoikeudelliseen prosessiin rinnastuvaksi (verotusmenettelyn sisäinen itsekriminointisuoja)?

- 3) Kuinka verotusmenettelyssä voidaan itsekriminointisuoja huomioon ottaen yhtäältä turvata verovelvollisen asianmukainen oikeusturva ja toisaalta veroviranomaisen sekä tehokas verotusmenettely? Mitä mahdollisia lainsäädäntömuutoksia nämä voivat edellyttää?

Laapas pyrkii siten tutkimuksessaan löytämään optimaalisen painopisteen verotusmenettelyn tehokkuuden ja verovelvollisen perus- ja ihmisoikeuksiin kuuluvan itsekriminointisuojan välillä. Laapaksen tutkimusteemaa voidaan epäilemättä pitää onnistuneena ja ajankohtaisena. Itsekriminointisuoja aiheuttaa käytännön oikeuselämässä jatkuvasti ongelmia sekä rikosprosessin sisällä että sellaisissa hallinnollisissa menettelyissä, joissa määrätään seuraamuksia, ja vaikka Laapas rajaakin työnsä verotusmenettelyssä määrättäviin seuraamuksiin, tutkimuksesta saa tulkinta-apua myös muita hallinnollisia sanktioita määrättäessä.

Metodiltaan Laapaksen tutkimus on lainopillinen.

Laapaksen tutkimus antaa aiheen jatkotarkasteluun etenkin neljässä kysymyksessä, joita ovat:

- 1) Itsekriminointisuojan ja valehtelemisen välinen suhde
- 2) Itsekriminointisuojan antamisen alkamishetki
- 3) Niin sanottujen Engel-kriteerien tulkinta, toisin sanoen millä edellytyksillä hallinnollista menettelyä on pidettävä siinä mielessä rikosprosessuaalisena, että menettelyssä kuultavalle henkilölle pitäisi antaa itsekriminointisuoja
- 4) Itsekriminointisuojan laajentuminen verotusmenettelyyn ja keskeiset soveltamistilanteet.

2. Itsekriminointisuojan suhde valehtelemiseen

Itsekriminointisuojan ja valehtelu oikeuden välistä suhdetta käsitellään tutkimuksessa laajasti. Varsinainen pääjakso sanotusta kysymyksestä on sivuilla 68–85, mutta teemaan palataan läpi koko kirjan, muun muassa sivuilla 58, 182–183 ja 209–219. Ei lienekään väärin lausua, että kysymys siitä, pitääkö itsekriminoin-

tisuoja sisällään vain vaitiolo-oikeuden vai kuuluuko sanottuun suojaan myös oikeus valehdella, on yksi tutkimuksen kantavista teemoista.

Laapas tiedostaa tutkimuksessaan toki sen, että varsinaisessa rikosprosessissa epäillyn itsekriminointisuoja pitää sisällään sekä vaitiolo-oikeuden että oikeuden valehdella. Tästä huolimatta Laapas on valmis jopa rikosasian epäiltyjen kohdalla vähintäänkin varovasti ajattelemaan, että pelkkä oikeus vaitioloon olisi itsekriminointisuojan kannalta riittävä (s. 73–85). Ja tämän vuoksi Laapas ymmärrettävästi päätyy vastaavaan tulkintaan keskeisen tutkimuskysymyksensä suhteen, eli hän katsoo, että myös verotusmenettelyssä on riittävää, jos verovelvollisella on vaitiolo-oikeus silloin, kun itsekriminointisuoja ulottaa vaikutuksensa sanottuun menettelyyn (ks. esim. s. 228).

Laapaksen näkemys antaa aiheen muutamiin vastakysymyksiin, joista ehkäpä keskeisin on se, että jos epäillyllä olisi vain vaitiolo-oikeus (ei siis valehtelu-oikeutta), miten rikoksesta epäillyn pitäisi vastata, kun häneltä kysytään, oletko tehnyt teon. Mikäli epäilty on tehnyt rikoksen, josta häntä epäillään, pelkkä vaitiolo-oikeus ei tässä tilanteessa jätä paljon liikkumavaraa, vaan epäilty on tosiasiaa pakotettu joko suoraan tai epäsuorasti tunnustamaan rikoksen.¹ Tätä ongelmaa Laapas ei ole tutkimuksessaan nostanut lainkaan esille. Se tosin voidaan myöntää, että nyt sanottu problematiikka ei sinänsä kuulu tutkimuksen keskeisimpään ytimeen.

Laapas käsittelee muun muassa sivuilla 209–219 hyvin kiinnostavaa ja ajankohtaista ongelmaa siitä, milloin rikosprosessiin liittyvä itsekriminointisuoja ulottaa vaikutuksen rikosprosessin ulkopuolelle. Suomessa nyt sanottu ongelma ajankohtaistui korkeimman oikeuden täysistuntoratkaisussa KKO 2009:80.

Samanaikaisesti kun A oli asetettu henkilökohtaiseen konkurssiin ja hänet oli määrätty vannomaan pesäluettelo, A oli ollut syytteessä velallisen epärehellisyysrikoksista. A oli pesäluettelo vannotessaan jättänyt ilmoittamatta osan omaisuudestaan katsoen, että hänellä oli oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. A oli tuomittu Korkeimman oikeuden ratkaisulla KKO 2009:27 vankeusrangaistukseen törkeästä velallisen petoksesta, koska hän oli jättänyt pesäluettelo vannotessaan omaisuuttaan ilmoittamatta.

A vaati tuomion purkamista, koska siinä oli rikottu Euroopan neuvoston ihmisoi-
keussopimuksen 6 artiklan turvaamaa itsekriminointisuoja. Korkein oikeus katsoi, että konkurssissa annettaviksi vaaditut tiedot olivat sellaisessa yhteydessä samanaikaisesti vireillä olleeseen rikosaasiaan, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen asiaa koskeva oikeuskäytäntö huomioon ottaen A:lla oli pesäluettelo vannotessaan ollut oikeus olla ilmoittamatta omaisuuttaan siltä osin kuin hänet oli tuomittu ran-

1. Tarkoitamme siis sitä, että vaitiolo tällaisessa tilanteessa tulkittaneen suoraan tunnustamiseksi ja jos valehtelu-oikeutta ei ole, niin vastatessaan kysymykseen, epäillyn on pakko puhua totta ja myöntää rikos.

gaistukseen törkeästä velallisen petoksesta. Päätöksestä ilmenevin perustein tuomio, jossa omaksuttu tulkinta itsekriminointisuojaan sisällöstä oli ristiriidassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan kanssa, purettiin ja syyte hylättiin.

Ratkaisun KKO 2009:80 jälkeen korkein oikeus on antanut samasta kysymyksestä kolme uudempaa ratkaisua eli ratkaisut KKO 2011:46, 2015:6 ja 2017:78. Kaikissa sanotuissa ratkaisuissa on siis kysymys itsekriminointisuojaan antamisesta rikosprosessin ulkopuolella ja etenkin siitä, pitääkö itsekriminointisuoja rikosprosessin ulkopuolella sisällään vaitiolo-oikeuden ohella myös oikeuden valehdella. Ratkaisussa 2011:46 korkein oikeus katsoi valehtelu-oikeuden kuuluvan itsekriminointisuojaan piiriin myös rikosprosessin ulkopuolisessa menettelyssä, mikäli sanotun menettelyn aikana on vireillä varsinainen rikosprosessi, jolla on liittynyt rikosprosessin ulkopuoliseen menettelyyn. Sen sijaan ratkaisuissa 2015:6 ja 2017:78 tulkinta oli toinen ja korkein oikeus katsoi, että pelkkä vaitiolo-oikeus riittää ja että rikosprosessin ulkopuolisessa menettelyssä ei ole oikeutta valehdella.

Laapas asettuu tutkimuksessaan mainitunlaisten rinnakkaisten menettelyjen tilanteessa ainakin lähtökohtaisesti tukemaan (s. 209–219) ratkaisuista KKO 2015:6 ja KKO 2017:78 ilmenevää linjausta, jonka mukaan itsekriminointisuoja edellyttää vain vaitiolo-oikeutta. Tämä herättää yhden keskeisen kysymyksen, jota väitöstutkimuksessa olisi voinut arvioida hieman perusteellisemmin. Kysymys on se, että jos (ja kun) epäillyllä on valehtelu-oikeus rikosprosessin sisällä, millä perusteella itsekriminointisuojaan sisältö olisi erilainen rikosprosessin ulkopuolella.

Kysymystä mietittäessä erityisesti Rovaniemen hovioikeuden näkemys asiassa, josta korkein oikeus antoi ratkaisun KKO 2017:78, on huomionarvoinen.

Hovioikeus katsoi, ettei A:lta ollut voitu edellyttää takaisinsaantioikeudenkäyntien yhteydessä, että hän silloin kertoisi tapahtumienkuluista eri tavalla kuin hän oli puolustukseensa kertonut törkeää velallisen epärehellisyyttä koskevassa esitutkinnassa. Siviiliasian yhteydessä annetun totuudenvastaisen kertomuksen katsominen rangaistavaksi loukkaisi olennaisesti syylliseksi epäillyn oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen samaan aikaan vireillä olleeseen rikosepäilyyn liittyen. A:n väärin tietojen antamista ei sen vuoksi nyt kysymyksessä olleessa tilanteessa ollut syytä arvioida toisin kuin hänen oikeuttaan vaieta tai jättää tietojaan antamatta. Itsekriminointisuoja ulottui nyt kysymyksessä olleeseen menettelyyn. A:n syytteessä kuvattua menettelyä ei siten voitu pitää rangaistavana ja syytteet oli hylättävä.

Ja samaten tutkimuksessa olisi ollut mahdollista kritisoida ratkaisun KKO 2015:6 perustelukohdassa 27 esitettyjä perusteluja sille, että rinnakkaisissa menettelyissä

itsekriminointisuoja pitää sisällään vain vaitiolo-oikeuden. Sanottu perustelu-kohta kuuluu seuraavasti:

Kuten kohdassa 22 on todettu, huomiota on kiinnitettävä myös menettelyllä saadun lausuman käyttötarkoitukseen. *Toisin kuin konkurssivelalliselta ja verovelvolliselta ennakkoratkaisuissa KKO 2009:80 ja 2011:46 tarkoitetuissa menettelyissä vaaditut tiedot, todistajalle esitetyt kysymykset liittyvät ensisijaisesti asiaan, jossa hänen kuulemisensa todistajana on tarpeen, ja kysymysten tarkoituksena on saada selville totuus asiassa.* Tähän nähden on tärkeää, että tuomioistuimien saa tietää, mikäli todistajan kertomukseen jää aukko, ja syyn siihen. Todistajan vetoaminen kieltäytymisoikeuteensa ja sen syyn ilmoittaminen palvelevat siten oikeudenkäynnin tarkoitusta. Sitä merkitystä, mikä todistajanlausuman totuudenmukaisuudella on, ilmentää perättömästä lausumasta tuomioistuimessa säädetty varsin ankara rangaistusasteikko.

Eli kursivoimassamme perustelukohdassa korkein oikeushan tuntuu sanovan, että verotus- tai konkurssimenettelyssä ei olisi tarkoituksena selvittää totuutta asiassa, mitä näkemystä voidaan pitää vähintäänkin erikoisena.²

3. Itsekriminointisuojan antamisen alkamishetki

Laapaksen tutkimuksessa itsekriminointisuojan antamisen alkamishetkeen liittyvät ongelmat ajankohtaistuvat kahdessa tilanteessa. Ensinnäkin itsekriminointisuojan alkamishetkeä verotusmenettelyssä voidaan tarkastella rinnakkaisten menettelyjen tilanteessa, ja toisaalta suojan alkamishetki saattaa hyvinkin aiheuttaa ongelmia puhtaassa verotusmenettelyssä eli silloin, kun verotusmenettelyn kanssa ei ole samanaikaisesti vireillä verotusmenettelyyn liittyvää rikosprosessia.

Arvioimme ensin verotusmenettelyä rinnakkaisten menettelyjen tilanteessa, jolloin lähtökohdan tarkastelulle muodostaa oikeudenkäymiskaaren 17:25.2, jossa säädetään seuraavasti:

”Tuomioistuimien ei saa rikosasiassa hyödyntää 18 §:ssä säädetyn vaitiolo-oikeuden vastaisesti hankittua todistetta. Hyödyntämiskiello koskee myös todistetta, joka on hankittu muussa menettelyssä kuin esitutkinnassa tai rikosasian oikeudenkäynnissä henkilöltä pakkokeinon käyttämisen uhalla tai muutoin vastoin hänen tahtoaan, jos hän oli tällöin epäilty tai vastaajana rikoksesta taikka esitutkinta tai oikeudenkäynti oli vireillä rikoksesta, josta häntä syytetään, ja jos todisteen hankkiminen rikosasiassa olisi ollut vastoin 18 §:ää. Jos kuitenkin henkilö on muussa menettelyssä kuin

2. Hyvä tieteellinen tapa edellyttää sen mainitsemista, että vastaväittäjästä professori Mikko Vuorenpää on kirjoittanut oikeustieteellisen asiantuntijalausunnan asiassa, jonka korkein oikeus ratkaisi päätöksellä KKO 2015:6.

rikosasian käsittelyssä tai siihen rinnastuvassa menettelyssä antanut lakisääteisen velvollisuutensa täyttämisen yhteydessä totuudenvastaisen lausuman taikka väärän tai sisällöltään totuuden vastaisen asiakirjan taikka väärän tai väärennetyn esineen, sitä saadaan hyödyntää todisteena velvollisuuden vastaista menettelyä koskevassa rikosasiassa.”

Tältä osin itsekriminointisuojaan antamisen alkamishetki tiivistyy siteeratusta lainkohdassa kursiivilla kirjoittamaamme kohtaan, tarkkaan ottaen siihen, että itsekriminointisuojaan alkaminen on rinnakkaisissa menettelyissä kytketty esitutkinnan alkamishetkeen. Tämä puolestaan on pulmallista siitä syystä, että esitutkintalaissa (tai muussakaan esitutkintaa koskevassa normeerausessa) esitutkintaviranomaisia ei velvoiteta kirjaamaan esitutkinnan alkamishetkeä mihinkään asiakirjaan tai rekisteriin. Voidaan näin ollen pitää varsin epätydyttävänä asiantilana, että itsekriminointisuojaan alkaminen rinnakkaisten menettelyjen tilanteessa on lainsäädännössämme kytketty ajankohtaan, jota ei tarvitse kirjata mihinkään. Nyt sanotut ongelmat ilmenevät mainiosti myös Laapaksen tutkimuksesta (ks. esim. sivu 228), eikä itsekriminointisuojaan alkamishetken tarkastelu Laapaksen väitöskirjassa rinnakkaisten menettelyjen tilanteessa anna aihetta huomautuksiin.

Sen sijaan vähäisiä huomautuksia voidaan esittää siltä osin kuin Laapas arvioi itsekriminointisuojaan antamista verotusmenettelyssä ilman menettelyyn liittyvän rikosprosessin vireillä oloa. Nyt kysymyksessä on siis asetelma, jossa mitään verotusmenettelyyn liittyvää rikosprosessia ei vielä ole vireillä, mutta mikäli verovelvollinen verotusmenettelyssä puhuu totta, voidaan pitää ilmeisenä, että esitutkintakynnys ylittyy. Tältä osin Laapas siis kysyy, pitäisikö verovelvollisen myös tässä asetelmassa saada itsekriminointisuoja ja olla siten oikeutettu ainakin vaihteloon verotarkastuksessa. Laapaksen vastaus kysymykseen on vähintäänkin varovaisen myönteinen (s. 224–233).

Laapaksen täten ainakin varovaisesti kannattamasta samanaikaisuusvaatimuksesta (ks. s. 183) (toisin sanoen verotusmenettelyn ajallisesta yhteydestä rikosprosessiin) luopumisesta seuraa kuitenkin jatkokysymyksenä se, voiko kyseisestä vaatimuksesta luopumisesta aiheutua vaikeuksia verotusmenettelyn toimittamiselle. Käytännössä samanaikaisuusvaatimuksesta luopumisen takia voisi syntyä mahdollisia vaikeuksia siksi, että verovelvollinen voisi ikään kuin omasta päästään luoda keinotekoisia itsekriminointitilanteita kieltäytymällä vastaamasta verottajan esittämiin kysymyksiin todeten, että vastatessaan hän joutuisi rikinnoimaan itseään. Ja koska samaan aikaan ei olisi vireillä verotusmenettelyyn liittyvää rikosprosessia, verovelvollisen tekemän väitteen paikkansapitävyyden kontrollointi olisi erittäin hankalaa, ellei suorastaan mahdotonta.

Väitöstilaisuudessa Laapas puolustautui tältä osin asianmukaisesti osoittaen, että verotusmenettely ei suinkaan estyisi, vaikka verovelvollinen loisi sanotun kaltaisia keinotekoisia itsekriminointitilanteita, sillä menettelyssä on aina saata-

villa myös muuta kuin verovelvollisen itsensä antamaa selvitystä. Väitöskirjassa olisi siitä huolimatta ollut perusteltua pohtia nykyistä tarkemmin myös sitä, miten verotusmenettelyssä voidaan reagoida siihen, että verovelvollinen pyrkii kehittämään sanotun kaltaisia, tekaistuja itsekriminointitilanteita.

4. Engel-kriteerit hallintomenettelyn sanktioluonnetta osoittavana normistona

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) määrittelee oikeudellisten menettelyjen rikosoikeudellisen luonteen niin sanottujen Engel-kriteerien (Engel ym. vs. Alankomaat, 8.6.1976) perusteella. Näitä kriteerejä ovat:

1. menettelyyn sovellettavan normin luonnehdinta kansallisen oikeuden mukaan,
2. menettelyyn sovellettavan normin todellinen luonne eli teon laatu erityisesti siitä tuomittavan seuraamuksen laatuun verrattaessa, sekä
3. menettelystä määrättävän seuraamuksen luonne ja ankaruus.

Sanotut kriteerit (etenkin kohdat 2 ja 3) ovat erittäin tulkinnanvaraisia.³ Tästä huolimatta Laapaksen tutkimuksessa ei ole juurikaan avattu kriteerien sisältöä tai tulkintaa. Tätä voidaan pitää pienoisena puutteena etenkin, kun otetaan huomioon, että yksi kirjoittajan keskeisimmistä tutkimuskysymyksistä on se, voidaanko itsekriminointisuoja antaa sellaisessa verotusmenettelyssä, jolla ei ole suoraan liityntää rikosprosessiin, ja tähän kysymykseen vastaaminen perustuu käytännössä kokonaan Engel-kriteerien tulkintaan. Nyt sanottua arviotamme tutkimuksessa olevasta puutteesta tosin lieventää, mutta ei täysin määräisesti muuta, se, että nykykäytännössä EIT pitää ilmeisenä, että veronkorotusta on Engel-kriteerien perusteella pidettävä rikosoikeudellisena sanktiona.

3. Ks. esim. Mikko Vuorenpää, Veronkorotus ja ne bis in idem -kielto, s. 283–296 teoksessa Matti Urpilainen – Veikko Vahtera (toim.), Minne menet vero-oikeus? Juhlajulkaisu Raimo Immoselle. Turku 2013, s. 284–286.

5. Itsekriminointisuojaajan laajentuminen verotusmenettelyyn ja keskeiset soveltamistilanteet

Laapas tarkastelee tutkimuksessaan itsekriminointisuojaajan suhteessa verotusmenettelyyn, joka on jäänyt Suomessa valitettavan vähälle huomiolle akateemisessa tutkimuksessa. Siten Laapaksen tutkimuksen voidaan katsoa tuovan kaivatun lisän vero-oikeudelliseen kirjallisuuteen. Verotuksen tehokkuuden tarkastelua otsikkotasolla voidaan pitää onnistuneena valintana. Näin toimien tutkija luo tutkimukseen relevantin jännitteen, sillä verotuksen tehokkuuden yhteydessä esiin nousee usein juuri veronkorotusten ja muiden hallinnollisten sanktioiden tarpeellisuus sekä ankaruus.

Välillisesti hyvän verojärjestelmän kriteereistä ovat esillä myös muun muassa yhdenvertaisuus verotuksessa sekä verotuksen ennakoitavuus. Yhdenvertaisuus nousee tarkasteluun, kun Laapas toteaa verotuksen fiskaalisen tavoitteen ohella sen luonteen jakonormina. Toisaalta keskustelussa on tällöin yleisellä tasolla verorasituksen jakautuminen, ja erityiskysymyksenä voidaan esittää, onko mahdollista, että nimenomainen tilannekohtainen verovelvollisuus siirtyy/siirretään toiselle verovelvolliselle, jos edellä tarkasteltu valehtelu-oikeus sallitaan verotusmenettelyssä.

Laapaksen tutkimuksessa verotuksen ennakoitavuus nousee tarkasteluun hänen pohtiessaan verotusmenettelyä ja siihen liittyviä hallinnollisia sanktioita. Tutkimuksen kohteen asemointia aihepiiriin jäsentää hyvin sähköisen ilmoittamisen, verotuksen automaation, valvontakeinoista erityisesti verotarkastuksen sekä sivullisilmoittajien kasvavan roolin tarkastelu. Lisäksi tiedot verotuspäätöksistä, verotarkastuksista ja rikosilmoituksista sekä niiden lukumääristä auttavat kokonaiskuvan muodostamisessa. Laapas lähestyy verotusmenettelyä tiukasti nykytilanteesta käsin. Toisaalta verotusmenettely on kehittynyt vaihteittain pitkän ajan kuluessa ja erityisesti verotusmenettelylain (VML) tultua voimaan jo yli neljännesvuosisata sitten. VML:n säännökset ja niitä koskevat muutokset olisivat voineet tarjota taustaa tutkimukselle sekä mahdollistaneet esimerkiksi sääntelylle asetettujen tavoitteiden tarkemman tarkastelun.

Tieteellisessä tutkimuksessa oikeiden kysymysten asettaminen voi olla jopa vastauksia tärkeämpää. Laapaksen väitöstutkimuksessa aihepiiristä onnistutaan asettamaan varsinaisten tutkimuskysymysten lisäksi ja niitä tarkentaen keskeisiä kysymyksiä. Siten hänen voidaan todeta onnistuneen tehtävässään hyvin. Seuraavassa esitämme vielä muutamia asiaa koskevia huomioita nimenomaisesti verotusmenettelyn näkökulmasta.

Laapas määrittelee termin *verotusmenettelyn sisäinen itsekriminointisuojaaja* johdantoluvussa alaviitetasolla (s. 28, av. 41). Hänen mukaansa kysymys on siitä, missä laajuudessa itsekriminointisuojaaja tulisi soveltaa menettelyihin, joissa rikosoikeudellisen rangaistuksen sijaan on mahdollista määrätä asianosaiselle

veronkorotus tai muu vero-oikeudellinen sanktio. Kysymys on siinä määrin keskeinen, että sen esillepano olisi voinut olla näyttävämpikin. Tutkimuksessa kysymyksenasettelua käsitellään toki monipuolisesti pohtien, mikä on yksi tutkimuksen selkeä vahvuus. Muut vero-oikeudelliset sanktiot viittaavat esimerkiksi erilaisiin myöhästymis- ja laiminlyöntimaksuihin. Muut sanktiot tuovat tarkasteluun myös sivullisilmoittajat ja heidän tiedonantovelvollisuutensa. Laapas toteaa, että menettelyä voidaan tietyllä tavalla verrata todistajien kuulemiseen perinteisen rikosprosessin puolella. Hänen mukaansa sivullisen erityistä tiedonantovelvollisuutta koskeva säännös ei ole itsekriminointisuojaan kannalta ongelmaton.

Toisella tutkimuksessa määritellyllä (s. 36) ja käytetyllä termillä *tuplasanktio* viitataan tilanteeseen, jossa verovelvolliselle määrätään VML:n nojalla saman asiakokonaisuuden yhteydessä sekä prosessuaalinen että aineellinen veronkorotus. Laapas tarkastelee tuplasanktiota laajasti ja päätyy toteamaan, että se ei tällä hetkellä vaikuta olevan käytännön tasolla suuri ongelma, ja viittaa asiaa koskevaan Verohallinnon ohjeeseen (s. 270–271). Tätä johtopäätöstä olisi osaltaan edelleen tukenut huomio, jonka mukaan verovelvollinen voi vedota asiassaan VML 26.2 §:n luottamuksensuojasäännökseen, jos Verohallinto toimii oman ohjeensa vastaisesti.

Muita Laapaksen tutkimuksessaan tarkasteluun nostamia erityiskysymyksiä ovat esimerkiksi kansainvälistä verotusta koskevaa tietojenvaihtoa, laissa raportoitavista järjestelyistä verotuksen alalla (L 1559/2019) säädettyä raportointivelvollisuutta sekä yhteisöjä koskevat kysymykset. Nämä teemat yhdessä sivullisen tiedonantovelvollisuutta koskevien pohdintojen kanssa laajentavat aiemmin esillä olutta itsekriminointisuoja ja verotusmenettelyä koskevaa keskustelua.

Korkeimman hallinto-oikeuden julkaistun ratkaisukäytännön ja verotusmenettelyn näkökulmasta veronkorotuksia koskevia uusia linjauksia tai itsekriminointisuoja koskevia kysymyksiä on ollut esillä niukasti vuoden 2016 jälkeen. Vuonna 2018 säädetyt VML:n uudet veronkorotussäännökset ovat edelleen vähentäneet sanktioiden ankaruutta sekä syyllisyyssarviointin tarvetta. Korkein hallinto-oikeus linjasi 10.2.2016 antamissaan päätöksissä (kaksi vuosikirjaratkaisua, julkaistu lyhyt ratkaisuseloste, julkaisematon ratkaisu sekä seitsemän hylättyä muutosta hakeneiden verovelvollisten valituslupahakemusta) tuolloin voimassa olleiden veronkorotussäännösten soveltamisalaa suhteessa ilmoitusvelvollisuuteen⁴. Ratkaisu KHO 2016:100 sekä Verohallinnon 30.9.2016 antama ohje ”Rikosoikeudenkäynnissä sovellettava itsekriminointisuoja ja sen vaikutus verotusmenettelyssä” ilmentävät verotusmenettelyssä sovellettavaa tulkintaa, jota veronkorotusta koskevien säännösten muutoksen voidaan katsoa edelleen vahvistaneen.

4. Ks. esim. Juha Lindgren, Veronkorotusten ennustettavuus tuloverotuksessa. Verotus 3/2016, s. 234–248.

Ratkaisun KHO 2016:100,⁵ jossa asian selvittämismenettelyyn liittyvä verovelvollisen väite Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaisen itsekriminointisuojaan loukkaamisesta hylättiin, perustelujen mukaan

”Veronkorotus määrätään sen perusteella, että verovelvollisen veroilmoitus on ollut sisällöltään väärä. Veronkorotusta ei siten määrätä verotuksen päättymisen jälkeen toimitetussa verotarkastuksessa annettujen tietojen virheellisyyden tai tietojen antamatta jättämisen perusteella.

Korkein hallinto-oikeus katsoo, että se seikka, että A:ta on verotarkastuksen yhteydessä ilman pakkokeinojen tai rangaistuksen uhkaa pyydetty antamaan asiasta selvitystä, ei ole vaarantanut hänen oikeuttaan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Toimitettuja verotuksia ole siten tällä perusteella kumottava.”

Tuomioistuin totesi kuitenkin perusteluissaan myös seuraavaa:

”Kysymystä siitä, missä laajuudessa verotusmenettelyyn on sovellettava EIS 6 artiklassa määrättyjä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteita, ei ole korkeimman hallinto-oikeuden näkemyksen mukaan EIT:n oikeuskäytännössä tyhjentävästi ratkaistu. Korkein hallinto-oikeus toteaa kuitenkin, että siinäkin tapauksessa, että EIS:n oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeet ulottuisivat kansallisen verotusmenettelyn selvitysvetollisuutta koskevaan säännöstöön, asiassa ei ole menetelty virheellisesti.”

Edellä mainitun Verotusmenettelyä ohjaavan ja toistaiseksi muuttamattoman Verohallinnon ohjeen (sallittu oikeuslähde) mukaan:

”Itsekriminointisuoja koskevia säännöksiä ja periaatteita sovelletaan vain rikossyytettä käsittelevässä rikosprosessissa. Itsekriminointisuojaan katsotaan alkavan siitä, kun esitutkintaviranomainen on tehnyt esitutkinnan aloittamispäätöksen. Merkitystä ei siis ole sillä, milloin varsinainen esitutkinta konkreettisesti alkaa. Itsekriminointisuoja puolestaan päättyy silloin, kun rikosasiaa koskeva päätös tulee lainvoimaiseksi.

Rikosoikeudenkäynnissä sovellettava itsekriminointisuoja ei ulotu niihin tietoihin ja selvityksiin, jotka verotusmenettelyssä on saatu ennen esitutkinnan aloittamispäätöstä, vaikka selvitykset myöhemmin antaisivat aiheen esitutkinnan aloittamiseen. Tällaisia tietoja voidaan siis käyttää todisteina rikosoikeudenkäynnissä. Vastaavasti itsekriminointisuoja ei oteta huomioon myöskään verotarkastuksessa, joka tehdään ennen päätöstä esitutkinnan aloittamisesta. Verotarkastuksessa saatuja tietoja voidaan siten myöhemmin käyttää rikosasiassa todisteena.”

5. Hyvä tieteellinen tapa edellyttää sen mainitsemista, että vastaväittäjästä professori Mikko Vuorenpää on kirjoittanut oikeustieteellisen asiantuntijalausannon asiassa, jonka korkein hallinto-oikeus ratkaisi päätöksellä KHO 2016:100.

Jos tutkimuksessa tarkasteltavaa kysymystä koskeva muutoksenhakuasia ei verovelvollistahon valituslupahakemuksen ja valituksen johdosta nouse korkeimman hallinto-oikeuteen käsittelyyn, tulisi jo vakiintuneen oikeus- ja verotuskäytännön vuoksi ratkaisua Laapaksen esittämään jännitteeseen edellä esitetyn perusteella tavoitella lakia muuttamalla. Toinen asia on, ovatko tutkimuksessa esitetyt nimelliset muutosehdotukset ainakin osittain nykyisen tulkinnan valossa poliittisen hyväksyttävyyden kannalta ongelmallisia ja siten hankalasti toteutettavia. Laapaksen näkökulmia avaava pohdinta voi kuitenkin ajan myötä, perus- ja ihmisoikeuksien mahdollisesti korostuessa edelleen, vaikuttaa sääntelyn tarpeen arviointiin. Tässäkin suhteessa Laapaksen tutkimusotetta ja tapaa luoda jännite, esittää relevantteja kysymyksiä ja päätyä muutosehdotuksiin voidaan pitää hedelmällisenä ja onnistuneena. Se voi myös avata suuntia jatkotutkimukselle, ja toivottavaa on, että se rohkaisee uusia tutkijoita nostamaan myös verotusmenettelyä koskevia teemoja tutkimuksen kohteeksi.

6. Lopputulos

”Itsekriminointisuoja vero-oikeudessa - erityisesti tehokkaan verotusmenettelyn sekä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta” on oikeudenalojen rajat ylittävä tutkimus. Teos osoittaa tekijän syvällistä tuntemusta sekä perus- ja ihmisoikeuksien että rikos- ja vero-oikeuden alalta. Tutkimuksessaan Mikko Laapas osoittaa oikeudellisten tutkimusmetodien hallintaa, kriittistä ajattelua ja päätyy perusteltuihin johtopäätöksiin.

Aktiivisesta tutkimusotteesta kertoo tutkimuskysymysten ja tarkennettujen pohdintojen ohella se, millä tavoin Laapas on ottanut huomioon esitarkastuksen yhteydessä esitetyt kommentit sekä sen jälkeenkin ilmestyneitä ajantasaisia lähteitä. Näin tutkimus on edelleen kehittynyt vielä senkin jälkeen, kun esitarkastuslausunnossa olimme kiistatta puoltaneet väitösluvan myöntämistä. Kysymyksessä on tieteellisesti vakuuttava esitys, jonka voidaan katsoa sisältävän edellä esitetyn mukaisesti uutta tieteellistä tietoa.

Mikko Laapas on väitöstilaisuudessa puolustanut tutkimustaan selkeästi ja kantansa perustellen. Tutkimuksen onnistunut kysymyksenasettelu on auttanut myös vastaväittäjiä itsenäisessä tehtävässään, eikä sitä siten voida pitää tutkimuksen termein ”etukäteisenä vaikuttamisena”. Laaja-alaisen väitöstutkimuksen tarkastajiksi on tiedekunta valinnut kaksi vastaväittäjää, mitä pidämme perusteltuna ratkaisuna.

Kokonaisuutena katsomme, että väitöskirja täyttää epäilemättä ne vaatimukset, mitä sen hyväksymiseksi osaksi oikeustieteen tohtorin tutkintoa vaaditaan. Näin ollen esitämme mielihyvin Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiede-

VÄITÖKSIÄ

kunnalle, että oikeustieteen maisteri Mikko Laapaksen väitöstutkimus hyväksytään oikeustieteen tohtorin tutkintoon sisältyväksi opinnäytteeksi.

Mikko Vuorenpää
Juha Lindgren

Kohti yhteensopivaa tulkintaa

Elämme oman sukupolveni kokemusmaailmaan nähden poikkeuksellisia aikoja. Moni voi ajatella, että näinä aikoina meidän tulisi keskittää kaikki ajatuksemme ja voimavaramme Euroopassa ja muualla maailmassa tapahtuvien vääryyksien ratkaisemiseen. Tällainen ajatus on täysin ymmärrettävä ja hyväksyttävä.

Elämme sivistys- ja oikeusvaltiossa. Se, että osaltamme voimme rakentaa sivistys- ja oikeusvaltiotamme tekemällä tutkimustyötä vapaasti ja kokoontumalla yhteen, on kuitenkin tällä hetkellä myös kunnia-asia. Siitä meidän on pidettävä kiinni, ja siitä me voimme tuntee iloa ja kiitollisuutta. Tässä hengessä voimme pitää tätä päivää ja tätä hetkeä merkittävänä.

Kymmenen vuotta sitten olin vastaavanlaisessa auditoriossa kuin tämä, henkilökunnan edessä. Takana oli kuntaliitos, jossa henkilöstö oli siirtynyt uuden työnantajan palvelukseen liikkeenluovutuksella. Sain olla mukana valmistelussa ja toteuttamassa tätä kuntaliitosta.

Tuossa tilaisuudessa minut laitettiin seinää vasten. Eräessä puheenvuorossa todettiin, että ”nyt meiltä on viety kaikki”. Lopulta kyse oli pienestä palvelussuhteen ehtoihin liittyvästä käytännön järjestelystä, mutta yhtäältä peruskysymys oli sama kuin liikkeenluovutuksessa yleensäkin. Jouduttiin pohtimaan, mitä liikkeenluovutus tarkoittaa. Mietittiin, mitä tarkoitetaan sillä, että henkilöstö siirtyy uuden työnantajan palvelukseen niin sanotusti vanhoina työntekijöinä. Tarkasteltiin sitä, missä määrin työnantaja saa muuttaa palvelussuhteen ehtoja. Pohdittiin, miten palvelussuhteen ehdot tulisi harmonisoida. Jouduttiin vastaamaan kysymyksiin siitä, saavatko työntekijät, esimiehet ja johtajat pitää nykyiset tehtävänsä muutoksessa. Nämä samat kysymykset koskettavat koko ajan, ja erityisesti tulevassa hyvinvointialueuudistuksessa, kovin monia suomalaisia.

Itseäni on näiden käytännön työelämää lähellä olevien kysymysten lisäksi kiinnostanut liikkeenluovutuskysymysten merkittävä kytkeytyminen EU-oikeuteen. Oikeuskirjallisuudessa on usein todettu, että EU-oikeuden tulkintavaikutuksella on suuri rooli liikkeenluovutuksessa. Tämä ajatus ei kuitenkaan yleensä ole saanut kovin syvällistä selitystä tai perustelua.

Ensi vuoden alussa toteutetaan Suomen historian suurin liikkeenluovutus. Yli 170 000 sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen työntekijää ja viranhaltijaa siirtyy yhteensä noin 360:lla eri liikkeenluovutuksella uusien hyvinvointialueiden palvelukseen.

* *Mari Lyyra*, OTT, HTM, KM. *Lectio praecursoria* Itä-Suomen yliopiston yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunnassa 18.3.2022 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa Kohti yhteensopivaa tulkintaa. Liikkeenluovutuksen tunnistaminen, oikeusvaikutukset ja EU-oikeuden tulkintavaikutus.

Hyvinvointialueuudistuksen henkilöstön siirtymisen toteuttaminen liikkeenluovutuksella on jatkumoa 2000-luvulla alkaneelle trendille säätää lailla julkisen sektorin muutostilanteet liikkeenluovutukseksi. Hyvinvointialueiden valmistelutyössä ja toteuttamisessa tullaan tarvitsemaan tutkittua tietoa liikkeenluovutuksesta. Samaan aikaan yrityselämässä fuusiot, omistajanvaihdokset ja muut järjestelyt ovat jatkuvasti arkipäivää. Myös näissä tilanteissa tarvitaan tietoa liikkeenluovutuksesta ja sen oikeusvaikutuksista.

Eurooppalaisen liikkeenluovutussäätelyn taustalla ovat Euroopan unionin sisämarkkinoiden laajenemiseen tähtäävä tavoite, työntekijöiden suojaamisen periaate ja pyrkimys harmonisoida jäsenvaltioiden työoikeudellista sääntelyä liikkeenluovutustilanteissa. Tutkimukseni keskeisin normi on liikkeenluovutusdirektiivi, joka on implementoitu esimerkiksi työsopimuslakiin ja virkamiehiä koskevaan kansalliseen lainsäädäntöön.

Liittytyämme ETA-sopimukseen ja EU:iin olemme tulleet osaksi Euroopan unionin oikeuden kanssa yhteen kietoutunutta, sisäkkäistä oikeusjärjestystä. Yksinomaan se, että direktiivin sisältö on implementoitu kansalliseen sääntelyyn, ei kuitenkaan ole riittävää. Oikeusjärjestystemme sisäkkäisyyden yksi ilmentymä on, että suomalaisten lainkäyttäjien on otettava laintulkinnoissaan huomioon Euroopan unionin tuomioistuimen direktiivin soveltamisesta antamat tulkintakannanotot. Euroopan unionin tuomioistuin on antanut liikkeenluovutusdirektiivin soveltamisesta yli 60 ennakkoratkaisua. Jäsenvaltioiden velvollisuutta ottaa nämä tulkintakannanotot huomioon omassa ratkaisukäytännössään voidaan pitää yksinkertaisimmillaan tulkintavaikutuksen ydinsisältönä.

Oikeuskirjallisuudessa tulkintavaikutus näyttyy melko passiivisena ja mekanistisena unionioikeuden valtiosisäisenä vaikutustapana. Oma käsitykseni on, että kysymys on kuitenkin enemmästä: unionin oikeuden tasolla jäsenvaltioille asetetusta vakavasti otettavasta velvollisuudesta.

Oma kiinnostukseni on kohdistunut siihen, mitä tulkintavaikutuksella tai siis yhteensopivan tulkinnan vaatimuksella tarkoitetaan liikkeenluovutus kontekstissa ja mikä sen merkitys kokonaisuudessaan on valitsemassani aineellisoikeudellisessa kysymyksenasettelussa.

Tutkimusmenetelmäni on lainopillinen, mutta tutkimustani voidaan pitää oikeuskäytännön systemaattisen tarkastelun vuoksi myös oikeusarkeologisena. Olen tutkimuksessani analysoinut unionin tuomioistuimen koko liikkeenluovutuksesta antaman ennakkoratkaisukäytännön sekä Suomen korkeimman oikeuden, korkeimman hallinto-oikeuden ja työtuomioistuimen liikkeenluovutuksesta antaman keskeisen oikeuskäytännön.

Keskeisin liikkeenluovutussäätelyyn liittyvä tulkintakysymys koskee liikkeenluovutuksen tunnistamista – julkisen sektorin liikkeenluovutukset nimitäin muodostavat poikkeuksen siinä, että niissä muutostilanne katsotaan usein liikkeenluovutukseksi lain nojalla. Liikkeenluovutuksen tunnusmerkistö on kehittynyt vuosikymmenten aikana unioni- ja kansallisen oikeuden vuorovai-

kutuksessa. Tämä kehitys on alkanut jo ennen Suomen liittymistä Euroopan unioniin ja sitoo sellaisenaan kokonaisuudessaan myös Suomea.

Ilman Euroopan unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisukäytännön tuntemista ei Suomessakaan voida tehdä päätelmiä siitä, onko jossain yksittäisessä tilanteessa kysymyksessä liikkeenluovutus vai ei. Koska unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö on kehittynyt ja kehittyy edelleen vaihteittain, käsitystä liikkeenluovutuksen tunnusmerkistöstä on ylläpidettävä jatkuvasti. Työelämän tosiasialliset tilanteet ovat hyvin monimuotoisia, eikä liikkeenluovutuksen tunnusmerkistöä olekaan voitu kirjoittaa sen enempää direktiivin kuin kansallisenkaan lain säännöksi. Liikkeenluovutuksen tunnistamisessa vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä toimiikin unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisukäytäntö. Tällainen ajatus unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisujen asemasta on esitetty suomalaisessa oikeuslähteopillisessa keskustelussa vasta aivan hiljattain.

Liikkeenluovutussääntelyn oikeusvaikutusten ytimessä on työntekijöiden oikeus siirtyä uuden työnantajan palvelukseen niin sanotusti vanhoina työntekijöinä. Tämä, kuten muutkaan liikkeenluovutuksen oikeusvaikutukset, eivät ole yksiselitteisesti määriteltävissä. Irtisanomiskielto, työehtosopimussidonnaisuus ja palvelussuhteen ehtojen muuttaminen liikkeenluovutuksen jälkeen ovat esimerkkejä niistä asioista, joita liikkeenluovutustilanteiden jälkeen on jouduttu ratkaisemaan tuomioistuimissa. Euroopan unionin tuomioistuin on antanut myös liikkeenluovutuksen oikeusvaikutusten osalta merkittäviä avainratkaisuja, jotka myös kotimaassamme on tunnettava ja otettava huomioon vastaavia kysymyksiä koskevia asioita ratkaistaessa.

Liikkeenluovutukseen liittyviä kysymyksiä kuvataan usein haastaviksi. Taustalla on ilmiö, jota nimitän tutkimuksessani liikkeenluovutuksen huojuvaksi kehäksi. Kysymys on siitä, että mainittu direktiivi on muotoilultaan hyvin avoin. Direktiivin avoin muotoilu johtaa usein tulkintavaikeuksiin työelämän tosiasiallisissa tilanteissa, minkä johdosta syntyy työoikeudellisia riitoja. Koska riitojen ratkaisusta muodostunut oikeuskäytäntö ei yleensä ole yksiselitteistä, tämä on puolestaan aiheuttanut ja aiheuttaa edelleen vaikeuksia lainsäädännön kehittämisessä. Tämä eräällä tavalla kumuloituva epävarmuus näkyy siinä, että liikkeenluovutustilanteiden tunnistaminen koetaan vaikeaksi ja oikeusvaikutuksista syntyy usein epäselvyyttä.

Liikkeenluovutussääntelyn avoimuuden lisäksi tutkimustyöni kiinnostavuutta on lisännyt se, että tutkimusasetelmaani sisältyy useita keskenään jännitteisissä suhteissa olevia vastinpareja. Unionioikeus ja kansallinen oikeus muodostavat yhden vastinparin. Liikkeenluovutusdirektiivistä on erotettavissa kaksi suurta kokonaisuutta: liikkeenluovutuksen tunnistaminen ja oikeusvaikutukset. Suomessa liikkeenluovutustilanteet voivat olla ainakin kahdentyyppisiä: liikkeenluovutus tunnistetaan tunnusmerkistön perusteella tai liikkeenluovutuksesta säädetään lailla. Myös julkinen ja yksityinen sektori muodostavat yhden vastinparin, samoin kuin rinnakkaiset palvelussuhdejärjestelmämme: virkasuhteet ja työsuh-

teet. Lisäksi tuomioistuinjärjestelmämme jakaantuu kahteen päälinjaan: yleisiin tuomioistuimiin ja hallintotuomioistuimiin. Nämä monet jännitteiset vastinparit yhdessä ovat tehneet tutkimusasetelmastani sekä haastavan, että kiinnostavan. Jos jokin asia on vaikuttanut selvältä ja yksinkertaiselta, vaikeuskerrointa on liisännyt se, että vertailevan elementin kohdalla asia onkin näyttänyt toisenlaiselta.

Käytän tutkimuksessani tulkintavaikutuksesta mieluiten käsitettä yhteensopivan tulkinnan vaatimus tai yhteensopiva tulkinta. Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa yhteensopivan tulkinnan vaatimusta on käsitelty verraten vähän. Tarkastelen väitöstutkimuksessani yhteensopivan tulkinnan vaatimuksen sisältöä ja sen ilmenemistä liikkeenluovutusta koskevassa kotimaisessa tuomioistuinten ratkaisukäytännössä. Olen pyrkinyt luomaan sellaista yhteensopivan tulkinnan ideaalia, jota voitaisiin soveltaa myös liikkeenluovutus kontekstia laajemmin. Olennaista tässä ei ole vain mekanistinen relevanttiin oikeuskäytäntöön viittaaminen, vaan myös tulkintavaikutuksen rajat huomioon ottava tulkinta, jossa otetaan huomioon myös se, miten ja millaisen tulkintaprosessin tuloksena unionin tuomioistuimen tulkintakannanotot ovat syntyneet.

Suomessa korkein oikeus, korkein hallinto-oikeus ja työtuomioistuin käyttävät ylintä tuomiovaltaa työoikeudellisissa riidoissa. Saadakseni selville, millainen merkitys tulkintavaikutuksella tosiasiallisesti on, olen tutkimuksessani tarkastellut sitä, miten nämä ylimmät tuomioistuimet ovat omassa ratkaisukäytännössään ottaneet huomioon tulkintavaikutuksen. Niiden, jos joidenkin, tulisi käsitykseni mukaan olla edelläkävijöitä, mitä tulee oikeudelliseen ratkaisutoimintaan ja yhteensopivaan tulkintaan.

Kiinnostukseni ylimpien tuomioistuinten ratkaisuihin oli tutkimuksessani ainakin kahtalainen: ensinnäkin halusin selvittää, miten ne ilmentävät oikeudellisissa ratkaisuisaan EU-oikeuden tulkintavaikutusta ja toiseksi, miten tämä näkyy liikkeenluovutuskysymysten yhteensopivan tulkinnan sisällöllisinä lopputuloksina.

Käsitykseni on, että ylimmät tuomioistuimet ovat EU-jäsenyyden alusta pitäen suhtautuneet vakavasti uuteen rooliinsa. Ne eivät kuitenkaan ole ottaneet yhteensopivan tulkinnan vaatimusta huomioon siinä määrin, kuin oikeuskirjallisuuden perusteella olisi ollut odotettavissa. Havaitsin tutkimuksessani myös sen, että ylinten tuomioistuinten välillä on eroja siinä, miten ne ovat ottaneet yhteensopivan tulkinnan huomioon.

Liikkeenluovutus konteksti on sääntelyn avoimuuden ja jatkuvan ajankoh-taisuutensa vuoksi tarjonnut hyvän mahdollisuuden tarkastella yhteensopivaa tulkintaa.

On kuitenkin huomattava, että unionijäsenyytemme aikana on tapahtunut myös monenlaista muuta tuomioistuinten ratkaisutoimintaan vaikuttavaa kehitystä. Tuomioistuinten ratkaisutoimintaan kohdistuneet vaatimukset ovat lisääntyneet valtavasti. Oikeuden eurooppalaistumiskehitys on edennyt ja esimerkiksi perus- ja ihmisoikeusmyönteinen ajattelu on lisääntynyt. Käsitys yhteensopivasta

tulkinnasta oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ei ole tapahtunut eristyksissä muusta kehityksestä. Myös oikeudellisen informaation saavutettavuus on samana ajanjaksona edennyt valtavasti harppauksin, millä on voinut olla välillistä vaikutusta kehitykseen.

Vaikka tänä päivänä kuka tahansa voi päästä internet-yhteyden avulla lukemaan, millaisia tulkintakannanottoja Euroopan unionin tuomioistuin tai kansalliset tuomioistuimemme ovat antaneet yksittäisen työntekijän ja hänen työnantajansa välisessä riidassa, tarvitaan edelleen jäseneltyä tutkimusta, jolla voidaan tukea työelämän muutostilanteita ja esimerkiksi tulevan hyvinvointialueen valmistelutyötä.

Tutkimukseni osoitti, että liikkeenluovutuksen tunnusmerkistö ja käsitys liikkeenluovutuksen oikeusvaikutuksista ovat kehittyneet viimeisten vuosikymmenien aikana valtavasti unioni- ja kansallisen oikeuden vuorovaikutuksessa. Siihen nähden, että Suomen EU-jäsenyys on kestänyt vasta alle kolmekymmentä vuotta – ja siihen nähden, kuinka vaativa tehtävä unioni- ja kansallisen oikeuden sisäkkäisyyden omaksuminen lopulta on ollut, voidaan sanoa, että tuomioistuimemme ovat myös liikkeenluovutuskysymyksissä edenneet jatkuvasti kohti yhteensopivaa tulkintaa.

1. Tausta

Mari Lyyran keväällä 2022 hyväksytty väitöskirja on laaja, yli 500-sivuinen tutkimus. Sen kohteena ovat niin sanotun liikkeenluovutuksen seuraukset luovutuksen kohteena olevan yrityksen palveluksessa olevien työntekijöiden asemaan. Tämän kysymyksen taustalla on erityisesti se sopimusoikeudellinen peruslähtökohta, että kun työntekijä X solmii työsopimuksen yritys A:n kanssa, A ei yksipuolisesti voi vapautua työsopimuksen velvoitteista siirtämällä sopimusvastuun toiselle yritykselle, työnantajalle B, siinä tilanteessa, että A luovuttaa osan liiketoiminnastaan B:lle. Toisaalta, jos työnantaja B jatkaa samaa liiketoimintaa, jota A harjoitti aikaisemmin, voi sekä työntekijän X että uuden työnantajan B edun mukaista olla, että työsuhde jatkuu siten, että B tulee X:n uudeksi työnantajaksi. Uusi liikkeen omistaja B saattaa kuitenkin tarvita ainoastaan osan A:n työntekijöistä, koska hänellä on entisestään omia työntekijöitä, jotka voivat huolehtia sekä uuden että vanhan liikkeen tehtävistä. Tällaisessa tilanteessa syntyy kysymys, voiko ja millä perusteella jompikumpi työnantaja irtisanoa ne työntekijät, joille B ei voi tarjota työtä.

Liikkeenluovutustilanteet ovat olleet työoikeudellisen sääntelyn kohteena pitkään. Suomessa jo vuoden 1924 työehtosopimuslaki, ns. *Sinzheimerin* ehdotuksen mukaan säädetty laki, sisälsi liikkeenluovutusta koskevan säännöksen. Myöhemmin asiasta on Suomessa säädetty muun muassa työsopimuslaissa, vuosilomalaissa ja yhteistoimintalaissa. Lisäksi asiasta annettiin Euroopan yhteisön direktiivi 70-luvun jälkipuoliskolla, josta on syntynyt runsaasti oikeuskäytäntöä. Direktiiviä uudistettiin oikeuskäytännön perusteella vuonna 2001 (2001/23/EU). Eri maissa tapahtuneet rakenteelliset muutokset niin yksityisellä kuin julkisella sektorilla ovat myös osaltaan synnyttäneet uudentyyppisiä tulkintaongelmia, joihin on haettu EU-tuomioistuimen ratkaisuja. Tämä on ollut omiaan lisäämään oikeuskäytäntöä tällä alueella.

* Virallisen vastaväittäjän, professori (emeritus) *Niklas Bruumin* Itä-Suomen yliopiston yhteiskunta- ja kauppatieteiden tiedekunnalle antama ja täydennetty, 31.3.2022 päivätty lausunto.

2. Tutkimuksen kysymyksenasettelu ja metodi

Liikkeenluovutusta koskeva sääntely on siis Mari Lyyran väitöskirjan kohteena. Lyyra esittää keskittyvänsä tutkimuksessaan kolmeen keskeiseen teemaan: liikkeenluovutuksen tunnistamiseen, oikeusvaikutuksen ja tulkintavaikutuksen huomioon ottamiseen ja merkitykseen liikkeenluovutustilanteessa (s. 50). Kirja on selkeästi ja loogisesti jäsennelty käsittelemään näitä kolme teemaa. Kirjassa on kuusi varsinaista lukua, joiden puitteissa tutkimusteema etenee johdonmukaisesti

Lyyra pyrkii siis ensinnäkin selvittämään, mitkä ovat liikkeenluovutuksen tunnusmerkit ja miten liikkeen luovutus tunnistetaan yksityisellä ja julkisella sektorilla. Lisäksi hän selvittää liikkeenluovutuksen oikeusvaikutukset siirtyvään henkilöstöön sekä luovuttajaan ja luovutuksensaajaan.

Tältä osin tutkimusta voidaan luonnehtia perinteisen oikeusdogmaattiseksi. Lopputuloksena on liikkeenluovutusproblematiikan tärkeimpien kysymysten pätevä ja perusteellinen kokonaisuus. Tässä Lyyra osoittaa hallitsevansa perinteisen oikeusdogmatiikan työkalut ja menetelmät. Hän on myös hyvin perillä Suomessa käydystä, teemaan liittyvästä työoikeudellisesta keskustelusta. Toisaalta voidaan huomauttaa, että kirja tältä osin lähinnä kokoaa olemassa olevaa tietoa, josta annetaan asianmukainen yksityiskohtainen kuvaus. Tältä osin kirja ei ole erityisen omaperäinen eikä se sisällä kovin paljon uutta tietoa työoikeudellista kirjallisuutta ja oikeuskäytäntöä tuntevalle lukijalle.

Väitöskirjassa on kuitenkin myös toinen tärkeä ulottuvuus tai tutkimustehävä. Lyyra pyrkii selvittämään, miten ylimmät tuomioistuimet ovat ottaneet tulkintatoiminnassaan huomioon liikkeenluovutusta koskevan Euroopan unionin sääntelyn. Tältä osin tutkija käyttää tulkintavaikutuksen käsitettä ja pyrkii väitöskirjassaan selvittämään, mikä merkitys tulkintavaikutuksella on liikkeenluovutuksen tunnistamisessa ja oikeusvaikutuksiin liittyvissä kysymyksissä.

Lyyran tutkimuksessa uutta on nimenomaan tämä EU-oikeuden tulkintavaikutuksen systemaattinen erittely. Tutkimuksessa pohditaan erityisesti Euroopan unionin tuomioistuimen (EUT) tulkintametoja ja yhteensopivan tulkinnan vaatimukseksi kutsuttua normatiivista periaatetta.

Tältä osin tutkimus on mielestäni varsin omaperäinen ja kiinnostava. Siinä käytetään myös empiiristä tutkimusotetta, kun tarkkaan selvitetään, miten usein EUT viittaa eri yhteyksissä aikaisempiin tuomioihinsa. Lisäksi selvitetään tarkasti, mihin EUT:n tuomioihin korkein oikeus Suomessa on viitannut niissä 18 tapauksessa, joissa EU:n liikkeenluovutusta koskeva sääntely on ollut esillä. Tutkija itse kutsuu hyvin perustein lähestymistapaansa oikeusarkeologiseksi. Tarkoitus on selvittää, miten ylimmät tuomioistuimet ovat ottaneet huomioon EU-oikeuden tulkintavaikutuksen omissa ratkaisuisaan. Tässä tutkija on erityi-

sen kiinnostunut siitä, miten ylimmät tuomioistuimet Suomessa ovat käsitelleet yhteensopivan tulkinnan vaatimusta ja rajoja.

Yhteensopivan tulkinnan vaatimuksen käsitteellinen sisältö jää tutkimuksessa jossain määrin häilyväksi. Lukijalle tulee selväksi, että käsitteellä ainakin on muodollinen puoli (onko EUT:n käytäntöön tai EU-oikeuteen viitattu). Jossain määrin epäselväksi jää, voidaanko Lyyran mielestä tulkintavaikutuksen käsitettä käyttää myös silloin, kun ylimmät tuomioistuimet tulkitsevat EU-oikeutta virheellisesti tai viittaavat ennakkoratkaisuun, jonka relevanssi jossakin suhteessa on kiistanalainen. EUT:n oikeuskäytännön dynaamisuus tuo myös lisäulottuvuuden keskusteltaessa yhteensopivan tulkinnan vaatimuksesta. Uusi ennakkoratkaisu voi osoittaa, että EUT on päätyntä tulkintaan, joka poikkeaa siitä, mitä aikaisemmin on omaksuttu ylimmissä kansallisissa tuomioistuimissa.

3. Tutkimuksen työoikeudelliset lähtökohdat

Lyyran tutkimuksella on vahva työoikeudellinen ulottuvuus. Tältä osin voidaan puhua EU-työoikeudesta. Keskeinen tutkimustehtävä on selvittää työoikeudellinen oikeustila liikkeenluovutustilanteissa. Kattavaa liikkeenluovutusta koskevaa tutkimusta ei Suomessa ennen tätä ole ollut olemassa, joten Lyyran väitöskirja täyttää tältä osin selvän aukon. Toisaalta meillä liikkeenluovutusta on käsitelty varsin paljon artikkeleissa sekä oppi- ja käsikirjoissa, joten Lyyra ei liiku neitseellisellä maaperällä. Myös Ruotsissa on *Johann Mulder* jo vuonna 2004 puolustanut väitöskirjaansa aiheesta.

Selvittäessään työoikeudellista oikeustilaa Lyyra on nähdäkseni hieman aliarvioinut ennen vuoden 2001 työsopimuslain säätämistä tapahtuneen oikeuskehityksen merkitystä. On tieteenkin niin, että jos haluaa selvittää EU-oikeuden vaikutusta Suomen oikeuteen, on selvitettävä se kansallinen oikeustila, johon EU-oikeus vaikuttaa. Tältä osin Lyyra kartoittaa tilanteen uuden työsopimuslain (2001) voimaantulon jälkeen, mutta vuoden 1988 yhteistoimintalain muutokset ja siihen liittyvä keskustelu on ohitettu tutkimuksessa. Kuitenkin vanhempi lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö tekevät ymmärrettäväksi sen ilmiön, jonka Lyyra on havainnut: Suomessa liikkeenluovutusdirektiivin toteuttaminen (ja EU-oikeuden tulkintavaikutuksen huomioon ottaminen) on ollut varsin ongelmatonta yksityisellä sektorilla, kun taas julkisella sektorilla vähitellen tapahtunut direktiivin vaatimusten toteuttaminen on ollut hidasta ja epäjohdonmukaista.

4. Loppuyhteenveto

Mari Lyyran väitöskirjaa voidaan luonnehtia liikkeenluovutusproblematiikan tärkeimpien kysymysten päteväksi ja perusteelliseksi kokonaisesitykseksi.

Tutkimusteeman valintaa voidaan pitää onnistuneena ja mielenkiintoisena. Kirja on laaja ja perusteellinen kokonaisesitys liikkeenluovutus-teemasta. Siinä tarkastellaan ”oikeusarkeologisesti” tuomioistuinratkaisujen perustelemista ja EU-oikeuden hyödyntämistä kotimaisissa tuomioistuimissa. Tutkija on esittävästäni arvostelusta huolimatta yleisesti ottaen selviytynyt kunnialla kunnianhimoisesta kysymyksenasettelustaan.

Niklas Bruun

Tulisiko aviopuolisoiden työeläkeoikeudet ottaa huomioon selvitettyessä heidän varallisuussuhteitaan avioliiton päättyessä? Tätä kysymystä on kansainvälisesti pohdittu paljon. Keskustelu pohjautuu ajatukselle, jonka mukaan aina puolisoitten merkittävin varallisuus ei ole perinteinen perheomaisuus, vaan sitäkin merkittävämpää voi olla niin sanottu uusomaisuus, jolla tarkoitetaan ansiotuloon perustuvia oikeuksia, kuten työeläkeoikeuksia.

Aihe on Suomessakin kiinnostava. Tilastojen mukaan kaikkien jo kertyneiden työeläkeoikeuksien yhteenlaskettu arvo on yhtä suuri kuin kotitalouksien nettovarallisuus yhteensä. Ne ovat siis taloudellisesti erittäin merkittäviä oikeuksia.

Vakiintuneen tulkinnan mukaan työeläkeoikeudet jäävät meillä kokonaan osituksen ulkopuolelle: ne ovat ikään kuin turvasäilössä avioeron varalta. Tämä tulkinta on syntynyt oikeuskirjallisuudessa lähes keskusteluitta. Lainsäädäntö-, lainvalmistelu- tai ennakkopäätösten asiana ei ole pohdittu, vaikka aiheesta on jo pitkään käyty muissa maissa vilkasta keskustelua. Näin on esimerkiksi muissa Pohjoismaissa ja Saksassa.

Syitä suomalaisen oikeusyhteisön vaikenemiseen voidaan löytää useasta suunnasta, esimerkiksi siitä, että työeläkeoikeuksia on pidetty meillä yksinomaan puolisoitten sosiaaliturvana. Aihetta on myös pidetty vaikeana, kun se liittyy erittäin monisyiseen työeläkelainsäädäntöön, eikä ongelmaa ole pidetty suomalaisessa yhteiskunnassa kovin suurena, kun meillä kumpikin puolisoista usein osallistuu ansiotyöhön ja siten kerryttää omia eläkkeitään. Näitä syitä on kuitenkin mahdollista haastaa ja siihen olen tutkimuksessani pyrkinyt.

Aviovarallisuus oikeudessa vallitsee yksimielisyys siitä, että aviovarallisuus oikeudellinen sääntely kuuluu pääosin kansallisen lainsäätäjän velvollisuuksiin ja oikeuksiin. Vain kotimaista sääntelyä tulkitsemalla ja systematisoimalla voidaan saada tietoa sen sisällöstä ja sisäisistä ristiriidoista. Siksi tutkimukseni painotuksena on kansallinen oikeus ja sen keskeisimpiä lähteitä ovat avioliittolain (AL) sääntely, sen esityöt, sitä koskeva oikeuskäytäntö ja -kirjallisuus sekä relevantit työeläkelakien säännökset.

Tätä taustaa vasten olen ensimmäisessä tutkimuskysymyksessä etsinyt vastausta siihen, puoltaisivatko aviovarallisuusjärjestelmämme systemaattiset ratkaisut ja keskeiset periaatteet tulkintaa, jonka mukaan puolisoitten työeläkeoikeudet tulisi nähdä heidän avio-oikeuden alaisena omaisuutenaan.

* *Tiina Väisänen*, OTT, VT. *Lectio praecursoria* Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 30.9.2022 pidetyssä väitöstilaisuudessa, jossa kirjoittaja puolusti väitöskirjaansa *Eläkkeet avioero-osituksessa*. Tutkimus lakisäätteisten työeläkeoikeuksien merkityksestä avioeron jälkeen toimitettavassa omaisuuden osituksessa.

Kysymystä on syytä alustaa pohtimalla, mitä avio-oikeudella tarkoitetaan ja tavoitellaan. Aviopuolisoiden varallisuussuhteita sääntelee avioliittolaki. Sen keskeisin merkitys näyttäytyy, kun avioliitto päättyy ja puolisojen keskinäiset varallisuussuhteet puretaan osituksessa. Avioeron perusteella osituksia toteutuu vuosittain tuhansia.

Ositussääntelyn lähtökohtana on, että avioliiton päättyessä puolisojen avio-oikeuden alainen omaisuus puolitetaan. Sääntely perustuu olettamalle, jonka mukaan puolisojen välillä vallitsee avioliiton aikana taloudellinen yhteisyys, ja he toimivat perheen hyväksi parhaan kykynsä mukaan. Sääntely rakentuu lisäksi ajatukselle, jonka mukaan puoliset ovat yhdenvertaisia ja heidän taloudelliset ponnistelunsa perheen hyväksi ovat yhtä arvokkaita.

Avio-oikeuden tarkoituksena on siten toteuttaa puolisojen yhdenvertaista kohtelua. Se on arvo, joka on juurtunut syvälle järjestelmän rakenteisiin ja jota pintatason avioliittolain sääntelyn ja sen tulkinnan tulisi heijastaa ja toteuttaa. Aviopuolisoiden muodollisen ja tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteutumisen näkökulmasta tärkeää on yhtäältä se, että puoliset säilyttävät avioliitossakin itsemääräämisoikeutensa, ja toisaalta se, että heitä kohdellaan taloudellisissa suhteissaan oikeudenmukaisella tavalla.

Puolisoiden itsemääräämisoikeutta toteutetaan muun ohella sitä kautta, että heillä on mahdollisuus sopia osituksesta parhaaksi katsomallaan tavalla. Jos he eivät ole sopimusta tehneet, eikä avio-oikeutta ole suljettu pois myöskään kolmannen osapuolen antamassa luovutuskirjassa, puolisoilla on kaikkeen toistensa omaisuuteen avio-oikeus. Se toteutetaan avioliiton päättyessä puolittamalla puolisojen omaisuuden nettoarvo, sillä oikeudenmukaisena pidetään, että kumpikin puoliso saa osuutensa puolisojen yhteisten taloudellisten ponnistelujen hedelmistä.

Tutkimukseni tulokset viitoittavat siihen suuntaan, että työeläkeoikeudet ovat tällaisia puolisojen yhteisten ponnistelujen hedelmiä. Ne eivät ole yksin puolison sosiaaliturvaa, vaan myös sellaista ansiotuloon perustuvaa, perustuslaillista omaisuudensuojaa nauttivaa varallisuutta, jonka kerryttämiseen toinen puoliso yleensä välillisesti avioliiton aikana vaikuttaa. Ne ovat eräänlaista myöhennettyä palkkaa, ja siten ne voidaan perustellusti rinnastaa puolisojen muuhun ansio-omaisuuteen. Avioliiton aikana kerrytetyn ansio-omaisuuden puolittamista taas on tyypillisesti pidetty oikeudenmukaisena niin meillä kuin muuallakin.

Työeläkeoikeudet myös jakautuvat joskus epätasaisesti puolisojen kesken, siitäkin huolimatta, että usein molemmat puoliset osallistuvat ansiotyöhön. Syitä tähän voivat olla esimerkiksi perheen sisäinen työnjako tai toisen puolison toimiminen yrittäjänä. Eläkeoikeuksien epätasapainoinen jakautuminen on tuotu esille myös erilaisissa eläkejärjestelmän kehittämistä koskevissa kansainvälisissä selvityksissä, kuten OECD:n mietinnössä.

Nykyisellään puoliset eivät voi sopia työeläkeoikeuksistaan osituksessa siten, että enemmän työeläkeoikeuksia omaava puoliso voisi avioerossa siirtää eläke-

oikeuksiaan toiselle puolisolle. Työeläkeoikeuksien siirtäminen on nimittäin työeläkelainsäädännössä kielletty. Tämä on ongelma, sillä moderniin aviovarallisuusjärjestelmään kuuluu, että puolisoilla tulisi olla oikeus sopia varallisuus-suhteensa erossa haluamallaan tavalla.

Nykyinen oikeustilamme eläkkeiden osituskohtelun osalta ei ole koherentti myöskään siitä syystä, että toisin kuin työeläkeoikeudet, vapaaehtoisten eläkevakuutusten säästöt useimmiten ovat ositettavaa varallisuutta. Erilaisia eläkeoikeuksia kohdellaan siten osituksessa eri tavoin. Tämä voi johtaa epätasapainoisiin ositustilanteisiin silloin, jos puolisoiden eläkeoikeudet ovat erilaisia siten, että yhden puolison eläkeoikeudet muodostuvat vapaaehtoisista eläkeoikeuksista, kun taas toisen puolison eläkeoikeudet muodostuvat lakisääteisistä työeläkeoikeuksista.

Eräissä tilanteissa avioliittolaki ja sen sovittelusäännös mahdollistavat eläkkeiden aiheuttaman epätasapainon korjaamisen. Sovittelun keinoin eläkeoikeuksien epätasapainoa on mahdollista korjata lähtökohtaisesti silloin, kun epätasapaino koituu enemmän avio-oikeuden alaista omaisuutta omistavan puolison vahingoksi. Tämä johtuu siitä, että sovittelu on säädetty mahdolliseksi vain rajatuin, sovittelupykälässä nimenomaisesti osoitetuin keinoin ja lähtökohtaisesti vain tasingonmaksuvelvollisen eduksi.

On kuitenkin ajateltavissa myös sellaisia tilanteita, joissa eläkeoikeuksien epätasapaino koituisi tasinkoa saavan puolison vahingoksi. Näihin tilanteisiin sovittelusäännös ei yleensä tarjoa ratkaisua, eikä avioliittolaissa ole muutakaan sääntelyä, jolla tällaista epätasapainoa voitaisiin korjata. Avioliittolaki ei siten sisällä riittäviä keinoja eläkeoikeuksien osituksessa aiheuttamien epätasapainoisten tilanteiden korjaamiseen.

Osituksen sovittelusäännöksen kautta tutkimuksessani on tunnistettu vielä yksi eläkeoikeuksiin liittyvä ongelmakohta: työeläkeoikeudet voivat nimittäin jo nykyisellään vaikuttaa osituksen lopputulokseen sovittelunormin kautta, vaikka niitä ei oteta osituslaskelmassa huomioon. Aina ne eivät kuitenkaan voi vaikuttaa lopputulokseen. Tämä voi johtaa sattumanvaraisuuksiin, mikä ei ole toivottavaa. Kun kysymys on puolisoiden kannalta taloudellisesti merkittävistä oikeuksista, perusteltua olisi, että niitä tarkasteltaisiin johdonmukaisesti kaikissa ositustilanteissa.

Kaikkiaan vastaus tutkimuksen ensimmäiseen kysymykseen on myöntävä: puolisoiden avioliiton aikana ansaitsemia työeläkeoikeuksia olisi perusteltua pitää heidän avio-oikeuden alaisina varoinaan avioero-osituksessa.

Tutkimukseni toisessa kysymyksessä olen siksi etsinyt vastausta siihen, olisiko työeläkeoikeuksien osittaminen mahdollista jo nykyisääntelyä tulkitsemalla eli nykyistä vakiintunutta AL 35.3 §:n tulkintaa muuttamalla. Mainitun momentin mukaan oikeuteen, jota ei voida luovuttaa tai joka muuten luonteeltaan on henkilökohtainen, on avio-oikeutta koskevia määräyksiä sovellettava ainoastaan

sikäli, kuin ne eivät ole vastoin sitä, mitä sellaisesta oikeudesta erityisesti on voimassa.

Tätä lainkohtaa on perusteltua tulkita siten, että siinä tarkoitettuihin luovutuskelvottomiin tai muutoin luonteeltaan henkilökohtaisiin oikeuksiin voidaan osituksessa soveltaa avio-oikeutta koskevia määräyksiä myös osittain – oikeuksia arvo voidaan ottaa osituslaskelmassa huomioon, mutta niillä ei kuitenkaan välttämättä voida kattaa puolison velkoja, eikä niitä voida myöskään luovuttaa toiselle puolisolle tasinkona. Tämä tulkinta pyrkii tasapainottelemaan puolisojen yhdenvertaisen kohtelun, oikeuden omistajan oikeusturvan sekä tämän velkojien suojaamisen kesken.

Työeläkeoikeuksia ei ole syytä pitää samalla tavoin täysin henkilökohtaisena oikeutena kuin esimerkiksi oikeutta henkilövahingosta saatavaan korvaukseen, joka jää osituksen ulkopuolelle sen syvälle menevän henkilökohtaisen luonteensa takia. Työeläkeoikeudessa kyse on ansiotuloon perustuvasta oikeudesta eli sellaisesta varallisuudesta, jonka kerryttämiseen toinen puoliso on yleensä avioliiton aikana välillisesti vaikuttanut. Työeläkeoikeus ei ole myöskään tarkoitettu yksinomaan vakuutetun hyväksi, vaan sillä turvataan myös hänen leskeään ja lapsiaan perhe-eläkesääntelyn muodossa.

Tämän tulkinnan kautta olisi mahdollista ajatella, että työeläkeoikeuksiin voitaisiin osituksessa soveltaa avio-oikeutta koskevia määräyksiä myös osittain – niiden arvo voitaisiin ottaa osituslaskelmassa huomioon, mutta niillä ei kuitenkaan voitaisi kattaa puolison velkoja eikä niitä voisi myöskään luovuttaa tasinkona.

Käytännön syyt ja ihmisten yhdenvertaisen kohtelun vaatimus kuitenkin puhuvat sitä vastaan, että näin myös toimittaisiin. Vaikeuksia aiheutuisi yhtäältä työeläkeoikeuksien arvon määrittämisestä osituksessa ja toisaalta siitä, että ne ovat monessa mielessä kuitenkin erityislaatuista varallisuutta. Työeläkeoikeudet ovat kollektiiviseen eläketurvaan liittyvää varallisuutta, joka on kytköksissä monimutkaiseen työeläkejärjestelmään. Vakuutettu ei pysty hyödyntämään niiden varallisuusarvoa ennen eläkkeelle jäämistään esimerkiksi siirtämällä oikeuksia toiselle henkilölle, kuten puolisolleen.

Kun työeläkeoikeudet eivät ole puolisolta toiselle siirrettävissä osituksessa, tästä syystä niiden huomioon ottaminen osituksessa johtaisi oikeudenmukaisempiin ositustuloksiin useimmiten vain varakkaimpien puolisojen välisissä osituksissa. Siis sellaisissa, joissa ositettavaa varallisuutta on riittävästi, jotta sillä voitaisiin kattaa työeläkeoikeuksissa olevia eroja. Vakiintunutta AL 35.3 §:n tulkintaa muuttamalla monia ongelmia saataisiin siten kyllä ratkaistua, mutta samalla luotaisiin joukko uusia ongelmia. Näistä syistä vastaus tutkimukseni toiseen kysymykseen on kieltävä: työeläkeoikeuksien osittaminen ei ole mahdollista jo nykysääntelyä tulkitseamalla. Ratkaisua on siksi etsittävä mahdollisuudesta muuttaa sääntelyä.

Tutkimukseni kolmannessa kysymyksessä olenkin tarkastellut sitä, onko nyky sääntelyä tarpeen muuttaa ja olisiko muista maista saatavissa tähän hyviä malleja. Tältä osin tutkimuksessani painottuvat oikeuspoliittinen ja vertaileva ote, sillä näitä malleja olen pyrkinyt etsimään muualta, erityisesti muista Pohjoismaista, joiden aviovarallisuusjärjestelmät muistuttavat suomalaista järjestelmää.

Tutkimukseni osoittaa, että parhaiten puolisoitten yhdenvertaista kohtelua saataisiin toteutettua kokonaisratkaisulla siten, että puolisoitten työeläkeoikeudet ositettaisiin erillisessä prosessissa. Kokonaisratkaisuun on saatavissa suunta-antavia malleja esimerkiksi saksalaisesta eläkeoikeuksien jakamista koskevasta laista.

Eläkeoikeuksien osittaminen vaatisi kuitenkin ratkaisuja moniin kysymyksiin, kuten siihen, voisiko sääntely olla taannehtivaa, missä ajassa eläkeoikeuksien osittamista tulisi vaatia ja miten suhtauduttaisiin kansainvälisiin ositustilanteisiin. Sääntelyssä tulisi ottaa huomioon monisyinen työeläkelakien kokonaisuus ja kaikkiaan se voisi olla monimutkaista ja nostaa eläkekustannuksia.

Näistä syistä muissa Pohjoismaissa on torjuttu mahdollisuus osittaa työeläkeoikeudet, vaikka aviovarallisuus oikeuden periaatteet sitä vahvasti puoltaisivatkin. Mahdollista on, että Suomessa päädytään samaan lopputulokseen.

Tästä syystä olen lopuksi tarkastellut sitä, tulisiko työeläkeoikeuksien osituksessa aiheuttamia kaikkein kohtuuttomimpia tilanteita pyrkiä korjaamaan samanlaisin osittaisratkaisuin kuin muissa Pohjoismaissa.

Erialaisten eläkeoikeuksien erilaisen osituskohtelun aiheuttamiin epäkohtiin on saatavissa korjausmalli ruotsalaisesta sääntelystä. Siellä aviovarallisuus sääntely mahdollistaa osituksen sovittelun siten, että yksityinen eläkevakuutus voidaan jättää osituksen ulkopuolelle, jos sen huomioon ottaminen johtaisi kohtuuttomuuteen, kun otetaan huomioon puolisoitten taloudelliset ja muut olosuhteet.

Erisuuruisten työeläkeoikeuksien aiheuttamia epäoikeudenmukaisia tilanteita varten taas voitaisiin ajatella säädettävän Norjassa tai Tanskassa omaksuttujen hyvityssäännösten kaltainen säännös. Norjassa puolisoitten eläkeoikeuksien epätasapainoa voidaan korjata hyvityksen keinoin, jos pienemmän eläketurvan omaava puoliso joutuisi muutoin kohtuuttomaan tilanteeseen. Tanskassa puoliso voi vaatia niin sanottua panoshyvitystä, jos hänellä on huomattavasti pienempi eläke kuin keskimäärin, ja tämä johtuu siitä, että hän on avioliiton aikana ollut kokonaan tai osittain työelämän ulkopuolella perheen tai toisen puolison työn takia. Lisäksi hän voi vaatia niin sanottua kohtuullisuushyvitystä, jos avioliitto on ollut pitkä ja puolisoitten eläkkeissä on suuri ero.

Suomessa ei ole aiemmin tehty aviovarallisuus oikeudellista tutkimusta puolisoitten työeläkeoikeuksien merkityksestä avioero-osituksessa. Asian periaatteellisesta puolesta ei sen takia ole meillä juuri käyty keskustelua. Tästä syystä on liian aikaista kehitellä ideaalia jakonormia tai pyrkiä antamaan tyhjentävää vastausta siihen, miten sääntely tulisi toteuttaa ja mitä kaikkea siinä tulisi ottaa huomioon. Kun aihe on monisyinen ja siihen sisältyy monimutkainen työelä-

kesääntely, ideaalin jakonormin kehittäminen ei olisi edes mahdollista yhden tutkimuksen puitteissa.

Kaikkiaan tutkimukseni tulokset kuitenkin viitoittavat siihen suuntaan, että puolisoiden työeläkeoikeudet olisi perusteltua ottaa osituksessa huomioon, tavalla tai toisella. Joka tapauksessa aiheesta tulisi ainakin käydä läpiajattelua keskustelua, jossa punnittaisiin huolellisesti erilaisia näkökulmia.

Tutkimuksen kysymyksenasettelu ja suhde oikeudenalan tutkimustraditioon

Aviovarallisuusosoikeuden alaan kuuluvassa tutkimuksessa selvitetään, tulisiko puolisoilla olevat työeläkeoikeudet jakaa avioeron nojalla toimitettavassa osituksessa tai tulisiko osituksessa jollakin muulla tavalla kompensoida eläkeoikeuksien eroja. Kysymykseensä väittelijä vastaa sekä voimassa olevan oikeuden kannalta että *de lege ferenda*, ja silmällä pidetään lähinnä tilannetta, jossa eläketapahtumaa ei ole vielä sattunut.

Uuden monografian ilmestyminen aviovarallisuusosoikeudesta on oikeudenalan piirissä ”tapaus”. Vaikka pian sadan vuoden ikää lähestyvää aviovarallisuusjärjestelmäämme on vuosikymmenten mittaan runsaasti tutkittu, monografioita, erityiskysymyksiin keskittyviä laajamuotoisia tutkimuksia on julkaistu vain yhden käden sormilla laskettava määrä. Jos mukaan luetaan vain väitöskirjat, lisensointi *Tiina Väisäsen* tutkimus on kolmas aviovarallisuusosoikeutta koskeva monografia. Edellinen, *Pertti Välimäen* tutkimus osituksen sovittelusta on neljännesvuosisadan takaa.

Ennen väittelijää väitöskirjan aihepiiristä on kirjoitettu Suomessa vain vähän, joten aiheen valintaa on pidettävä onnistuneena. Väittelijä ei kuitenkaan ole joutunut liikkumaan täysin perkaamattomalla alueella, sillä on olemassa runsaasti tutkimusta, jolla on välillistä merkitystä aiheen kannalta. Lisäksi Ruotsin oikeuden pohjalta on tehty tutkimuskysymyksiin suoraan kohdistuva väitöskirja, *Margareta Brattströmin* ”Makars pensionsrättigheter”, jota väittelijä on voinut käyttää inspiraation lähteenä.

Kun tutkitaan työeläkeoikeuksien kohtelua omaisuuden osituksessa, on itse asiassa kyse siitä, mitä omaisuuden käsitteellä tarkoitetaan avioliittolaisissa. Nykyajan yhteiskunnassa ihmisillä on monenlaisia oikeusasemia, jotka eri tavoin suojaavat heitä tai ovat muutoin hyödyksi. Hyvinvointivaltion kehitys on tuonut jokaiselle uudenlaisia oikeuksia. Perus- ja ihmisoikeuksien korostumisen myötä erilainen oikeuspuhe on yhteiskunnassa voimistunut ja erilaisten oikeuksien –

* Virallisen vastaväittäjän professori (emeritus) *Markku Helmin* Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama, 5.10.2022 päivätty lausunto.

väitettyjen tai todellisten – määrä on lisääntynyt. Kaikki tällaiset oikeudet eivät kuitenkaan ole ositukseen kuuluvaa omaisuutta ja siten puolittamisperiaatteen eli tasajaon periaatteen piirissä. Mutta, missä raja kulkee, sitä on tutkittava ja sitä väittelijä tutkii.

Aviovarallisuus-oikeus on siviilioikeutta, ja siviilioikeuden varallisuus-käsitys on ollut lainsäätäjän lähtökohtana myös ositusta koskevissa oikeusnormeissa. Siviilioikeudellinen varallisuus on vapaasti luovutettavissa, ja varallisuuden arvo määräytyy markkinoilla. Aivan kaikki oikeudet eivät kuitenkaan ole vaihdannallisia – ainakaan täysimittaisesti. Jo avioliittolakeja säädettäessä ennen hyvinvointivaltion aikaa tiedettiin, että puhtaiden varallisuus-oikeuksien ohella on oikeuksia, joiden luovuttamista on rajoitettu tai jotka ovat niin henkilökohtaisia, että niiden luovuttaminen tai joutuminen muutoin toiselle olisi vastoin oikeuden olennaista tarkoitusta. Tämän varalta säädettiin eräänlainen väistymisperiaate. avioliittolain (AL) 35.3 §:n mukaan avio-oikeutta koskeva normi väistyy, jos sen soveltaminen tiettyyn oikeuteen johtaisi ristiriitaan sen kanssa, mitä kyseisestä oikeudesta on erityisesti voimassa.

Väistymisperiaate on nyt tarkastettavan tutkimuksen keskiössä. Periaatteen sisältöä on oikeuskirjallisuudessa tutkittu aiemminkin. Klassinen työ on *Osvi Lahtisen* kirjoitus avioliittolain kolmesta omaisuuslajista vuodelta 1951. Lahtisen lisäksi väistymisperiaatteen sisältöä ovat erinäisten oikeuksien osalta selvittäneet ainakin *Aulis Aarnio*, *Urpo Kangas*, *Antti Kolehmainen*, *Tapani Lohi* ja minä. Väitöskirja asemoituu osaksi tätä keskustelua, mutta ulottuu sitä laajemmalle.

Kysymys eläkeoikeuksien jakamisesta avioeron jälkeen ei ole vain suomalainen ongelma. Väittelijä esittelee teoksessaan pohjoismaista keskustelua ja sen tuottamia tuloksia. Hiukan laajemmin eurooppalaisia ratkaisuja on työansioon perustuvien eläkkeiden osalta kartoittanut belgialainen professori *Walter Pintens*. Oikeusvertailevassa kirjoituksessaan hän on löytänyt neljä erilaista perusmallia. Ensimmäisen mukaan avioero ei vaikuta eläkeoikeuksiin, toisen mukaan eläkeoikeuksia ei jaeta, mutta eläkeoikeuksien eroa kompensoidaan siten, että puoliso, jonka eläkeoikeudet ovat pienemmät, saa hyvitykseksi rahaa tai tavaraa. Kolmannen mukaan eläkeoikeudet vaikuttavat arvomääräisesti omaisuuden jaossa, mutta oikeuksia ei jaeta, ja neljännen mukaan eläkeoikeudet jaetaan, mutta yleensä aviovarallisuusjärjestelmän ulkopuolella.¹ Pintensin kirjoitus on niin tuore, että se ei ole ehtinyt mukaan väitöskirjaan, mutta siinä esitetyt perusmallit kuvaavat melko hyvin ratkaisuvaihtoehtoja, joita Väisänen on joutunut pohtimaan tutkimuksessaan.

1. Walter Pintens, *Pension Rights and the Matrimonial Property Regulation*, s. 259–273, teoksessa Marie Linton – Mosa Sayed (red.), *Festskrift till Maarit Jänterä-Jareborg*. Uppsala 2022.

Tutkimuksen rakenne ja rajaukset

Tutkimuksen rakenne on selkeä ja johdonmukainen. Pääluvut 1–3 pohjustavat tutkimusongelman lainopillista tarkastelua, joka suoritetaan luvuissa 4–6. Sen jälkeen luvuissa 7–8 siirrytään *de lege ferenda* -arviointiin ja lainsäädännön kehittämistä koskevien mallien tarkasteluun, joka suoritetaan käyttäen hyväksi muista Pohjoismaista saatavilla olevia kokemuksia.

Vaikka työn dispositio on hyvä, joistakin ratkaisuista voidaan silti keskustella. Luvussa 6 olisi ollut hyvä tutkia osituksen sovittelun lisäksi myös muita keinoja puuttua eläkeoikeuksien epätasapainoon. Tällaisia korjauskeinoja ovat vastikkeet, nk. restitutioperiaatteen soveltaminen ja lahjojen palautusvelvollisuus. Niiden merkitys on epäilemättä sovittelua pienempi, mutta systemaattisesti niiden tarkastelu olisi kuulunut 6 lukuun. Oikeusvertaileva jakso, joka nyt on sijoitettu teoksen loppupuolelle (luku 8.3), olisi ehkä voinut olla myös johdantoluvussa, jolloin se olisi tarjonnut motiivin sille, miksi eläkeoikeuksien osituskohtelua on tarpeen tutkia meilläkin. Luku 7 olisi mielestäni jäntevöitynyt, jos siinä olisi esitetty vain tutkijan oma, aikaisempiin lukuihin perustuva arvio nykytilan ongelmista. Muiden tutkijoiden ja instituutioiden näkemykset nykytilan korjaustarpeista olisi voitu keskittää lukuun 8.2 sen sijasta, että ne hajautuvat nyt lukuihin 7.2.3 ja 8.2. Nämä huomautukset eivät kuitenkaan ole painoarvoltaan vakavia.

Tutkimus on rajattu niin, että jäämistöositukset, omaisuuden jako avoliitoissa ja ositukseen liittyvät kansainvälisyksityisoikeudelliset kysymykset on jätetty sivuun. Nämä rajaukset ovat mielestäni onnistuneita ja niiden ansiosta tutkimuksesta on muodostunut jäntevä kokonaisuus. Myös puolison elatusapua koskevat kysymykset on rajattu pois, mikä johtaa kysymään, onko rajaus tältä osin ollut liian jyrkkä. Varsinkin tilanteissa, joissa puoliset avioeron sattuessa jo lähestyvät eläkeikää, eläkeoikeuksien epätasapaino voidaan ehkä helpoimmin korjata myöntämällä toiselle puolisolle elatusapu. Tämä olisi tullut ottaa huomioon tutkimuksen *de lege ferenda* -jaksoissa. Puolison elatusta koskevan sääntelyn huomioon ottaminen olisi myös parantanut jaksoa 8.4.2.3, jossa väittelijä arvioi tanskalais-norjalaista ratkaisua, osituksessa suoritettavan hyvityksen antamista puolisolle, jonka eläkeoikeudet ovat pienemmät.

Väittelijä argumentoi teoksessaan usein vetoamalla oikeudenmukaisuuteen ja yhdenvertaisuuteen, jotka ovat hyvin monitulkintaisia käsitteitä. Tämä synnyttää kysymyksen, olisiko käsitteiden sisältöä tullut omassa jaksossaan selvittää. Väittelijän valinta, luottaminen siihen, että asiayhteys osoittaa merkityksen, on tavallaan ymmärrettävä väitöskirjassa, jonka tavoitteet ovat käytännölliset ja konkreettiset. Lisäksi kysymys, mitä oikeudenmukaisuus tarkoittaa omaisuuden osituksessa, saa valaisua teoksen 3 luvussa, jossa tutkitaan puolittamisperiaatetta ja lain antamia mahdollisuuksia korjata periaatteen soveltamistuloksia.

Tutkimuksen metodi

Tutkimuksen metodi on lainopillinen. Tutkimuskysymyksiin etsitään vastauksia argumentoimalla oikeuslähteiden avulla. Lyhyehkössä teoreettisessa jaksossa 1.6 väittelijä pohtii sitä, mistä hyvän argumentoinnin mittapuut löytyvät. Akateemisessa opinnäytteessä on ansiokasta, että tutkija tällä tavoin osoittaa säikeitä, joilla tutkimus liittyy oikeuden suuriin ja ikuisiin kysymyksiin. Väittelijä ei kuitenkaan näytä havaitsevan, että hänen tarjoamansa mittapuut, hyväksyttävyyden laajassa oikeusyhteisössä, *Alf Rossin* puolustama tuomariniideologia ja dworkinilaisen ideaalituomarin käyttäminen mittana ovat erilaisia ja keskenään ristiriitaisia näkemyksiä. Kaikkia ei siksi voi kannattaa yhtä aikaa. Lisäksi muitakin mittapuita olisi löytynyt oikeusteorian varastohyllyiltä. Asialla ei kuitenkaan ole välitöntä merkitystä konkreettisen tutkimusongelman kannalta, sillä kyse on lähinnä itsereflektiosta, siitä, miten tutkija ymmärtää oman työnsä luonteen.

Väittelijä käyttää oikeuslähteitä hyvin ja monipuolisesti, mikä osoittaa aviovarallisuus-oikeuden syvällistä tuntemusta. Oikeuskirjallisuuden merkitys painottuu, koska lain esityöt ovat epänormaalien varallisuus-oikeuksien osituskohtelun osalta sangen niukat ja relevantteja ennakkotapauksia on vain vähän. Väittelijä hyödyntää asianmukaisesti myös ruotsalaista oikeuskirjallisuutta, mutta sillä ei tutkimuksessa ole samaa merkitystä kuin aviovarallisuus-oikeudessa tavallisesti, koska väistymisperiaatteen sisältö on Ruotsin laissa muotoiltu avioliittolaista poikkeavasti, mikä on johtanut kansallisiin eroihin periaatteen tulkinnassa.

Tutkimuksessa, joka liikkuu aviovarallisuus-oikeuden ja sosiaalioikeuden rajamailla, syntyy kysymys, missä määrin aviovarallisuus-oikeudelliset argumentit vaatisivat täydennykseksi sosiaalioikeudellista tarkastelua. Väittelijä selviää aviovarallisuus-oikeudellisen tarkastelun varassa sangen pitkälle sen vuoksi, että hän päätyy lopulta *de lege lata* kannattamaan vallitsevaa kantaa, jonka mukaan työeläkeoikeuksia ei ositeta. Työn loppuosassa, jossa pohditaan nykytilaa koskevia muutostarpeita, sosiaalioikeudellisen näkökulman ohuus alkaa sitä vastoin haitata.

Tutkimuksen 7 luvussa, jossa arvioidaan kriittisesti nykytilaa, kirjoittaja arvostelee sitä, että aviopuolisot eivät voi sopia eläkeoikeuksien siirtämisestä puolisoitten kesken. Tässä kohden olisi tullut muistaa sosiaalioikeuden tärkeä periaate, jonka mukaan sosiaaliturvaansa ei voi myydä pois. Rajoitettu sopimusvapaus voisi ehkä sopia periaatteen puitteisiin, mutta sopimusvapautta olisi pakko tuntuvasti rajoittaa, jotta puoliso ei voisi pilata eläketurvaansa luopumalla laajalti eläkeoikeuksistaan osituksessa saatavia välittömiä etuja vastaan. Toki tämäkin on oikeuspoliittinen kysymys. Olen toisen käden lähteestä lukenut, että tunnettu taloustieteilijä ja libertalisti *Milton Friedman* hyväksyisi tällaisenkin diilin. Sosiaaliturvaoikeutta ja libertalismia ei kuitenkaan voitane yhdistää ilman, että sosiaaliturva katoaa.

Väittelijä katsoo (s. 30) edustavansa ”uutta tarkastelutapaa”, jossa siviilioikeudellisten argumenttien rinnalla käytetään perus- ja ihmisoikeuksista johtuvia argumentteja. Näin väittelijä tekeekin erityisesti tutkiessaan nykytilan muutostarpeita, eikä siihen ole huomauttamista. Tarkastelu ei kuitenkaan tuota merkittävää lisäarvoa. Kirjoittajan ehkä useimmiten mainitsema perusoikeus on omaisuuden suoja, joka asiahakemiston mukaan esiintyy 14 eri asiayhteydessä. Omaisuuden suojaan vedoten pyritään tavallisesti tukemaan lopputulosta, johon on siviilioikeuden pohjalta päädytty. Sivulla 140 väittelijä kirjoittaa: ”Työeläkeoikeuksia voidaankin pitää vakuutetun varallisuutena. Tätä kuvastaa sekin, että niihin liittyvät oikeudet saavat suojaa PL 15 §:n omaisuuden suoja säännöksen nojalla”.

En ole vakuuttunut siitä, että johtopäätöksen tuki tällä tavoin lisääntyy. Kaikki varallisuus syntyy oikeudellisesti katsoen maailmaan siviilioikeuden sääntöjen välityksellä. Sen vuoksi omaisuuden suoja koskevan perustuslain säännöksen taustalla oleva varallisuuskäsitys ei voine poiketa siviilioikeudellisesta; onhan tarkoituksena suojata oikeuksia, jotka ovat laillisesti eli siviilioikeuden sääntöjen luomina syntyneet, ja sopimusvapautta niiden taustalla. Tämän vuoksi omaisuuden suojaan vetoamalla ei voida eikä ole tarpeen kontrolloida tai vahventaa tuloksia, joihin on siviilioikeuden pohjalta päädytty. Vielä vähemmän omaisuuden suoja säännöksen nojalla voidaan tehdä päätelmiä siitä, kuuluuko jokin varallisuus osittain vai ei, sillä kysyttäessä nauttiiko jokin oikeusasema omaisuuden suoja, on kysymys lähinnä vain siitä, millä edellytyksillä lainsäätäjä voi oikeusasemaan kajota.

On syytä todeta, että väittelijä argumentoi omaisuuden suojaalla myös täysin korrektisti ja oikeassa yhteydessä pohtiessaan sitä, voitaisiinko eläkkeiden osittaminen, jos siihen päädytään, säätää voimaan jossakin merkityksessä taannehtivasti, esimerkiksi niin, että eläkeoikeuksia tasattaisiin myös siltä osin kuin ne ovat karttuneet ennen eläkkeiden osittamista koskevan lain voimaantuloa (s. 260). Väittelijä hahmottaa kysymyksen punnintatilanteeksi, jossa vastapunnuksina ovat omaisuuden suoja ja ihmisten perusteltujen odotuksien suojaaminen. En ole varma siitä, onko tällaisia odotuksia voinut nykytilan pohjalta syntyä. Taannehtivuuskysymyksen valistunut ratkaiseminen saattaisi edellyttää myös sitä, että tutkitaan siirtymäsääntely niissä tilanteissa, joissa aviovarallisuusjärjestelmämme on tehty osittaismuutoksia sen pitkän historian aikana.²

2. Tällainen tutkimus on vuoteen 1987 asti ulottuen tehty kirjoituksessa Markku Helin, Avioilittolain muutosten soveltamisesta – siirtymäoikeudellisia kysymyksiä. Defensor Legis 1987, s. 552–576.

Onko työeläkeoikeudet voimassa olevan oikeuden mukaan ositettava?

Teoksen 4 luvussa, joka on sen lainopillisen osion tärkein, kirjoittaja tutkii, mitä eläkeoikeuksien osituskohtelusta on kirjoitettu, ja alistaa kysymyksen sen jälkeen omalle kriittiselle katseelleen. Väittelijä hyväksyy suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa nykyisin vallitsevaksi katsottavan kannan, jonka mukaan avio-oikeutta koskevien oikeusnormien soveltaminen voi tulla kysymykseen myös osittain. Sen vuoksi ei voida kysyä, ovatko työeläkkeet avio-oikeusomaisuutta vai vapaaomaisuutta, vaan jokaisen avio-oikeutta koskevan määräyksen osalta on erikseen tarkasteltava, voidaanko määräystä soveltaa työeläkeoikeuteen. Näin väittelijä tekeekin huolellisella ja perinpohjaisella tavalla.

Hän löytää kaksi eläkeoikeuksien osittamista puoltavaa argumenttia: 1) aviovarallisuusjärjestelmän taustalla oleva puolittamisperiaate puoltaa eläkeoikeuksien osittamista ja 2) eläkeoikeus on ainakin joissakin suhteissa analoginen ilmiö kuin palkkasaaatava, joka kuuluu ositukseen. Toisaalta väittelijä löytää vasta-argumentteja, jotka puoltavat sitä, että avio-oikeutta koskevat normit väistyvät: 3) työeläkeoikeuden luovutuskelvottomuus estää sen, että sillä katettaisiin osituksessa velkoja tai että eläkeoikeus annettaisiin tasinkona; 4) velvollisuus hoitaa avio-oikeusomaisuutta huolellisesti ei sovellu eläkeoikeuteen, koska oikeutta hoitaa vakuutusyhtiö; 5) ei ole estettä sille, että eläkeoikeus otetaan osituslaskelmassa huomioon varoina, mutta eläkeoikeuden arvostamiseen liittyvät käytännölliset seikat tekevät ajatuksen toteuttamisen vaikeaksi; 6) eläkeoikeuden huomioon ottaminen arvomääräisesti johtaisi siihen, että puoliso, jolla on paremmat eläkeoikeudet, menettää osituksessa heti jotakin ja saa menetykselleen kompensatiota vasta eläkkeellä, jos elää niin pitkään; ja 7) koska eläkeoikeuksia ei voida luovuttaa puolisolta toiselle, niiden arvon huomioon ottaminen osituksessa johtaisi oikeudenmukaisiin lopputuloksiin vain, jos puoliset ovat varakkaita. Osittamista vastaan puhuvat argumentit ovat väittelijän mukaan osittamista puoltavia painavampia. Hän päätyy näin ollen siihen, että eläkeoikeutta ei voimassa olevan oikeuden mukaan voida osittaa. Väistymisperiaate osuu avioliittolain normeihin koko voimallaan.

Vaikka joidenkin argumenttien painoarvosta saatetaan keskustella, johtopäätös on mielestäni vakuuttava. Samaan tulokseen voitaisiin tosin päätyä suoremmin aloittamalla eläkeoikeuden arvostamisesta, sillä ositukseen voidaan tuoda vain sellaisia oikeuksia, joille voidaan määritellä rahamääräinen arvo. Eläkeoikeuden tuominen ositukseen ei mielestäni ole mahdollista, sillä omaisuuden arvostamista koskevat vakiintuneet periaatteet johtavat siihen, että eläkeoikeuden arvo on nolla. Eläkeoikeudella ei ole vaihtoarvoa, koska sitä ei voida luovuttaa, sillä ei myöskään ole käyttöarvoa esimerkiksi astioiden ja huonekalujen tavoin eikä tuottoarvoa kuin vasta eläketapahtuman jälkeen. Korkeimman

oikeuden ratkaisun KKO 1994:6 mukaan tätäkään tuottoarvoa ei sitä paitsi voida ottaa huomioon, koska sitä ei voida realisoida luovuttamalla oikeus. Sillä, että eläkeoikeudelle voidaan vakuutusyhtiön taseesta käsin ehkä laskea jokin arvo, ei ole asiassa merkitystä, sillä arvostaminen on ositustilanteessa tehtävä lähtien siitä, mikä mahdollisuus puolisoilla on hyödyntää oikeutensa arvoa (ex. anal. KKO 2008:74).

Jäimme väitöstilaisuudessa erimielisiksi siitä, onko eläkeoikeuksien arvo osituksessa nolla, mutta keskustelussa ei tullut esille sellaista arvostamista koskevaa mallia, joka johtaisi toiseen tulokseen. Vaikka väittelijän perusteluista olisi ehkä voitu raapaista osa pois Occamin partaveitsellä, väittelijän käyttämä todistamisen tapa on silti arvokas. Pitemmän kautta kulkeva todistelu säilyttää näet pätevyytensä siitä riippumatta, mikä kanta eläkeoikeuden arvostamiskysymykseen otetaan.

Osituksen sovittelun mahdollisuudet lieventää eläkeoikeuksien epätasapainoa

Väittelijä tutkii teoksensa 6 luvussa, millaiset mahdollisuudet avioliittolaki antaa eläkeoikeuksien erojen lieventämiseen osituksen sovittelun keinoin. Luvun aluksi olisi ehkä voitu pohtia sovittelun tarkoitusta. Kyse olisi tällöin ollut siitä, onko sovittelun tarkoituksena toteuttaa eräänlaista kokonaisuudenmukaisuutta puolisoitten kesken kaikki taloudelliset seikat huomioon ottaen, vai tulisiko sovittelussa kantaa huolta ainoastaan siitä, että se, mikä jaetaan, jaetaan oikeudenmukaisesti. Väittelijä näyttää olettavan, että laajempi tulkinta on oikea. Hän erottaa toisistaan kaksi tapausryhmää. Ensimmäiseen kuuluvat tapaukset, joissa eläkeoikeudet ovat laadultaan erilaisia siten, että toinen takaisinostorvonsa vuoksi kuuluu ositettavaan omaisuuteen ja toinen tavallisena työeläkeoikeutena puolestaan ei. Toisen ryhmän muodostavat tapaukset, joissa kummankin puolison työeläkeoikeudet ovat osituksen ulkopuolella, mutta määrältään erisuuruisia.

Kuten väittelijä toteaa, korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2016:67 hyväksynyt osituksen sovittelun tapausryhmässä 1. Väittelijä osoittaa vakuuttavasti, että AL 103 b §:ssä annetut sovittelukeinot mahdollistavat sovittelun ainoastaan siinä tapauksessa, että puolisoilla, jonka hyväksi sovittelua tarvitaan, on puolisoaan enemmän aviovarallisuutta. Tämä on oikeudenmukaisuusongelma, sillä vaikka sovittelun tarve olisi sama, sovittelun keinot eivät riitä, jos puolisoitten varallisuusrakenne on toinen.

Väittelijä puoltaa laatimiensa esimerkkien valossa varovaisin sanakääntein sitä, että osituksen sovittelu voi joskus olla käytettävissä myös tapausryhmässä

2, siis erisuuruisten työeläkkeiden erojen tasoittamiseksi. Kuten väittelijä toteaa (s. 186), Pertti Välimäki näyttää osituksen sovittelua koskevassa tutkimuksessaan olevan tästä toista mieltä. Välimäen argumentti on käytännössä sama kuin edellä mainittu argumentti 6), jolla väittelijä osaltaan torjuu eläkeoikeuksien tuomisen ositukseen *de lege lata*. Väittelijän olisi ollut hyvä pohtia sitä, miksi argumentti 6) ei tässä tapauksessa ole ratkaiseva.

Nykytilan korjaaminen lakimuutoksin

Teoksensa luvussa 8.4 kirjoittaja ehdottaa harkittavaksi kahdentyyppisiä ratkaisuja, joilla voitaisiin puuttua eläkeoikeuksien epätasapainoon. Voitaisiin harkita kokonaisratkaisua, työeläkkeiden osittamista, tai tehdä pienempi korjaus muuttamalla osituksen sovittelua koskevaa säännöstä ja antamalla puolisolle, jonka vahingoksi eläkeoikeudet ovat epätasapainossa, mahdollisuus saada osituksessa hyvitystä tanskalais-norjalaisen mallin tapaan.

Osituksen sovittelua koskevan säännöksen muuttaminen niin, että takaisin-ostoarvonsa vuoksi ositukseen tulevat eläkeoikeudet voidaan tietyin edellytyksin siirtää osituksen ulkopuolelle, olisi mielestäni kannatettava muutos, joka poistaisi sovittelukeinojen riittävyteen nyt liittyvän satunnaisuuden. Suoritettu tutkimus ei sitä vastoin mielestäni tue laajempaa sovittelusäännöksen uudistamista, jota kirjoittaja on luonnostellut sivulla 271. Tällaisen uudistuksen vaikutukset ulottuisivat laajalti ohi tutkimuksessa osoitetun tarpeen.

Kirjoittaja olisi voinut suhtautua kriittisemmin myös hyvitystä koskevaan ehdotukseen, jota oli kuitenkin hyvä tarkastella sen vuoksi, että se on toteutettu läntisen Skandinavian maissa. Ehdotusta vastaan puhuu edellä mainittu argumentti 6), jonka väittelijä on aiemmin hyväksynyt: puoliso, jolla on paremmat eläkeoikeudet, menettää hyvityssumman osituksessa heti, mutta saa siitä vastiketta vasta, jos jaksaa eläkeikään ja silloinkin vain kuukausierä kerrallaan. Olisi ollut hyvä pohtia myös sitä, miten hyvitys eroaa kertaluonteisesta elatusavusta. Jos elatusavun kautta päästään samaan tulokseen, uuden instituution luominen vaikuttaa tarpeettomalta. Väittelijän luonnosteleva säännösehdotus hyvityksen toteuttamiseksi (s. 270) vaikuttaa myös puutteelliselta, sillä hyvitysvollisen puolison velkojien suoja pitäisi järjestää mahdollisesti AL 102 §:n tarjoaman mallin mukaisesti.

Edellä mainittujen suppeiden korjauskeinojen lisäksi väittelijä tarkastelee mahdollisuutta, että eläkeoikeudet ositettaisiin. Hän ei ota vahvaa kantaa siihen, tulisiko eläkeoikeudet osittaa, mutta hän tutkii kahta erilaista toteutustapaa: 1) eläkkeiden osittamista avioliittolain mukaisessa osituksessa ja 2) eläkeoikeuksien

jakamista osituksesta erillisessä menettelyssä. Hän päätyy väitöskirjassa varovaisesti ja luctiossa selvemmin puoltamaan eläkeoikeuksien erillistä jakamista.

Oman käsitykseni mukaan eläkeoikeuksia ei voida tuoda avioliittolain nojalla toimitettavaan ositukseen. Tämä johtuu siitä, että kaikki varallisuus, joka tuodaan ositukseen, on osituslaskelman tekemiseksi arvostettava rahamääräisesti. Työeläkeoikeutta ei mielestäni voida tällä tavoin arvostaa. Eläkeoikeuksilla on tyypillinen sosiaaliturvafunktio. Ne poistavat oikeutetulta yhden huolen, huolen toimeentulosta vanhuuden joskus koittaessa. Huolen hälvenemisen arvoa ei voida mitata euroissa millään ei-mielivaltaisella tavalla. Eläkejärjestelmästä riippuen voi tosin olla mahdollista havainnollistaa eläkeoikeuden merkitystä erilaisilla laskennallisilla suureilla; esimerkiksi suomalaisessa järjestelmässä voidaan laskea työeläkkeen vuosittainen karttuma. Sen tuominen ositukseen eläkeoikeuden arvona olisi kuitenkin mielivaltaista ja johtaisi niihin ongelmiin, jotka on edellä kuvattu argumentissa 6). Tämä johtuu siitä, että puolisoilla ei ole ositushetkellä minkäänlaista keinoa hyödyntää eläkeoikeutensa arvoa.

Väittelijä esittää vain luonnosmaisia toteamuksia siitä, miten eläkeoikeudet osituksesta erillisessä toimituksessa jaettaisiin. Hän toteaa, että kysymys on vain alustavasta pohdinnasta jatkokeskustelun tueksi (s. 278). Hieman pitemmälle olisi kuitenkin voitu mennä joutumatta eläkejärjestelmien yksityiskohtien syövereihin.

Väitöstilaisuudessa keskusteltiin esimerkkien avulla mallista, jossa puolisoiden yhteenlaskettu eläkekarttuma avioliiton ajalta puolitettaisiin. Molempien puolisoiden eläkekarttuma avioliiton ajalta muodostuisi näin yhtä suureksi ja olisi 50 % puolisoiden yhteenlasketusta karttumasta. Malli olisi ehkä teknisesti mahdollinen, jos molemmat puoliset ovat avioliittonsa ajan olleet Suomen nykyisen työeläkejärjestelmän piirissä. Malli näyttäisi esimerkkien valossa toimivan, jos avioliiton aikaisen eläkekarttumien osuus puolisoiden koko odotettavissa olevasta eläkekarttumasta on pienekkö ja varsinkin jos puolisoiden avioliitonai-kaisten eläkekarttumien ero ei ole kovin suuri. Oikeudenmukaisuuteen liittyviä kysymyksiä näyttäisi sitä vastoin syntyvän, jos avioliitto on kestänyt pitkään ja eläke on valtaosin karttunut vain toisen puolison ansiotyöstä. Erityisen katkeraa olisi hyväksyä eläkeoikeuksien jakamisesta syntyvä lopputulos, jos puolisonsa eläkeoikeuksia saanut puoliso avioeron jälkeen kuolee ehtimättä eläkkeelle. Tällöin eläkkeiden jakamisen ainoa seuraus olisi, että eläkkeet ansainneen puolison eläke puolittuu ja toinen puoli hänen ansaitsemastaan eläkkeestä jää vakuutusyhtiölle. Esimerkit osoittanevat, että asian mahdollisessa jatkokehittäelyssä kohdattavat ongelmat eivät ole pelkästään teknisiä. Myös vakavia oikeudenmukaisuusongelmia voi nousta pinnalle työn edetessä.

Loppuarvio

Suomen aviovarallisuus oikeuden tutkimus on Tiina Väisäsen väitöskirjan myötä saanut merkittävän täydennyksen. Tutkimuksen aihe on ajankohtainen ja tutkimus tuottaa kohteestaan uutta tietoa.

Tutkimus noudattaa lainopillista metodia ja osoittaa tekijänsä olevan taitava oikeuslähteiden käyttäjä. Kirjoittaja hyväksyy nykyisin vallitsevaksi katsottavan tavan analysoida epänormaalien varallisuus oikeuksien osituskohtelua ja soveltaa sitä eläkeoikeuksiin onnistuneella tavalla. Omaisuuden arvostamista koskevaan problematiikkaan olisi kuitenkin voitu kiinnittää enemmän huomiota.

Kirjoittaja osoittaa nykytilassa ongelmia tai ainakin uutta pohdintaa vaativia kysymyksiä ja hakee niihin korjauskeinoja laajahkossa *de lege ferenda* -jaksossa. Muissa Pohjoismaissa käydyin keskustelun kuvaaminen tuo tarkasteluun syvyyttä. Väittelijän pohdinnoista on välitöntä hyötyä, jos asian tiimoilta käynnistetään lainvalmistelua. Väittelijän havainto osituksen sovittelussa sallittujen keinojen riittämättömyydestä tilanteessa, jossa puolisoiden eläkeoikeudet ovat laadultaan erilaisia, on tärkeä, ja väittelijän ehdottama suppea muutos osituksen sovittelua koskevaan säännökseen olisi syytä toteuttaa. Toisaalta eläkeoikeuksien jakamista koskevien mallien kehittämistä olisi voitu viedä askel pitemmälle. Tällöin olisi saattanut paljastua, ettei radikaalien muutosten tekeminen nykytilaan ole yksinkertaista ja että vastaan tulee myös muutosten oikeudenmukaisuuteen liittyviä ongelmia.

Tutkimus on jäntevä ja tiivis kokonaisuus. Jokunen kauneusvirhe ei muuta tätä arviota. Tutkimuksen monografiamuoto ja tutkimusaiheen onnistunut rajaaminen tekevät mahdolliseksi pitkien ajatuskaarien rakentamisen, ja tämän mahdollisuuden kirjoittaja käyttää hyvin. Tutkimuksen kieli on sujuvaa ja tyyli asiallista. Väitöstilaisuudessa väittelijä puolusti tutkimustaan rauhallisesti ja asiallisesti eikä provosoitunut vaikeista kysymyksistä.

Havaintojeni mukaan tutkimuksessa ei ole tutkimuseettisiä ongelmia. Eriksen haluan mainita, että tutkimus on vapaa oikeustieteellisten tutkimusten helmasynnistä, puutteellisesta, vinoutuneesta tai sattumanvaraisesta viittaamisesta aiempaan tutkimukseen. Teoksen viittauskäytäntö on kautta linjan riittävän hyvää ja yleensä sangen hyvää. Sen ansiosta lukija saa hyvän kuvan siitä, miten tutkimus lepää tieteellisen traditionsa varassa ja miten se siitä eroaa.

Näillä perusteilla ja väitöskirjoille asetetut tieteelliset kriteerit huomioon ottaen mieluisa tehtäväni on esittää Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle, että oikeustieteen lisensiaatti Tiina Väisäsen tohtorinväitöskirja ”Eläkkeet avioero-osituksessa” hyväksytään tarkoitukseensa.

Markku Helin

Oikeustapauskommentti KHO 2022:43 – Perustuslain 107 §:n mukainen ristiriita vai yhdenvertaisuuslain 15 §:n mukaisten kohtuullisten mukautusten soveltamistilanne?

Lakimies
7–8/2022
s. 1452–1457

1. Tapauksen tosiasiat sekä käsittely viranomaisessa ja hallinto-oikeudessa

Korkein hallinto-oikeus (KHO) antoi 6.4.2022 ratkaisun asiassa, joka koski vammaispalvelulain (380/1987) 8.2 §:n mukaista kuljetuspalvelua. Asiassa oli kyse A:n oikeudesta käyttää vammaiselle henkilölle jo myönnettyä kuljetuspalvelua osittain toissijaisella työskentelypaikkakunnalla, joka ei kuitenkaan ollut vammaispalveluasetuksen (759/1987) 4.2 §:n tarkoittama koti- tai lähikunta.

Vammaispalvelulain 8.2 §:n mukaan ”[k]unnan on järjestettävä vaikeavammaiselle henkilölle kohtuulliset kuljetuspalvelut niihin liittyvine saattajapalveluineen, [...] jos henkilö vammansa tai sairautensa johdosta välttämättä tarvitsee palvelua suoriutuakseen tavanomaisista elämän toiminnoista.” Vammaispalveluasetuksen 5.1 §:n mukaan ”[k]uljetuspalveluja ja niihin liittyviä saattajapalveluja järjestettäessä vaikeavammaisena pidetään henkilöä, jolla on erityisiä vaikeuksia liikkumisessa ja joka ei vammansa tai sairautensa vuoksi voi käyttää julkisia joukkoliikennevälineitä ilman kohtuuttoman suuria vaikeuksia.” Vammaispalveluasetuksen 4.2 §:n mukaan ”[j]okapäiväiseen elämään kuuluvia kuljetuksia ovat vaikeavammaisen henkilön asuinkunnan alueella tapahtuvat tai lähikuntiin ulottuvat kuljetukset.”

Asiassa Kaarinan kaupunki oli katsonut A:n täyttävän lain ja asetuksen edellytykset kuljetuspalvelulle, ja hänelle oli myönnetty työssäkäynnin mahdollistamiseksi yhteensä enintään 44 matkaa kuukaudessa Kaarinan ja Turun välille. A oli myöhemmin uudessa hakemuksessaan vaatinut, että hän saisi käyttää osan hänelle jo myönnettyistä matkoista majoituspaikan ja toissijaisen työpaikan välisiin matkoihin Helsingissä, jossa hänen työnantajansa edellytti hänen työskentelevän kahtena päivänä kuukaudessa. A ei siis vaatinut sitä, että hän saisi käyttää kahtena päivänä kuljetuspalvelua matkustaakseen kotoaan Kaarinasta toissijaiselle työpaikalle Helsinkiin, vaan Helsingin sisäisiin matkoihin majoituspaikan ja toissijaisen työpaikan välillä.

Kunnan viranhaltija oli 29.11.2018 antamallaan päätöksellä hylännyt A:n hakemuksen, koska Helsingin sisäiset matkat olivat työssäkäyntialueen ulkopuolella ja koska vammaispalvelulain mukaan korvataan vain kodin ja työpaikan

välisiä matkoja. Kaarinan yksilöasioiden jaosto hylkäsi viranhaltijan päätöksestä tehdyn oikaisuvaatimuksen.

Turun hallinto-oikeus hylkäsi (ään. 2–1) A:n valituksen 30.4.2020 antamallaan päätöksellä. Hallinto-oikeus perusteli päätöstään sillä, että lainsäädännön mukaan kaupungin velvollisuus järjestää kohtuulliset kuljetuspalvelut rajoittuu vaikeavammaisen asuinkunnan tai sen lähikuntien alueelle. Koska 160 kilometrin etäisyydellä Kaarinasta sijaitsevaa Helsinkiä ei voitu pitää sen maantieteellisen sijainnin vuoksi vammaispalveluasetuksen 4.2 §:n mukaisena lähikuntana, Kaarinan kaupunki ei ollut velvollinen järjestämään kuljetuspalvelua Helsingissä.

Huomionarvoista on, että hallinto-oikeus oli pyytänyt asiassa lausunnon yhdenvertaisuusvaltuutetulta. Valtuutettu katsoi lausunnossaan, että jo vammaispalvelulain 8 § antaa laajan mahdollisuuden mukauttaa vammaispalveluja asiakkaan yksilöllisten tarpeiden mukaisiksi. Valtuutettu viittasi myös muun muassa yhdenvertaisuuslain (1325/2014) 15 §:ään, jossa säädetään kohtuullisista mukautuksista. Yhdenvertaisuusvaltuutettu katsoi, että vammaispalvelulain ja yhdenvertaisuuslain säännökset huomioon ottaen asiassa ei ollut noussut esille syitä, joiden perusteella vaadittu kuljetuspalvelua koskeva mukautus muodostuisi kohtuuttomaksi Kaarinan kaupungille. Hallinto-oikeus päättyi kuitenkin siis eri kannalle kuin yhdenvertaisuusvaltuutettu.

2. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu ja perustelut

Korkein hallinto-oikeus myönsi asiassa valitusluvan, tutki asian, kumosi hallinto-oikeuden sekä yksilöasioiden jaoston päätökset ja palautti asian jaostolle uudelleen käsiteltäväksi.

Korkein hallinto-oikeus viittasi ratkaisunsa perusteluissa – hallinto-oikeuden tavoin – vammaispalvelulain 8.2 §:iin ja vammaispalveluasetuksen 4.2 §:iin. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan vammaispalvelulain lain 8 §:n 2 momentissa tarkoitettua kuljetuspalvelua pidetään säännöksen yksityiskohtaisissa perusteluissa¹ vaikeavammaisten henkilöiden itsenäisen suoriutumisen kannalta välttämättömänä palvelumuotona. Kuljetuspalvelu toteuttaa vammaispalvelulain 1 §:n mukaista tarkoitusta ”edistää vammaisen henkilön edellytyksiä elää ja toimia muiden kanssa yhdenvertaisena yhteiskunnan jäsenenä sekä ehkäistä ja poistaa vammaisuuden aiheuttamia haittoja ja esteitä.”

Korkein hallinto-oikeus katsoi edelleen, että kun otettiin huomioon A:n yksilöllinen tarve ja kun kyseessä oli jo myönnetyn kuljetuspalvelun toteuttaminen

1. HE 219/1986 vp laiksi vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista sekä laiksi sosiaalihuoltolain 17 §:n muuttamisesta, s. 4.

osittain Helsingissä kaupungin sisäisinä kuljetuksina, vaadittuja matkoja voitiin pitää vammaispalvelulain 8 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla kohtuullisina. Mikäli asiassa sovellettaisiin vammaispalveluasetuksen 4.2 §:n säännöstä kuljetuspalvelun rajautumisesta asuinkunnan alueella tapahtuviin tai lähikuntiin ulottuviin kuljetuksiin, A:n oikeus kuljetuspalveluun rajoittuisi tavalla, joka olisi ristiriidassa vammaispalvelulain 8.2 §:n kanssa. Niinpä korkein hallinto-oikeus jätti perustuslain 107 §:n nojalla soveltamatta vammaispalveluasetuksen kyseistä säännöstä tässä yksittäisessä tapauksessa.

3. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun perustelujen analyysi

Näkemykseni mukaan korkein hallinto-oikeus päätyi asiassa materiaalisesti oikeaan lopputulokseen. Vammaispalvelulain mukaisen kuljetuspalvelun tarkoituksena on muiden vammaispalveluiden tavoin ”edistää vammaisen henkilön edellytyksiä elää ja toimia muiden kanssa yhdenvertaisena yhteiskunnan jäsenenä.” Vammaispalvelulain mukaiset palvelut – kuljetuspalvelu mukaan lukien – toteuttavat YK:n vammaisten henkilöiden oikeuksista solmitun yleissopimuksen (SopS 27/2016, vammaisyleissopimus) 19 artiklan mukaista vammaisten henkilöiden yhdenvertaista oikeutta elää yhteisössä, jossa heillä on muiden kanssa yhdenvertaiset valinnanmahdollisuudet. Tarkasteltavana olevassa asiassa kuljetuspalvelu toteutti myös vammaisyleissopimuksen 27 artiklan mukaista oikeutta työhön ja työllistymiseen.

Vammaisten henkilöiden yhdenvertainen ja täysimääräinen osallistuminen ja osallisuus yhteiskuntaan edellyttää kuitenkin julkiselta vallalta taloudellisia resursseja. Vammaisten henkilöiden yhdenvertaista osallistumista ja osallisuutta ei ole mahdollista edistää ”mihin hintaan tahansa”. Vammaisyleissopimuksessa tunnustetaan tämä lähtökohta, sillä sen 4 artiklan 2 kohdassa määrätään, että ”[t]aloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien osalta kukin sopimuspuoli sitoutuu täysimääräisesti käytettävissä olevien voimavarojensa ja tarvittaessa kansainvälisen yhteistyön puitteissa ryhtymään toimiin, joiden tarkoituksena on saada nämä oikeudet asteittain täysimääräisesti toteutetuiksi”. Vammaispalveluasetuksen 4.2 §:n säännöksen tarkoituksena on hillitä kuljetuspalvelusta julkisyhteisöille ja julkiselle taloudelle aiheutuvia kustannuksia. Julkisen talouden kantokyky ei kestäisi, jos kuljetuspalvelun käyttöalaa ei olisi maantieteellisesti rajattu. Asetuksen säännöksen voidaan katsoa lähtökohtaisesti olevan linjassa vammaisyleissopimuksen määräysten kanssa.

Kun otetaan huomioon – kuten korkein hallinto-oikeus ratkaisunsa perusteluissa ottikin – että A:lle oli jo myönnetty kuljetuspalvelu kodin ja työpaikan välille ja että kyse oli vain myönnetyn kuljetuspalvelun osittaisesta ja vähäisestä

käyttämisestä toissijaisen työpaikkakunnan sisäisinä kuljetuksina, vammais-leissopimuksen 19 ja 27 artiklan sekä vammaispalvelulain tarkoituksen kannalta olisi ollut kohtuutonta, jos A:lle ei olisi myönnetty hakemaansa alkuperäisen kuljetuspalvelun muutosta.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun perusteluista pistää kuitenkin silmään se, ettei KHO viitannut laisinkaan yhdenvertaisuuslain kohtuullisia mukautuksia koskevaan 15 §:ään. Ratkaisun kertoelmaosan mukaan A kuitenkin oli edelleen korkeimmassa hallinto-oikeudessa vaatinut kuljetuspalvelun muutosta nimenomaan kohtuullisena mukautuksena. Myös yhdenvertaisuusvaltuutettu oli hallinto-oikeudelle antamassaan lausunnossa perustelut näkemystään kohtuullisia mukautuksia koskevalla säännöksellä, kuten edellä tuotiin esille.

Miksi korkein hallinto-oikeus ei ottanut kantaa kohtuullisiin mukautuksiin? Syitä tähän voidaan vain arvailla, mutta näkemykseni mukaan korkein hallinto-oikeus olisi yhtä hyvin – tai jopa paremmin – voinut perustella lopputulosta yhdenvertaisuuslain 15 §:llä.

Olen hiljattain kirjoittanut kohtuullisten mukautusten soveltuvuudesta sosiaaliturvaetuksia koskevaan päätösharkintaan.² Esitin kirjoituksessani, että velvollisuus tehdä kohtuullisia mukautuksia vammaispalveluasioissa koskee lähinnä *asiointia* eli kun haetaan palveluita sekä tosiasiallista hallintotoimintaa eli kun palveluja annetaan ja toteutetaan. Tosiasiallisen hallintotoiminnan näkökulmasta kyse on usein palvelun *järjestämistavasta*. Sen sijaan velvollisuus tehdä kohtuullisia mukautuksia ei koske – mahdollisia väliinpuotoajatilanteita lukuun ottamatta – palveluiden myöntämisharkintaa. Eli jos vammaisen henkilö ei täytä palvelun myöntämiseksi laissa säädettyjä edellytyksiä, palvelua ei voida myöntää hänelle kohtuullisena mukautuksenakaan. Tämä johtuu siitä, että sosiaali- ja terveydenhuoltopalvelut perustuvat *tarveperiaatteelle*. Henkilöllä on oikeus vain sellaisiin palveluihin, jotka lainsäädännön ja tapauskohtaisen harkinnan perusteella todetaan tarpeelliseksi. Jos palvelua ei katsota tarpeelliseksi, olisi epätarkoituksenmukaista – ja jopa lainvastaista – myöntää se kuitenkin kohtuullisena mukautuksena.³

Nyt tarkasteltavana olevassa asiassa Kaarinan kaupunki oli todennut A:n täyttävän vammaispalvelulaissa kuljetuspalvelun myöntämiseksi säädetty edellytykset. A:lla oli siten *kiistatta lainmukainen tarve* kuljetuspalvelu työssäkäynnin mahdollistamiseksi. Kysymys kuljetuspalvelun maantieteellisestä käyttöalasta ei tarkasteltavana olevassa asiassa liittynytkään enää ensisijaisesti A:n tarpeeseen, vaan yksinomaan kuljetuspalvelun järjestämisestä aiheutuvien kustannusten kohtuullisuuteen. Toisin sanoen, oliko taloudellisesti kohtuullista, että Kaarinan kaupunki kustantaisi kuljetuspalvelun kahtena päivänä kuukaudessa Helsingin

2. Toomas Kotkas, Kohtuulliset mukautukset sosiaaliturvajärjestelmässä. Lakimies 1/2020, s. 822–844.

3. Ibid., s. 840–841.

sisäisenä kuljetuksena. KHO:n ratkaisuselosteesta ei käy ilmi, kuinka suuret Helsingin sisäisistä kuljetuksista aiheutuneet kustannukset olivat verrattuna Kaarinan ja Turun välisiin normaaleihin kuljetuskustannuksiin.

Kysymys kuljetuspalvelun maantieteellisestä käyttöalasta voidaan rinnastaa palvelun *järjestämistapaa* koskevaan kysymykseen. Velvollisuus tehdä kohtuullisia mukautuksia vammaispalvelujen yhteydessä koskee nimenomaan asiointia ja järjestämistapaa. Korkein hallinto-oikeus olisikin voinut katsoa A:lla olevan oikeus käyttää kuljetuspalvelua kahtena päivänä toissijaisen työskentelypaikkakunnan sisäisiin kuljetuksiin nimenomaan yhdenvertaisuuslain 15 §:n mukaisena kohtuullisena mukautuksena. Tämä perustelu olisi ollut täysin linjassa kohtuullisten mukautusten asiallisen soveltamisalan kanssa.

4. Lopuksi

Toimiko korkein hallinto-oikeus väärin argumentoidessaan perustuslain 107 §:llä? Ei toki – korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun perustelut ovat täysin lainmukaiset. Perustuslain 107 §:n soveltamiselle ei ole ennakkollisesti asetettu samankaltaisia pidäkkeitä kuin perustuslain 106 §:n soveltamiselle. Asetuksen säännöksen soveltamatta jättäminen ei merkitse lainsäätäjän toimivallan alueelle astumista toisin kuin lain säännöksen soveltamatta jättäminen. Lainsäätäjän perustuslain säätämisen yhteydessä antama ohje siitä, että perustuslain 106 §:n säännöstä tulisi soveltaa ”vasta silloin, jos perustuslain ja lain välistä ristiriitaa ei ole mahdollista poistaa perustuslainmukaisen tai perusoikeusmyönteisen tulinnan avulla”⁴, ei päde perustuslain 107 §:n soveltamisen kohdalla.

Vaikka kynnys perustuslain 107 §:n soveltamiselle onkin alhaisempi kuin perustuslain 106 §:n soveltamiselle, silti tuntuu, että korkein hallinto-oikeus turvautui melko ”raskaan sarjan” perusteluun. Korkein hallinto-oikeus ei ole usein perustellut ratkaisujaan perustuslain 107 §:ään vedoten. Esimerkkeinä voidaan mainita vuosikirjaratkaisut KHO 2018:95 ja KHO 2011:107, joissa molemmissa se päättyi jättämään soveltamatta asetuksen säännöstä perustuslain 107 §:n nojalla. Kaiken kaikkiaan perustuslain 107 §:n soveltamisen on arvioitu olevan harvinaista. Hautamäen mukaan tähän saattaa olla syynä se, ettei ongelmatilanteita juurikaan esiinny tai niitä ei tunnisteta, taikka sitten asetuksen säännökseen liittyvä normiristiriitatilanne pyritään välttämään tulkinnan keinoin.⁵

4. HE 1/1998 vp uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi, s. 164.

5. Veli-Pekka Hautamäki, Asetusehdotusten ja asetusten perustuslainmukaisuus. Lakimies 4/2007, s. 499–520, 510.

Muutama seikka puhuu kuitenkin sen puolesta, että asia olisi ollut ehkä parempi ratkaista yhdenvertaisuuslain 15 §:n kohtuullisia mukautuksia koskevan säännöksen nojalla. Ensinnäkin olisi suotavaa, että tuomioistuimet ”tekisivät tunnetuksi” uudehkoja ihmisoikeussopimukseen perustuvia sääntelyinstrumentteja – kuten kohtuulliset mukautukset, jotta hallintoviranomaiset tunnistaisivat ja osaisivat soveltaa niitä omassa päätöksenteossaan. Vaikka myös viranomaisilla on perustuslain 107 §:n nojalla toimivalta jättää soveltamatta perustuslain tai lain kanssa ristiriidassa olevaa asetuksen säännöstä, kynnys tähän lienee korkeampi kuin kohtuulliseen mukautukseen vetoamisessa. Toisekseen muutoksenhakija oli vedonnut kohtuullisiin mukautuksiin. Muutoksenhakijan kannalta olisi ollut reilua perustella, miksi kohtuullisten mukautusten ei katsottu soveltuvan tapaukseen tai miksi perustuslain 107 §:n katsottiin soveltuvan paremmin.

Toomas Kotkas

Parvekemetodi todistusharkintateorianä – uutta vai vanhaa uudessa leilissä?

Lakimies
7–8/2022
s. 1458–1466

1. Johdanto

Ruotsin korkeimman oikeuden (Högsta domstolen, HD) vuonna 2015 antama todistusoikeydellinen prejudikaatti NJA 2015 s. 702 eli niin sanottu *Balkongfallet* (suom. parvekejuttu) antoi Ruotsissa aihetta todistusoikeyden tutkijoiden kirjoituksiin,¹ eikä vähiten sen vuoksi, että ratkaisuun kirjattu todistusharkintamethodi (*”balkongmetoden”*) on levinnyt laajalti käräjä- ja hovioikeyskäytäntöön.² Leviäminen on tapahtunut siitä huolimatta, että HD korosti, ettei universaalia methodia todistusharkinnalle voida antaa, ja toi esiin, ettei tuossa ratkaisussa sovellettu teoriakaan sellainen ole.

Tässä kirjoituksessa esitellään ja arvioidaan ratkaisun kommentointia ruotsalaisessa oikeyskirjallisuudessa. Lisäksi esitän omia arvioitani ratkaisusta sekä joitain kokoavia huomioita.

2. Taustaa ja parvekemetodin esittely

Jutussa oli kysymys siitä, oliko syytetty yrittänyt perheriidan yhteydessä surmata asianomistajan eli vaimonsa ”heittäällä, työntämällä tai käsistään pudottamalla” (*”kasta, knuffa eller släppa ned”*) tämän kuudennen kerroksen parvekkeelta. Asianomistaja oli pudonnut ja saanut vakavia vammoja. Syytetty oli väittänyt vaimon yrittäneen tehdä itsemurhan.³

Todistusoikeyden ja todistusharkinnan kannalta HD:n ratkaisussa keskeisiä ovat erityisesti jaksot *”Allmänt om bevisning”* (kohdat 18–27), *”Beviskravet i brottmål”* (kohdat 28 ja 29) sekä *”Bevisningen i målet och ordningsföljden vid prövningen”* (kohdat 30–34). Kohdissa 18–20 käsitellään todistusharkintaa ja

1. Christian Diesen, *Balkongfallet – ett riktigt bevisprejudikat*. *Juridisk Tidskrift* (3)2015/16, s. 666–678; Marcus Agnafors, *Bevisprövningsmetoden i Balkongmålet – en kritik*. *Juridisk Tidskrift* (2)2019/20, s. 358–373 ja Mikael Mellqvist, *Balkongmetoden – några kommentarer till vissa kommentarer*. *Juridisk Tidskrift* (3)2019/20, s. 776–781.
2. Leviämisestä Agnafors 2019/20, s. 358; Mellqvist 2019/20, s. 776 (*”ett rejält genomslag”*). Agnafors (2019/20) antaa ratkaisulle jo ”klassikon statuksen”.
3. Diesen 2015/16, s. 670–671 esittelee kriittisesti syytetyn väitteen ja arvioi, miksi niillä ei ole arvoa vastaanäyttönä.

sen vapautta yleisesti. Kohdassa 21 todetaan, ettei todistusharkinnan vapaus estä sitä, että harkinnassa saatetaan eri suhteissa soveltaa tiettyjä periaatteita ja että tällaisia periaatteita voi kehittyä oikeuskäytännössä. HD varoittaa kuitenkin, että tällaisia periaatteita ja suuntaviivoja täytyy käsitellä varovasti ja ”osoittaen arvostelukykyä” (*”med urskillning”*):⁴ kaikkiin juttutyyppeihin soveltuvaa mallia ei voida esittää. Siitä huolimatta johonkin juttutyyppeihin voi sopia metodi, joka soveltuu muita paremmin varmistamaan niin huolellisen todistusharkinnan kuin tuomioistuimen arviointien esilletuomisen.

Itse ”parvekemetodi”, siis metodi joka HD:n mukaan soveltuu tilanteessa, esitellään ratkaisun jaksoissa 22 ja 23. Metodissa voi erottaa neljä vaihetta: Ensimmäinen vaihe (kohta 22) on viitattujen ja todistusteeemalle⁵ relevanttien todistustositseikkojen identifiointi. Sen estämiseksi, ettei todistusharkinnasta tule pelkästään näytön yleistä tarkastelua, HD:n mukaan on yleensä aiheellista, että tuomioistuin arvioi jokaisen todistustositseikan merkityksen (erikseen). Vähemmän merkityksellinen näyttö voidaan aluksi panna syrjään.

Toinen vaihe (kohta 23) on todistusteeeman (teonkuvauksen) tueksi vedotun näytön yhteisen arvon punnitseminen. Jos arvo ei riitä vahvistamaan (*”styrka”*) sitä, teemaa vastaan vedotulla näytöllä ei ole merkitystä. Syytetty on vapautettava jo sillä perusteella, että häntä vastaan esitetty näyttö ei riitä.⁶ Jos näyttö sitä vastoin on niin vahvaa, että se sellaisenaan riittää ylittämään näyttökynnyksen, syytetyn kertomus ja sitä tukeva näyttö tulee ottaa tarkastettavaksi. Tämä on kolmas vaihe. Jos vastaanyttö kumoaa syytetyn syyksi väitetyt seikat, syyte tulee hylätä. Sama seuraa siitä, että syytetyn kertomus ja muut syytettyä vastaan vedotut todisteet muodostavat niitä tukevien todistustositseikkojen perusteella niin vahvan (vasta)näytön, ettei syyksilukemisen näyttökynnys ylity.

Neljäs vaihe (kohta 23 *in fine*) on ennen todistusharkinnan lopettamista tehtävä näytön kokonaisarviointi (*”övergripande och slutlig sammanvägning”*). Tällöin voi olla syytä ottaa huomioon myös se näyttö, joka aikaisemmin pantiin syrjään.

Ratkaisun kohdassa 24 selvitetään syytetyn vaitiolo-oikeutta, ja kohdissa 25–27 korostetaan varovaisuutta tälle jutulle ominaisen esitutkimateriaalin runsauden suhteen.

4. HD viittaa myös ratkaisuunsa NJA 2004 s. 176 (mm. tahallisuuden näyttäminen).

5. HD tarkoittanee teonkuvausta, koottua oikeustositseikastoa, sillä se määrittelee todistusteeeman tässä tarkoittamaan sitä tai niitä seikkoja, *”omständigheter”* (*”rättsfakta”*), joihin syyte perustuu. Sinänsä tämän jutun ”pääteema” on yksinkertainen ja kyllä/ei -perusteella vastattava kysymys.

6. HD viittaa seksuaalirikosta koskeneeseen ratkaisuunsa NJA 2010 s. 671 (kohta 13), jossa se oli menetellyt hylännyt syytteen seuraavin perusteluin: *”Den till stöd för åtalet åberopade bevisningen är inte tillräcklig för att kunna ligga till grund för en fällande dom. Det saknas under sådana förhållanden anledning att gå in på den bevisning som S.P. åberopat till fredande från åtalet. Åtalet ska ogillas, liksom också T.P:s skadeståndsyrokande.”*

3. Arviointia ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa

Kirjoittamassaan kommentissa *Diesen* otsikoi, ilmeisen ilahtuneena,⁷ HD:n ratkaisun olevan todellinen todistelua koskeva ennakkopäätös (*”ett riktigt bevisprejudikat”*).⁸ Tosin hän sitten suuntaa siihen myös kritiikkiä.

Diesen huomauttaa muun ohella järeästi ratkaisuun sisältyvästä väärinymmäryksestä koskien näyttökynnystä ja varteenotettavaa epäilystä: HD on käsitellyt väärin näyttökynnyksen luonteen. *”Utom rimligt tvivel”* on negatiivinen näyttökynnyks, joka ilmaisee lopputuloksen varmuuden eikä näytön vahvuutta.⁹ Hän liittää tämän vaihtoehtoisia selityksiä ja tapahtumainkulkuja koskeviin oppeihin(sa) ja sitä kautta myös näytön kattavuuteen. Lisäksi *Diesen* asettaa kysymysmerkin myös HD:n ratkaisun kohdassa 22 olevaan lausumaan siitä, että ensimmäisessä vaiheessa eli syyttäjän todistelun arvioinnissa vähemmän merkityksellinen näyttö voidaan aluksi laittaa sivuun. Dieseniälisittäin se tulisi arvioitavaksi vaihtoehtoisten selitysten arvioinnissa eli vasta toisessa vaiheessa. *Diesen* korostaa, että todisteen oikean näyttöarvon saamiseksi täytyy kaikkien arvioinnin kannalta relevanttien seikkojen olla mukana.¹⁰

Agnafors puolestaan asettaa säännön muodostavalle todistusharkintateorialle viisi kriteeriä. Nämä ovat seuraavat: Metodin on oltava selkeä ja selvä (*”klar och tydlig”*); sen tulee maksimoida aineellisesti oikeiden lopputulosten osuus ja minimoida aineellisesti väärin lopputulosten osuus (aineellisen oikeellisuuden vaatimus); sen tulee olla puolueeton, tai jollei siihen päästä, syntyvän tai uhkaavan puolueellisuuden tulee koitua syytetyn eduksi; ja tämän puolueellisuuden tulee olla mahdollisimman vähäistä.¹¹ *Agnafors* katsoo kumulatiivisen kritiikkinsä osoittavan, että on kyseenalaista, voidaanko parvekemetodia pitää käyttökelpoisena todistusharkintametodina riippumatta minkäläatuisesta jutusta

7. *Diesen* 2015/16, s. 677–678, jossa käydään analyttisesti ja eloisesti läpi HD:n todistusoikeudellista prejudikatuuria aina RB:n voimaantulosta lähtien ja tukitodistelun vaatimista koskevaan debattiin saakka. Hän toteaa myös, että parvekeratkaisu voidaan nähdä osoituksena HD:n elpynneestä kiinnostuksesta rikosjuttujen todistusharkinnan metodiikkaan. Tukitodistelun tarpeellisuutta koskevan kysymyksen kannalta tämä ratkaisu ei kuitenkaan hänen mukaansa ole edustava, koska useimmat syytetyn puolustukseen esittämät seikat olivat tarkistettavissa muun näytön, kuten teknisen ja lääketieteellisen selvityksen, avulla.

8. Lisäksi *Diesen* 2015/16, s. 666–668, jossa kiinnitetään huomiota siihen, että HD myönsi valitusluvan yksin asianomistajan haettua muutosta ja kumoten hovioikeuden (*hovrätt*) vapauttavan ratkaisun tuomitsi syytetyn 14 vuoden vankeusrangaistukseen. HD salli myös muuttaa teonkuvausta koskemaan parveketapahtumia edeltävän pahoinpitelyn ja heittämissä lisäksi muut edellä mainitut tekemuodot. HD lausui myös negatiivisen näytön tulkinnasta, tosin *Diesenin* (ibid. s. 677) mielestä väärin valittua esimerkkiä käyttäen.

9. *Diesen* 2015/16, s. 672 (kurs. *Diesenin*).

10. *Diesen* 2015/16, s. 674–675.

11. *Agnafors* 2019/20, s. 360–363.

on kysymys.¹² Kritiikki kohdistuu siihen, mitä arvioidaan, ennenaikaiseen lopputulokseen sekä psykologisiin mekanismeihin ja todistustaakan jakamiseen.

Ensinnäkin HD:n mukaan ensimmäisessä vaiheessa syyte tulee hylätä, jos sen tueksi esitetty syyttäjän näyttö ei vahvista syytteen tapahtumainkulkua tapahtuneeksi. *Agnaforsin* mielestä syyte olisi tullut hylätä useimmissa jutuissa, joissa metodia on sovellettu. Se, että näin ei ole tapahtunut, osoittaa hänen mukaansa, ettei metodia voida soveltaa HD:n kuvaamalla tavalla. Jos otetaan huomioon, että kynnykset ”*styrkt*” ja ”*bortom rimligt tvivel*” edellyttävät sekä varmuutta että robustiutta, pelkästään syyttäjän esittämään näyttöön kohdistuva harkinta ei voi milloinkaan ylittää näyttökynnyksen yli näytön puuttuvan robustiuden perusteella. Hänen mielestään syyttäjän näytön arvottaminen edellyttää, että tuo näyttö *voidaan* arvioida tyydyttävästi ilman, että puolustuksen näyttö otetaan huomioon. Kyseinen oletus olisi *Agnaforsin* mielestä kuitenkin järjetön. Kukaan todistusteemaan kohdistuvaa näyttöä – ja lopputuloksen varmuutta – ei ylipäättäen voida arvioida oikein ennen kuin kaikki esitetyt argumentit on otettu huomioon. Eri todisteiden näyttöarvo riippuu niiden suhteesta muuhun esitettyyn todisteluun. Kaikissa muissa kuin hyvin yksinkertaisissa jutuissa esitetty näyttö muodostaa erityisen ”vesakkoisen juurijärjestelmän” (”*snårigt rotsystem*”) eri argumenteista, joiden yksittäiset arvot vaikuttavat toisiinsa. Tästä syystä näyttökynnys koskee pikemmin lopputuloksia kuin näytön vahvuutta.¹³ On harhaanjohtavaa puhua täytetystä näyttövaatimuksesta sellaisessa vaiheessa, jossa vain toisen osapuolen näyttö on otettu vastaan. *Agnafors* torjuu myös ajatuksen siitä, että syyttäjän näyttö arvioitaisiin vain *prima facie*: hänen mielestään sellainen arvio ei voi ylittää edellä mainittuihin näyttökynnyksiin.¹⁴

Toiseksi, jos tulkitseen oikein, *Agnaforsin* mukaan vaarana on, että tuomari ratkaisee jutun liian nopeasti ilman, että syyttäjän ja syytetyn näytön keskinäiset yhteydet tulevat huomioon otetuiksi. Parvekemetodia soveltaessaan tuomari saattaisi hylätä syytteen liian aikaisin, kun syytetyn oma näyttö ehkä olisi vetänyt maton alta hänen omalta versioltaan tapahtumainkulusta (ja siten lisännyt syytteen todennäköisyyttä?). Syyte tulisi näin ennen ajojaan hylätyksi. Tässä *Agnaforsilla* on oletettavasti ainakin osaksi tausta-ajatuksena juuri näyttöjen keskinäinen riippuvuus tai vuorovaikutus. Lisäksi hän kyllä myöntää, että riski lienee lähinnä teoreettinen, koska harvat tuomarit pystyvät pitämään etäisyyttä syytetyn näyttöön, kun syyttäjän näyttö on ensin arvioitava. Mutta *jos* metodi otetaan käyttöön HD:n kuvaamassa muodossa, riski ei ole pelkästään hypoteettinen, *Agnafors* katsoo, ja ulottaa vaaran jo syyttäjän syyttämispäätökseen asti tämän ennakkoidessa oikeudenkäynnin kulkua. Siten metodi näyttää kompastuvan

12. *Agnafors* 2019/20, s. 363.

13. *Agnafors* 2019/20, s. 365 viittaa tässä Dieseniin edellä mainittuun lausumaan, että HD on käsittänyt väärin näyttökynnyksen luonteen.

14. *Agnafors* 2019/20, s. 364–365.

vaatimukseen materiaalisesta oikeellisuudesta. HD ei ole tosin tarkoittanutkaan metodia yleiseksi, mutta toisaalta ei ole olemassa ohjeita siitä, mihin se soveltuisi ja mihin ei. Tämä rikkoo jo ensimmäistä todistusharkintateorian kriteeriä eli selvyysvaatimusta vastaan, *Agnafors* huomauttaa.¹⁵

Kolmanneksi *Agnafors* tuo esiin sen, ettei parvekemethodi ota huomioon, että tuomari voi olla taipuvainen pysyttämään muodostuneessa käsityksessä (nk. ”*confirmation bias*”) syyttäjän näytön arvioituaan ja siirtyessään syytetyn näyttöön. *Agnafors* viittaa tässä muun muassa *Tverskyn* ja *Kahnemanin* tutkimuksiin psykologian alalta 1970-luvulta, *Moa Lidénin* tuolloin tuoreeseen (2018) tutkimukseen *Confirmation Bias in Criminal Cases* sekä laajalti amerikkalaiseen psykologiseen tutkimukseen.¹⁶

Agnafors päätelee, että jos parvekemethodin mukaan syytekynnys ei ole ylittynyt ensimmäisessä vaiheessa, puolustus joutuu todistamaan syytteen yhä enemmän epätodennäköiseksi omalla näytöllään: puolustuksen näytön tulee poistaa voimaa (”*ta kraft*”) syyttäjän (riittämättömästä) näytöstä, ja käytännössä syytetylle olisi näin asetettu todistustaakka.¹⁷ Tämä ajatuskulku perustuu *Agnaforsin* omaan edellä ensimmäisessä kohdassa esitettyyn. Hän ennakoii, että ongelmaa voidaan väittää luonteeltaan puhtaasti teoreettiseksi, ja pyrkii torjumaan sellaisen väitteen.

Lopuksi *Mellqvistin* eräänä keskeisenä huolena näyttää olevan, että parvekemethodia on laajasti alettu käyttää Ruotsin käräjä- ja hovioikeuksissa, vaikka HD ei ole tarkoittanut sitätodistusharkinnan yleismethodiksi. *Mellqvistin* mielestä metodi on liian surkastunut ja heikosti ankkuroitunut siihen, miten inhimillinen päätöksenteko, tuomioistuimen tuomitsemistoiminta, todellisuudessa muotoutuu, jotta sitä voitaisiin noudattaa.¹⁸ *Mellqvist* tuo esiin useita seikkoja, jotka hänen mukaansa ovat metodin varjopuolia. Näitä ovat ainakin seuraavat:

- 1) näytön arvioinnin riippuvuus esittäjästä ja tämän roolista prosessissa;
- 2) (osin edelliseen liittyen) syyttäjän esitys luo tuomioistuimelle ennakkokäsityksen tai -luulon, jota on vaikea myöhemmin kumota (nk. *confirmation bias*); sekä
- 3) todistustaakan siirtyminen edellä kuvatuin tavoin syytetylle.¹⁹

15. *Agnafors* 2019/20, s. 366–367.

16. *Agnafors* 2019/20, s. 369. Tuoreempaa tietoa *Tverskyn* ja *Kahnemanin* osalta löytyy esimerkiksi teoksesta Amos Tversky – Daniel Kahneman, Päätöksenteko epävarmuuden vallitessa: heuristiikat ja vinoutumat. Teoksessa Daniel Kahneman, Ajattelu nopeasti ja hitaasti. Suomentanut Kimmo Pietiläinen. Terra Cognita 2012, s. 479–496.

17. *Agnafors* 2019/20, s. 371.

18. *Mellqvist* 2019/20, s. 776.

19. *Mellqvist* 2019/20, s. 778 – 781.

4. Omaa arviointia ja kokoavia huomioita

Ensimmäinen vaikutelma on, että parvekemетodin pääkohdissa ei sinänsä ole mitään erityisen uutta, jos sitä tarkastellaan todistelun mekanistisena kuvauksena. Todisteiden esittäminen ja vastaanottaminen noudattaa samaa vaiheistusta ja on noudattanut sitä epäilemättä vuosisatojen ajan. On tällöin loogista ajatella, että todisteiden arviointikin tapahtuisi myös lopullisessa harkinnassa samoilla askelilla. Siinäkin, että kukin todiste siinä harkitaan ensin erikseen ja sitten todistelutilanne kokonaisuutena, ei ole mitään uutta.²⁰ Juuri lopullisen ja samalla kokoavan harkinnan kuvaajana metodilla onkin kuvausvoimaa. Uutta näyttäisi olevan lähinnä vaihteellisuuden selkeä erottelu ja idea vastaanäytön huomiotta jättämisestä, jos syyttäjän näyttö vaikuttaa heti riittämättömältä.

HD itse korostaa perustellusti, ettei mitään universaalia todistusharkintametodia voida tuoda esiin. Se varoittaa ymmärtämästä parvekeratkaisuakaan sellaiseksi – seikka, jota *Diesenkin* tuo esille.

Vielä tätäkin parempi olisi mielestäni kuitenkin kysyä, miksi edes olisi ylipääntään tavoiteltava päämäärä antaa prejudikatiivisesti todistusharkintaa koskevia kannanottoja – niillä kun on taipumus levitä yli äyräiden ja jähmettää harkinnan vapautta tiettyihin muotoihin sopivaksi.²¹ Viitataan tässä vain *mutatis mutandis Anna Wallermanin* esitykseen; mainitseepa *Diesenkin* ongelman, tosin viitaten psykologisen tutkimuksen edistymiseen ja sen aiheuttamaan konfliktiin prejudikatiivisten ”suositusten” kanssa.²² Kuin pisteenä iin päälle on sitten *Mellqvistin* havainto, että Ruotsin käräjä- ja hovioikeuksissa parvekemетodi on otettu laajassa mitassa käyttöön.

HD:n esittämässä vaiheisiin tai portaisiin jaetussa kuvauksessa jää vähälle huomiolle systeeminen, vuorovaikutuksen näkökulma. Tiukkojen karsinoiden tekeminen ei ole välttämättä mielekäästä; todellisuudessa todisteiden sisällöt vaikuttavat koko ajan toisiinsa, todistelutilanne ”elää”, ja samoin todisteiden har-

20. Diesen 2015/16, s. 674, jossa pidetään HD:n toteamusta tärkeänä ja viitataan vastapoolina Yhdysvalloissa omaksuttuihin doktriinin osiin, jotka puoltavat holistista harkintaa eli nk. kertomusteoria.

21. Anna Wallerman, *Om fakultative regler*. Iustus förlag 2015, s. 245: ”Auktoritativa besked från HD gör i någon mån våld på reglernas fakultativa karaktär och leder i förlängningen till att reglerna omvandlas till obligatorier.” Nähdäkseni tämä toteamus soveltuu myös todistusharkinnan vapauden ”ohjaamiseen”.

22. Diesen 2015/16, s. 678 (alaviite 22) liittyen ratkaisuun NJA 2010 s. 671. *Diesenin* mukaan oikeusneuvos *Lambertz* käy omassa lausunnossaan tuossa jutussa läpi lausumien arvioinnissa esiintyviä virhelähteitä. *Lambertzin* esitys on *Diesenin* mielestä arvokas, mutta muut jäsenet eivät lähteneetsiihen mukaan. *Diesen* arvelee syynä olleen se, että psykologinen tutkimus kehittyä ja että uudet tulokset toisinaan syrjäyttävät aikaisemmat johtopäätökset, joita on tehty usein esiintyvistä virheistä: ”Det kunde vara olyckligt om HD slog fast rekommendationer som snart blev överspelade”, Diesen lausuu.

kinta, jota todellisuudessa tapahtuu koko näytön vastaanottamisen ajan, ”elää” samalla tavalla. Tältä osin *Agnafors* on mielestäni oikeilla jäljillä.

Toisin kuin *Diesen*, en katsoisi HD:n väärinkäsittäneen näyttökynnyksen luonnetta. Harkinnassa jäävän epäilyn varteenotettavuus ja syyksilukemiseen vaadittavan näytön todennäköisyys voidaan nähdä saman asian eri puolina, toinen toisensa negaatioina tai ”komplementteina”. Mikäli harkinnan tulokseksi jää, että vaihtoehtoinen tapahtumainkulku on riittävän²³ mahdollinen, se muodostaa aina varteenotettavan epäilyn syytteen oikeellisuudesta. Näytön paikkansapitävyyden todennäköisyys ei voi tällöin olla vaadittavat 0.95 tai vastaavaa luokkaa. Todennäköisyys kertoo juuri varmuuden asteen. Syyttäjän näytön robustiuden puute – samoin kuin syyttäjän näytön (lähes totaalinen) epätodennäköisyyskin – taas saattaa johtaa syytteen hylkäämiseen jo ”ensimmäisellä kierroksella” eli syyttäjän esitettyä näyttönsä. Tämä on useimmiten teoriaa, koska syyttäjällä on ollut esitutkintakoneisto käytettävissään ja hän on virkavastuullaan arvioinut syytteen nostamisen aiheelliseksi. Mahdollista se kuitenkin on. Näissäkin teoreettisissa tilanteissa syytteen hylkääminen robustiuden puuttumisen vuoksi perusteltaneen näyttökysymyksenä, mitä se viime kädessä onkin.

Diesenin tavoin pitäisin kyseenalaisena HD:n ajatusta ”vähemmän merkityksellisen” näytön sivullelaittamisesta syyttäjän näyttöä ensi vaiheessa arvioitaessa. On ongelmallista, miten erotetaan muusta tällainen todistelu ja miksi. Lisäksi sivuunlaitettua näyttöä ei HD:n mukaan *välttämättä* otettaisi mukaan edes todistelutilanteen kokonaisarvioinnissa (tähän *voi* olla syytä; ”... då *kan* det finnas anledning”²⁴). HD:n ohjeena tällainen kuulostaa oudolta. Useimmissa todisteissa ja erityisesti todistajankertomuksissa on mukana aineosia, joilla ei selvästikään ole tekemistä teeman kanssa. Tällainen lisäaines tai ”häly” seuloontuu itsestään pois jo todistetta vastaanotettaessa, eikä sen poisjättämistä tarvitse prejudikaatissa opettaa. Sitä ei myöhemminkään muistella kokonaisharkinnan yhteydessä. Ytimen erottaminen jo esittämis- ja vastaanottovaiheessa – ”asiassa pysyminen” – kuuluu niin tuomarın kuin asiansa osaavien asiamiestenkin työkalupakkiin.

Agnafors on oikeassa siinä, että HD:n mallista puuttuu syyttäjän ja puolustuksen näyttöjen keskinäisen *kokoaikaisen* vuorovaikutuksen noteeraaminen; se, että ne ovat ylipäättään kiinni toisissaan ja se, että ne vaikuttavat myös toinen toisensa näyttöarvoon. Hänen osuva termsä ”*snärigt rotsystem*” kuvaa juuri tätä monimutkaisemmissa jutuissa – joihin esillä oleva ei mielestäni kuulu. *Agnaforsin* toinen huomautus, joka koskee jutun ratkaisemista ”ennen aikojaan”, on sellaisenaan järkevä, jos HD todella on tarkoittanut, että juttu *ratkaistaan* puo-

23. Vrt. kuitenkin HD 2015 s. 702 (kohta 29), jossa lausutaan muun selityksen kriteeriksi vain ”mahdollinen”. Jonkinasteinen mahdollisuuden todennäköisyys on kuitenkin tarpeen, mitä termi ”varteenotettava” tai ”järkevä” juuri kuvaa.

24. NJA 2015 s. 702 (kohta 23 *in fine*, kurs. RJ).

livalmiina, vain toisen asianosaisen eli syyttäjän näytön harkinnan jälkeen, tämän osoittaduttua riittämättömäksi.²⁵ Näinhän HD:n esitys kohdassa 23 voidaan lukea. *Agnafors* suhtautuu perustellusti epäillen siihen, että tuomarit taipuisivat tällaiseen menettelyyn. Niin tai näin, HD ei kehitä pidemmälle tekniikkaa siihen, mitä oikeastaan käytännössä tarkoittaisi, että ensimmäisen vaiheen päätteeksi ”syyte voidaan hylätä”, jos syyttäjän näyttö ei riitä kynnyksen yli.²⁶ *Common law* -oikeudessa tunnetaan prosessin – tavallaan ennenaikaisesti – päättävänä ”*no case to answer*” -menettely, mutta siihen kuuluu kuitenkin vastaajan nimenomainen pyyntö arvioida syyttäjän näyttö heti sen esittämisen jälkeen.²⁷ Onnistuessaan pyynnön toteuttaminen merkitsee, että tuomioistuin jo siinä vaiheessa suorittamansa näytönarvioinnin pohjalta hylkää syytteen ja puolustus siis vapautuu vastanäyttönsä esittämisestä. HD ei selvästikään ole sellaisen menettelyn käyttöönottoa tarkoittanut.

Agnafors viittaa vinoutumien (nk. *confirmation bias*) aiheuttamaan vaaraan. On totta, että ennako-oletukset voivat olla totuuden etsimisessä tuhoisia ja että niiden pukeminen esimerkiksi ”alkuperäistodennäköisyyden” kaapuun niiden hyväksyttäväksi tekemiseksi haittaa totuuden puolueetonta etsimistä. Toisaalta ennako-oletukset palaavat helposti muussa muodossa: ”*Wirf das Vorurteil zur Tür hinaus und es wird zum Fenster wieder hereinkommen*”, on Saksassa varoitettu vanhastaan.²⁸ Lähinnä opiskelijoilla ja joka tapauksessa koeolosuhteissa tehtyjen psykologisten tutkimusten tuloksia ei kuitenkaan voida suoraan siirtää tuomarin arkipäivään hänen oletetuksi menettelytavoikseen. Tuomari ei ole college-opiskelija eikä zombi. Vinoutuma on mahdollinen, mutta tuomarin on tunnettava vaara ja hän voi sen tietoisesti torjua. Tämä unohdetaan säännönmukaisesti, kun psykologian koetuloksia kriittikittömästi yleistetään koskemaan heidän ammattiyötään. Tuomarin professioon kuuluu juuri olla tietoinen tästä vaarasta ja välttää sitä tietoisesti. Lisäksi *Agnafors* viittaa vielä todistustaakan väärrään jakautumiseen, jos parvekemetodia sovelletaan tiukasti. En pysty näkemään tällaisen ongelman syntyä. Puolustuksella on aina ollut ja on int-

25. Taustaoletuksena myös HD:llä näyttää olevan, että joka tapauksessa puolustuksella *on jotakin* näyttöä esitettäväksi. Jos vastaaja on yksin ja tyytyy vain kiistämään syytteen (ja juttu on yksinkertainen), ollaan oikeastaan juuri tilanteessa, jossa tuomioistuin ensimmäisen vaiheen harkinnan jälkeen ratkaisee asian – riittääkö syyttäjän näyttö.

26. Ei käytännön menettelyä kyllä suuremmin käsittele myöskään *Diesen* tuotannossaan kuvaamisessaan tilanteissa, joissa tuomioistuin hänen esittämällään tavalla katsoisi, että syyttäjän näyttö ei ole riittävän *robustia* ja joissa syyte pitäisi hänen mielestään tällä perusteella (heti) hylätä. Tuomioistuin ei voi neuvoa syyttäjää eikä esimerkiksi ryhtyä yksilöimään todisteita, jotka olisivat (olleet) tarpeen.

27. Ks. esim. Adrian Keane – Paul McKeown, *The Modern Law of Evidence*. 11th edition. Oxford University Press 2016, s. 41–44; Paul Roberts – Adrian Zuckerman, *Criminal Evidence*. Oxford University Press 2004, s. 73–77.

28. Ks. esim. Rolf Bender – Armin Nack – Wolf-Dieter Treuer, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*. 3. Auflage, C.H.Beck 2007, s. 23.

ressissä kumota syyttäjän näyttö, esitettiinpä se missä viitekehyksessä tahansa. Parvekemethodin ensimmäinen vaihe on syyttäjän näytön arviointi ja jos näyttö ei ole riittävä, syyte tulee sen mukaan hylätä.

Mellqvistin kritiikki on samantapaista kuin *Agnaforsin*. Molempien pelkoon edellä esiteltäviä vinoumia kohtaan voi mielestäni kuitenkin edelleen todeta sen, että näytön esittämisjärjestys on säännönmukaisesti ollut se, että syyttäjä esittää näyttönsä ensin ja se tulee näin ensi vaiheessa arvioiduksi nopealla harkinnalla joka tapauksessa ennen syytetyn vastaanäytön arviointia. Ehkä tuomarit ovat sitten arkityön tosipaikassa kuitenkin onnistuneet taistelemaan itsensä irti tästä vinoumasta,²⁹ sanokoot psykologiset tutkimukset koehenkilöillä muuta.

5. Lopuksi

Parvekemethodi keskittyy ymmärtääkseni perinteiseen lopullisen todistusharkinnan tilanteeseen eli prosessin siihen vaiheeseen, jossa loppulausunnot on kuultu, laskuja tarkasteltu ja ovi sulkeutunut viimeisen asianajajan jälkeen. Todisteiden harkinta alkaa kuitenkin viimeistään samalla kun niiden vastaanottaminen. Näihin aikaisempiin, ehkä ”nopean ajattelun” vaiheisiin metodia on vaikea sovittaa – puhumattakaan laajasta ja pitkäkestoisesta pääkäsitteystä, jossa eriasteista harkintaa on pakko suorittaa myös ”matkan varrella”.

Jorma Rudanko

29. Mellqvist 2019/20, s. 779 katsoo kysymyksen olevan siitä, miten taitavia tuomarit ovat torjumaan ennakkokäsityksensä: ”*I många fall tror jag att vi är det – men problemet med confirmation bias är att det verkar i det omedvetna.*”

Kokonaisesitys riita-asian oikeudenkäynnistä

Lakimies
7–8/2022
s. 1467–1471

Antti Tapanila

Siviiliprosessi

Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 2021. XIV + 737 sivua.

1. Teoksen näkökulma

Viime vuosina on esitetty useita kriittisiä ja huolestuneita puheenvuoroja suomalaisen siviiliprosessin tilasta. Kritiikkiin onkin aihetta. Esimerkiksi World Justice Project -järjestön 2022 Rule of Law -indeksi osoittaa, että keskeisin epäkohta oikeudenhoidossamme on siviiliprosessin kesto.¹ Tämän vuoksi on hieman yllättävää, että viime vuosina ei ole ilmestynyt riita-asioiden oikeudenkäyntiin ja sen käytännön ongelmiin kohdistuvia yleisesityksiä. Havainto on sitäkin yllättävämpi, kun ottaa huomioon, että oikeudenkäyntimenettelyyn kohdistuvat uudistukset ovat aktivoineet prosessioikeudellista tutkimusta.

Tarkasteltava *Antti Tapanilan* tutkimus on kirjoitettu paikkaamaan tätä epäkohtaa. Teos tulee suureen tarpeeseen ja täyttää aukon Suomen prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa. Tutkimus kohdistuu riita-asian oikeudenkäyntiin yleisissä tuomioistuimissa. Pois on rajattu tuomioistuimen rakenteisiin ja organisaatioon liittyvät kysymykset. Myöskin oikeudenkäynnille vaihtoehtoiset konfliktinratkaisutavat, kuten sovittelu ja välimiesmenettely, jäävät tarkastelun ulkopuolelle. Teos on kirjoitettu ennen kaikkea tuomareille, asianajajille ja muille siviiliprosessin käytännön toimijoille. Se kohdistuu käytännön soveltamistilanteisiin eikä niinkään teoreettiseen siviiliprosessin käsitteenmuodostukseen tai säännösten systematisointiin. Tarkastelu keskittyy siihen, miten riita-asian oikeudenkäynti on mahdollista järjestää tarkoituksenmukaisella ja tehokkaalla tavalla voimassa olevaa prosessilakia noudattaen. Kirjoittaja ilmoittaakin lähtökohdaksi sen, että mikään lainsäädäntömuutos ei tule radikaalisti parantamaan riita-asian oikeudenkäyntiin liittyviä ongelmakohtia, ellei lainkäyttäjillä ole valmiutta kehittää menettelytapojaan.

1. Ks. yksityiskohtaisemmin World Justice Project. Rule of Law Index 2022, s. 83.

2. Sisältö

Käytännönläheisyys tulee ilmi myös teoksen dispositiossa. Lyhyen johdantona toimivan ensimmäisen luvun jälkeen toisessa luvussa käsitellään siviiliprosessin käsitteitä ja periaatteita. Tämän jälkeen tarkastelu etenee kronologisessa järjestyksessä samalla tavalla kuin oikeudenkäynti. Jäsentelyä voi pitää käytännön ongelmatilanteessa tietoa hakevan lukijan kannalta onnistuneena.

Siviiliprosessin funktioita koskevaan keskusteluun kirjoittaja ottaa kantaa toisessa luvussa korostamalla laajaa näkökulmaa. Siviiliprosessi merkitsee jo olemassaolollaan sitä, että yhteiskunnassa on lakiin perustuva mekanismi laillisten oikeuksien toteuttamiseen. Se ylläpitää luottamusta ja takaa yhteiskuntarauhaa. Näin määriteltyä siviiliprosessin yleistä tarkoitusta kirjoittaja nimittää *oikeusvaltiofunktioksi*. Tämä painotus perustelee myös tutkimuksen pyrkimystä tarkoituksenmukaisempien ja tehokkaampien käytännön menettelytapojen omaksumiseen. Kuten kirjassa todetaan, yhteiskunnassa, jossa valtiollinen lainkäyttö menettää uskottavuutensa, voidaan ajautua tilanteeseen, jossa oikeussuojaa on saatavilla mutta vain yksityisesti ja ainoastaan niille, joilla on maksukykyä. Oikeudenkäynnin periaatteista käydään tiiviissä muodossa läpi oikeudenkäynnin kontradiktorisuus, menettelyperiaatteet ja rooliperiaatteet. Myös tässä kirjan teoreettisemmassa luvussa kannanotot pohjautuvat pitkälle kirjoittajan omakohtaisiin kokemuksiin kärjäjätuomarina. Esimerkkinä tästä mainittakoon kontradiktorisuutta koskeva esitys. Sen loppupäätelmä palautuu yleisen määrittelyn sijasta konkreettiseen oikeudenkäyntitilanteeseen: kontradiktorisuuden tosiasiallisen toteutumisen kannalta merkitystä on – passiivisen kuulemisen lisäksi – sillä, että tuomioistuimien aktiivisesti kuuntelee, mitä asianosaisilla on sanottavana. Kirjoittaja luonnehtii siviiliprosessin kommunikaatioksi, jonka osana asianosaiset ajavat asiaansa tuomioistuimissa ja jonka pohjalta tuomioistuimien laatii tuomionsa.

Siviiliprosessin toimijoita koskevassa kolmannessa luvussa käsitellään asianosaisia (3.1), sivullisen osallistumista oikeudenkäyntiin (3.2) sekä asianosaisten edustajia ja avustajia (3.3). Tämän jälkeen siirrytään tarkastelemaan tuomioistuimia ja tuomareita (3.4). Tähän saakka suomalaisessa prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa tuomioistuimia ja tuomareiden asemaa on usein tarkasteltu erillisenä kokonaisuutena, irrallaan muista oikeudenkäynnin toimijoista. Näihin aikaisempiin esityksiin verrattuna kirjoittajan lähestymistapa on paitsi käytännöllisempi myös asianosaiskeskeisempi.

Samana tyypiksi ratkaisuun kirjoittaja on päätenyt myös teoksen neljännessä luvussa. Sen otsikko on siviiliprosessin käynnistäminen. Tässä luvussa keskitytään kanteeseen, vastaukseen ja kumulaatioon liittyvien kysymysten lisäksi myös tiedoksiintoon.

Kirjan viidennen luvun otsikko on oikeudenkäynti kärjäoikeudessa. Sitä voidaan pitää teoksen päälukuna, johon käytännön toimijoiden mielenkiinto eri-

tyisesti kohdistuu. Myös kirjoittaja tiedostaa tämän todetessaan johdantoluvussa, että riita-asian oikeudenkäynnin etulinja on käräjäoikeuden valmisteluvaiheessa, pääasemassa ollaan käräjäoikeuden pääkäsittelyssä, ja hovioikeusvaiheessa varmistetaan selustaa. Viidennessä luvussa tarkastellaan ensin turvaamistoimia, sen jälkeen valmistelua ja lopuksi pääkäsittelyä. Näin muodostuu jälleen selkeä, aikajärjestyksessä etenevä esitys riita-asian oikeudenkäynnistä käräjäoikeudessa.

Tuomioistuinsovitte- luvun omaksumisen johdosta siviiliprosessia sivuavassa tutkimuksessa on lähes koko 2000-luvun ajan keskitytty lähinnä sovitteluun. Sovinnon edistäminen riita-asian oikeudenkäynnissä on kuitenkin siviiliprosessin keskeisimpiä ilmiöitä, ja tämän vuoksi onkin hämmäntävää, kuinka vähän siihen liittyviä kysymyksiä on tarkasteltu. Käytännössä riita-asian oikeudenkäyntiä käräjäoikeudessa ja etenkin valmistelua voidaan nykyisin kuvata ”sovinnon-edistämiskoneistoksi.” Sen vuoksi pitääkin tervehtiä ilolla, että tarkasteltavan teoksen viidennessä luvussa on erillinen jakso (s. 304–313), joka koskee sovinnon edistämistä.

Viime vuosina käydyssä riita-asioiden oikeudenkäynnin epäkohtia koskevassa keskustelussa preklusiota koskevien säännösten väljentämistä on toisinaan pidetty yhtenä siviiliprosessin tehostamiskeinona. Nämä kannanotot ovat ristiriitaisia, kun toisaalta samanaikaisesti on vaadittu prosessinjohton tiukentamista. Käytännön siviiliprosessin valmistelua koskevien havaintojen perusteella voikin tulla myös päinvastaiseen johtopäätökseen. Voidaan kysyä, pitäisikö oikeudenkäymiskaaren preklusiota koskevat säännökset ottaa vakavasti ja saada asianosaiset niiden soveltamisen avulla täyttämään menettelyyn liittyvät velvollisuutensa. Tämän ongelmakentän hahmottamista palvelee erinomaisesti kirjoittajan preklusiota koskeva esitys (s. 320–333). Siinä on myös runsaasti käytännöllisiä neuvoja eri soveltamistilanteita varten.

Eräs suurimmista oikeudenkäymiskaaren (OK) siviiliprosessiin liittyvistä rakenteellisista ongelmista on se, että OK 5:3:n mukaisella summaarisella haastehakemuksella vireille pannut asiat ohjautuvat riitautuessaan samanlaiseen prosessiin kuin laajat riita-asiat. Usein näissä tapauksissa on kyse oikeudenkäyntiaineistoltaan suhteellisen suppeista asioista. Niille on myös tyypillistä, että niissä on laajoja riita-asioita useammin vastaajana yksityishenkilö, joka ei ole hankkinut itselleen lainoppinutta avustajaa. Haastehakemuksen summaarisuus, siinä vedotun todistelun suppeus ja juristiavustajan puuttuminen vastaajalta ovat myös omiaan johtamaan siihen, että summaarisena vireille tulleissa velkomusasioissa joudutaan usein pohtimaan yhtäältä yksipuolisen tuomion antamisen edellytyksiä ja toisaalta takaisinsaannin kriteereitä. Kirjoittaja näyttää tiedostaneen myös mainitut käytännön ongelmat, ja valmistelua koskevan alajakson lopuksi käsitellään erikseen yksipuolista tuomiota ja takaisinsaantia (s. 333–343). Jakso niveltyy hyvin jatkoksi preklusiota koskevaan esitykseen ja kirjoittajan siviiliprosessin tehostamista koskevaan tavoitteeseen, onhan vastaajaan kohdis-

tuva yksipuolinen tuomio keskeinen siviiliprosessuaalinen laiminlyöntisanktio preklusion ohella (s. 333, av. 232).

Todistelua koskeva kuudes luku on sivumäärän (s. 374-510) perusteella toinen teoksen pääluvuista. Siinä kiinnittää huomiota mm. todisteiden torjumista OK 17:8:n nojalla koskeva jakso. Se palvelee kirjoittajan tavoitetta tehostaa menettelyä voimassa olevaa prosessilakia noudattaen. OK 17:8:ssä on lueteltu tyhjentävästi ne tilanteet, joissa tuomioistuin voi evätä asianosaisen nimeämän todisteen. Kirjoittaja toteaa tiivistetysti, että säännöksessä mainitut tilanteet liittyvät todisteen tarpeettomuuteen tai prosessiekonomisiin näkökohtiin. Hän korostaa, että tarkoituksenmukaisuuteen perustuva säännös todisteen torjumiseksi tarkoittaa tuomioistuimen velvollisuutta torjua todisteet, jotka eivät liity riitaisten kysymysten selvittämiseen. Käytännöllisenä neuvona on se, että toisinaan tehokkaampi tapa tarpeettoman todistelun karsimiseksi voisi olla se, että tuomioistuin ilmoittaisi tarpeettoman todistelun johtavaan oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuuden tarkastelemiseen lopputuloksesta riippumattomasti, jos todistelu on lisännyt asian käsittelystä kertyviä kuluja (s. 423-424). Toinen käytännöllinen neuvo koskee samasta todistusteemasta nimettyä päällekkäistä todistelua. Kirjoittaja esittää, että tällaisessa tilanteessa tuomioistuin voi jättää asianosaisen valittavaksi, mitkä nimetyistä todisteista esitetään, ja ilmoittaa vain rajaamisen laajuuden (s. 424).

Seitsemännessä luvussa käsitellään oikeudenkäyntikuluja. Tarkastelun ulkopuolelle on rajattu oikeusapuun ja oikeusturvavakuutukseen liittyvät seikat. Kirjoittajan kannattaisi ehkä jatkaa nyt tarkasteltavana olevan tutkimuksen kaltaista tutkimussuuntausta kirjoittamalla käytäntöihin keskittyvän kirjan myös rikosprosessista. Siihen voisi sisällyttää selvitykseen oikeusapuun ja oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (ROL) mukaisiin puolustajan- ja avustajanmääräyksiin liittyvistä oikeudenkäyntikulujen korvaustilanteista. Tällaisesta selvityksestä olisi suuri apu paitsi käräjäoikeuksien lainkäyttötoiminnassa myös käräjänotaareiden koulutuksessa.

Tutkimuksen kahdeksas luku koskee tuomioistuimen ratkaisua. Siinä käsitellään ratkaisujen lajeja, ratkaisujen sisältöä, menettelyä ratkaisua annettaessa, tuomion korjaamista ja täydentämistä sekä ratkaisun oikeusvoimaa. Ratkaisujen sisältöä koskevan jakson tärkein osa kohdistuu perusteluihin. Tekstiä elävöittää kritiikki niin KKO:n ratkaisujen epäonnistuneita perusteluja (ratkaisut KKO 2018:50 ja 2016:10) kuin käräjäoikeuksien tuomion antamisessa noudattamia käytäntöjäkin kohtaan. Viimeksi mainitusta teemasta kirjoittaja toteaa, että tuomioistuimet antavat riita-asioissa pääsääntöisesti tuomiot kansliassa eikä OK 24:8.2:ssa säädetyn 14 päivän määräajan ylittäminen ole epätavallista. Kirjoittajan johtopäätöksen mukaan käytäntö kertoo siitä, että tuomion laatimisen ja perustelemisen lähtökohdat on ymmärretty väärin eivätkä tuomioistuimet ole kyenneet soveltamaan tuomion laatimisessa tarkoituksenmukaisia työmenetelmiä. Käräjäoikeuksien käytäntöjä tuntevan on helppo yhtyä arvosteluun.

Kansliatuomioiden yleisyyteen ja pitkiin tuomioiden antamisaikoihin liittyvät epäkohdat ovat tuomarikunnan tiedossa. Tästä huolimatta tuomioistuinten edustajat mielellään vaikenivat ongelmista. Jos niitä käsitellään, lääkkeeksi tarjotaan yleisesti lainsäädännön muuttamista eikä voimassa olevan OK:n noudattamista.

Muutoksenhakuoikeutta käsittelevässä yhdeksännessä luvussa ylimääräinen muutoksenhaku on rajattu käsittelyn ulkopuolelle. Myös tässä luvussa on OK:n edellyttämien tehokkaiden menettelytapojen erittelyn ohella kiinnitetty huomiota käytännön epäkohtiin. Kirjoittaja toteaa muun muassa, että hovioikeuksille tehtävissä valituksissa toistuvat vastaavanlaiset virheellisyydet kuin käräjäoikeuksille toimitetuissa kanteissa ja vastauksissa, ja yleisesti ottaen valmistelusta vastaavan jäsenen rooli hovioikeudessa kaipaisi terävöittämistä. Hyvin perustellulta tuntuu myös johtopäätös, jonka mukaan hovioikeuksien käsittelyaikojen pidentymistä ja ratkaisun laatimiseen käytetyn ajan pitkittymistä voi pitää aitona siviiliprosessia koskevana ongelmana.

3. Yhteenveto

Antti Tapanila on kirjoittanut hienon kirjan siviiliprosessista. Teoksessa ei peitellä sitä, että oikeudenkäymiskaassa riita-asioiden oikeudenkäynnille asetetut tavoitteet jäävät monilta osin toteutumatta siviiliprosessin toimijoiden nykyisin noudattamien virheellisten käytäntöjen vuoksi. Teoksen jäsentely on selkeä ja sen ansiosta käytännön tulkintaohjeita etsivän on helppo päästä tiedon lähteelle. Tutkimus sisältää runsaasti käyttökelpoista tietoa tulkintaongelmista. Se on myös rehellinen ja rohkea analyysi suomalaisen riita-asioiden oikeudenkäynnin tilasta tällä hetkellä. Kirjaa voikin suositella kaikille siviiliprosessista kiinnostuneille.

Matti Kuuliala

Euroopan integraatio, Weimarin aave ja demokraattisten voimien ehdyttäminen

Lakimies
7–8/2022
s. 1472–1476

Michael A. Wilkinson

Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe

Oxford: Oxford University Press 2021. XVI + 335 sivua.

Kysymys demokraattisen kansansuvereniteetin asemasta kuuluu valtiosääntöoikeuden avaintempeihin. Yhtäältä valtiosääntö konstituoii kansan suvereenina poliittisena subjektina, toisaalta se purkaa tämän suvereniteetin asettamalla reunaehdot demokraattiselle tahdolle. Se, millaisen muodon tämä jännite on eri konteksteissa saanut, on ollut yksi historiallisesti virittyneen politiikan teorian ja valtiosääntöfilosofian peruskysymyksistä.

Euroopan integraatio on yksi keskeinen kehityskulku, joka on valtiosääntöisesti muovannut demokratian asemaa Euroopassa toisen maailmansodan jälkeen. *Michael A. Wilkinsonin* *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe* on historiallinen tulkinta niistä muuttuvista tavoista, joilla integraation voidaan nähdä rajoittaneen poliittisen järjestelmän demokraattista perustaa. Teoksen lähtökohtana on integraation jäsentäminen *Hermann Helleriltä*¹ periytyvän *autoritäärisen liberalismin* käsitteen valossa. Käsitteellä Heller kuvasi kriittisesti ennen kaikkea Weimarin tasavallan myöhäisvaiheen politiikkaa sekä *Carl Schmittin*² ajatuksia talouden ja politiikan suhteesta. Heller viittaa käsitteellä vahvaan eli autoritäärisen valtion, jonka tehtävänä on suojata liberaalin talous- ja markkinajärjestelmän vakautta demokraattisilta ja sosiaalivaltiollisilta väliintuloilta.

Wilkinsonin tukeutuminen autoritäärisen liberalismiin ideaan perustuu sekä idean alkuperäiseen historialliseen syntykontekstiin että sen merkityssisältöön. Käsitteen historiallinen synty Weimarin tasavallan aikoihin ei ole sattumaa. Vuoden 1930 ympärillä Weimarin yhteiskunnallista epävakautta selitettiin laajasti demokraattisten enemmistövoimien kasvulla – sen sijasta, että epävakauden olisi nähty seuranneen talousjärjestelmän itsensä alttiudesta kriisiytyä. Samoin kansallissosialistisen liikkeen esiinmarssia hahmotettiin demokraattisten enemmistövoimien tuotteena. Toisin kuin esimerkiksi *Karl Polanyin*³ analyysissä, kansallissosialismia ei näissä tulkinnoissa nähty niinkään vastaliikkeenä markkinoiden määräävälle yhteiskunnalliselle asemalle kuin seurauksena massademokraattisen enemmistövallan käytöstä, mikä osittain vastasi muiden muassa *Friedrich A.*

1. Hermann Heller, *Autoritärer Liberalismus*. Die neue Rundschau 44 1933, s. 289–298.

2. Carl Schmitt, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft* [1932], s. 71–94 teoksessa Carl Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969*. Duncker & Humblot 1995.

3. Karl Polanyi, *Suuri murros. Aikakautemme poliittiset ja taloudelliset juuret* [1944]. Suom. Natasha Vilokkinen. Vastapaino 2009, s. 373–408.

Hayekin tulkintaa vahvasta demokratiasta polkuna totalitarismiin.⁴ Wilkinsonin tulkinnan mukaan tämä hahmotustapa sai keskeisen aseman toisen maailmansodan jälkeen. Koska Weimarin kriisit sekä kansallissosialistiset ja fasistiset liikkeet Euroopassa näyttäytyivät massademokratiasta johtuvina ylilyönteinä, muodostui kohtalonkysymykseksi, millaiset poliittiset järjestelmät ja oikeudelliset instituutiot voisivat suojata liberaalia yhteiskuntaa siltä, mikä miellettiin demokraattisen vallankäytön liiallisuudeksi.⁵ Weimarin tasavallan aave määritteli siten sodanjälkeistä kehitystä, ja autoritäärisen liberalismien perintö säilytti merkityksensä oikeudellisten järjestelmien jälleerakentamisvaiheessa.

Syntykontekstinsa ohella autoritäärisen liberalismien käsite on Wilkinsonille olennainen, koska se kuvaa politiikan ja talouden suhdetta tavalla, joka on Euroopan integraation kannalta merkityksellinen. Demokratian rajoittaminen ei kirjassa palaudu esimerkiksi demokratian ja perusoikeuksien ristivetoiseen keskinäisyyteeseen. Avainasemassa onkin demokratian ja markkinajärjestelmän välinen laajempi jännite. Autoritäärisen liberalismien lähtökohtana on liberaalin talousjärjestelmän suojaaminen demokratialta. Tässä mielessä se tarkoittaa demokraattisten voimien taltuttamista määrätyn sosio-ekonomisen järjestelmän hyväksi. Keskeinen rooli demokraattisen ja kollektiivisen poliittisen toimijuuden horjuttamisessa oli oikeudella. Wilkinsonin tulkinnassa liberaalin talousjärjestelmän valtiosääntöinen suojaaminen oli olennainen osa toisen maailmansodan jälkeistä vastareaktiota demokraattisille voimille, mikä näkyi myös kansallisissa valtiosäännöissä. Tässä teoksen painotus poikkeaa tietoisesti tulkinnoista, jotka korostavat, että toisen maailmansodan jälkeinen demokraattinen kapitalismi ja siihen kuuluva interventio-nistis-keynesiläinen sosiaalivaltio heijastivat politiikan laajasti hyväksytyä ensisijaisuutta suhteessa talouteen.⁶ Markkinajärjestelmää demokratialta suojaava ja taloutta depolitisoiva taipumus ei myöskään ollut ainoastaan saksalaisen ordoliberaalin talousfilosofian⁷ piirre vaan ylitti kansalliset rajat. Kysymys oli siten laajasta ja jaetusta poliittisesta mentaliteetista, joka kehysti valtiosääntöistä ajattelua. Vaikka teos ei täysin sivuutakaan poliittisen ilmapiirin moninaisuutta, on syytä terävöittää, että kollektiivisesti yksituumaisten poliittisten intentioiden jälkikäteinen rakentaminen tutkimuksessa on alitis painotusharhalle, joka voi hämärtää poliittisen todellisuuden moniäänisyyttä ja ristivetoisuutta.

4. Friedrich A. Hayek, *The Road to Serfdom* [1944]. Routledge 2001.

5. Ks. tästä tulkintakehyksestä ennen kaikkea Jan-Werner Müller, *Contesting democracy: political ideas in twentieth-century Europe*. Yale University Press 2011.

6. Poliittikan ensisijaisuudesta ks. Sheri Berman, *The Primacy of Politics. Social Democracy and the Making of Europe's Twentieth Century*. Cambridge University Press 2006.

7. Ordoliberaaleilla taipumus esiintyi selkeänä melko varhain. Ks. esim. Walter Eucken, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*. *Weltwirtschaftliches Archiv* 36 1932, s. 297–321.

Wilkinsonin hahmotuksessa varhainen Euroopan integraatio oli kansallisten valtiosääntöperinteiden jatkumoa. Katkoksettomuuden ajatusta tutkimukset ovatkin korostaneet pitkään.⁸ Toisin kuin analyyseissä, joissa integraatio ajatellaan yksinomaan kansallisvaltion vastavoimaksi, valtiosääntöistä ja poliittista jatkuvuutta korostavissa tulkinnoissa integraatio nähdään ylikansallisen järjestäytymisen muodoksi, jossa kansallisesti määräytyneitä lähtökohtia voidaan toteuttaa täysimääräisemmin kuin puhtaasti kansallisissa järjestelyissä.⁹ Vaikka eurooppalaisen tason oikeus asettaa rajoitteita kansalliselle politiikalle, Euroopan integraatio saa oikeutuksensa ja mandaattinsa siitä, että se toteuttaa sellaisia materiaalisia tavoitteita, jotka viime kädessä juontuvat kansallisista traditioista ja toisen maailmansodan jälkimainingeissa muotoutuneesta konstitutionalistisesta yhteisymmärryksestä. Integraatio ei siten ongelmattomasti jäseny kansallisen ja eurooppalaisen tason vastakkainasetteluna, vaikka monet integraatiokriittiset liikkeet lähtevätkin tästä karkeasta asetelmasta.

Wilkinsonin analyysi poikkeaa monista jatkuvuutta painottavista hahmotuksista siinä, kuinka se tulkitsee aikakauden valtiosääntöistä orientaatiota. Toisen maailmansodan jälkeinen konsensus on usein hahmotettu pyrkimykseksi turvata demokraattisen sosiaalivaltion edellytykset. Osana tätä konsensusta on pidetty, että ylikansallisen talousintegraation ei tule johtaa talouden demokraattisen kontrollin menettämiseen, mitä *John G. Ruggie* on kutsunut varaukselliseksi liberalismiksi (*embedded liberalism*).¹⁰ Useissa tulkinnoissa Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten on nähty tukevan tätä sosio-ekonomista mallia. Osa tutkimuksesta puolestaan on painottanut, että perustamissopimukset ovat olleet neutraaleja ja moniäänisiä sopimuksia, jotka ovat jättäneet varsinaisen sosio-ekonomisen suuntauksen avoimeksi ja myöhemmän integraation ratkaisutavaksi.¹¹ Wilkinsonin näistä poikkeavan luennan mukaan aatemaailma Euroopan yhteisöjä perustettaessa tähtäsi ennen kaikkea talouden vapauttamiseen demokraattisesta hallinnasta. Talouden depolitisointi löysi yhden toteutumipaikan eurooppalaisesta oikeusjärjestelmästä, joka antoi kansallista oikeutta vahvemman suojan demokraattista väliintuloa vastaan. Taloudelliset vapaudet sisämarkkinoiden takeena ja kilpailuperusteisen markkinatalouden turvaaminen kilpailuoikeudella ovat tästä puhdaspiirteisimpiä esimerkkejä. Siinä missä tutkimukset usein painottavat, että Euroopan integraatiossa – osana globaalia poliittisen talouden muutosta – tapahtui uusliberaali käänne 1970-luvun lopulta alkaen, ei kysymys teoksen mukaan ollut varsinaisesta suunnanmuutoksesta.

8. Yksi tämän tulkinnan tunnetuista esimerkeistä on Alan S. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*. Routledge 1992.
9. John Erik Fossum – Agustín José Menéndez, *The Constitution's Gift. A Constitutional Theory for a Democratic European Union*. Rowman and Littlefield 2011.
10. John G. Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*. *International Organization* 36 1982, ss. 379–415.
11. Clemens Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*. Hart 2016.

Muutos oikeamminkin tarkoitti sellaisen taloutta demokratialta suojaavan taipumuksen syventymistä, joka oli ollut mukana integraation alusta asti, vaikkakin muotoaan muuttaen. Wilkinsonin tulkinnassa taipumus demokraattisten voimien ehdyttämiseen näkyi Maastrichtin sopimuksen jälkeen integraation irtautumisena kollektiivisesta demokraattisesta toimijuudesta ja radikalisoitui 2010-luvun talouskriisin eurooppalaisessa hallinnassa, joka autoritäärisen liberalismiin muodossa patosi demokraattista liikkumatilaa.

Wilkinsonin teoksessa on kaksi piirrettä, jotka ovat merkityksellisiä erityisesti eurooppaoikeuden valtiosääntöiselle tutkimukselle. Ensinnäkin kirja antaa keskeisen painoarvon sille, että oikeudelliset järjestelmät eivät ole sosio-ekonomiselta suuntautumiseltaan neutraaleja, vaan ne toteuttavat aineellisesti määriteltyjä käsityksiä ideaalista yhteiskuntajärjestyksestä ja talouden järjestämisen tavoista. Tässä mielessä ne sisältävät oman poliittisen filosofiansa esimerkiksi talouden ja politiikan suhteesta sekä markkinajärjestelmän asemasta sosio-ekonomisen todellisuuden organisoimisen tapana. Vaikka tämän seikan toteaminen voi kuulostaa banaalilta, tällainen näkökulma uupuu isosta osasta integraation oikeudellista tutkimusta. Kun integraatiota tarkastellaan esimerkiksi kansallisen oikeuden ja eurooppaoikeuden muodollisen keskinäissuhteen tai jäsenvaltioiden tuomioistuinten ja Euroopan unionin tuomioistuimen oikeudellisen tulkinta-auktoriteetin näkökulmasta, kysymykset oikeuden suhteesta taloudellisiin, sosiaalisiin ja poliittisiin maailmankuviin jäävät usein katveeseen. Seurauksena on tutkimusta, joka on valtiosääntöisten rakenteiden muodollisessa analyysissä tarkkaa mutta aliviritettyä tunnistamaan näiden rakenteiden sosiaalis-taloudellisia liitännäisyyksiä. Olipa Wilkinsonin suuren kertomuksen osuvuudesta mitä mieltä tahansa, hänen teoksensa toimii yhtenä esimerkkinä siitä, kuinka valtiosääntöisen muutoksen tutkiminen voidaan mielekkäästi yhdistää poliittisen talouden sekä poliittisten ja sosiaalisten suhteiden analyysiin.

Teoksen toinen piirre, joka on keskeinen valtiosääntöiselle tutkimustavalle, liittyy läheisesti ensimmäiseen. Euroopan integraatiota hahmotetaan teoksessa sen muutoksena, mitä Wilkinson kutsuu materiaaliseksi konstituutioksi (*material constitution*). Teoksessa tämä valtiosääntöisesti relevantti yhteiskunnallinen kerrostuma jää valitettavan aliteoretisoiduksi.¹² Se viittaa sosiaalis-taloudelliseen todellisuuteen, jonka tuotetta muodolliset valtiosäännöt kirjoitetuine normeineen ovat ja jota viimeksi mainitut vastavuoroisesti muovaavat. Materiaaliseen konstituutioon kuuluvat muun ohella valtion ja yhteiskunnan suhdetta jäsentävät instituutiot, jotka tulee ymmärtää näiden instituutioiden muodollis-oikeudellista rakennetta laajemmin; yksilöiden ja ryhmien sosiaaliset suhteet, joiden merkitys voi perustua esimerkiksi niiden solidaariseen tai konfliktuaaliseen luonteeseen;

12. Materiaalisen konstituution laajemmasta käsitteellis-teoreettisesta analyysistä ja historiallisesti erilaisista painotuksista, ks. Marco Goldoni – Michael A. Wilkinson, *The Material Constitution*. *Modern Law Review* 81 2018, s. 567–597.

poliittiset tarkoitukset ja päämäärät, jotka antavat kirjoitetuille valtiosääntönormeille merkityssuunnan ja hyväksynnän. Valtiosääntöiselle tutkimustavalle olennaista on, että materiaallinen konstituutio voisi olla yksi käsite, jonka avulla formaalimmin asemoitunut tutkimus voisi pyrkiä hahmottamaan valtiosäännön yhteiskunnallis-kontekstuaalisia sidoksia ja kokonaisvaltaista muutosta. Vaikka tällainen tutkimus katsoisi muodollista valtiosääntöä kauemmas, materiaaliseen konstituutioon keskittymällä se kuitenkin pitäytyisi oikeudelle välittömästi relevanteissa ilmiöissä. Teoksen analyysi integraatiohistoriasta antaa yhden esimerkin siitä, kuinka merkittäviä valtiosääntöön kiinnittyvät siirtymät voivat olla, vaikka ne eivät täysimääräisesti ilmenisikään muutoksina kirjoitetussa valtiosäännössä.

Euroopan integraation pitkäaikaiskehityksen kuvaaminen autoritäärisen liberalismin valossa tekee Wilkinsonin tulkinnasta näkemyksellisen analyysin. Vaikka autoritäärisen liberalismin käsite nousi keskeiseksi näkökulmaksi integraatioon 2010-luvun talouskriisin aikaan¹³ – aikaan, jolloin talouden epävakaus palautti mieliin Weimarin olosuhteet –, sillä voidaan hahmottaa integraation varhaisempiakin vaiheita. Lisäksi, kuten käsitteen alkuperäkin osoittaa, sen avulla on mahdollista ymmärtää myös kansallisten poliittisten järjestelmien kehitystä. Tämä onkin yksi Wilkinsonin teoksen tärkeistä näkökulmista: siinä eurooppalainen oikeus ei viittaa ainoastaan ylikansalliseen oikeuteen vaan kansallisten oikeusjärjestelmien ja Euroopan integraation tuottaman oikeuden kokonaisuuteen. Koska toisen maailmansodan jälkeiset läntiset taloudet ovat toteuttaneet sosio-ekonomisissa järjestelmissään selkeästi sekä autonomisesti suuntautuneen markkinakapitalismin että sosiaalis-demokraattisen interventionismin piirteitä, valottuvat nämä järjestelmät historiallisesti muuttuvine painotuksineen mielekkäästi monenlaisten talouden ja politiikan teorioiden läpi. Oikeudellisessa tutkimuksessa autoritäärisen liberalismin ja materiaalisen konstituution ideat voivat auttaa hahmottamaan, millainen muuttuva rooli oikeudella on talouden ja politiikan sekä markkinoiden ja demokratian suhteen muovaajana.

Jussi Jaakkola

13. Ks. European Law Journalin tälle näkökulmalle omistama teemanumero 21(3) vuodelta 2015.

Vuoden 2022 palkinnot ja apurahat

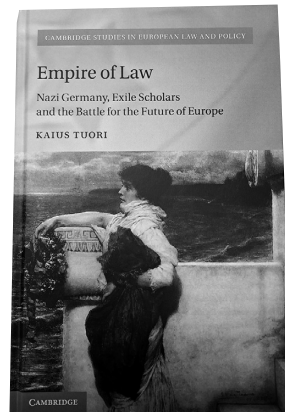
Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Oikeuskulttuurin päivää juhlittiin Säätyalossa perjantaina 11.11.2022. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen hallinnoimista rahastoista jaettiin palkintoja ja apurahoja yhteensä 297 403 euroa. Vastaava luku vuotta aiemmin oli 204 676 euroa. Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiö jakoi elokuussa 2022 yhteensä 166 598 euroa. Yhteensä palkintoja ja apurahoja jaettiin kaikkiaan 464 001 euroa. Yhdessä Laitisen säätiön kanssa Suomalainen Lakimiesyhdistys on suurin oikeustieteen tutkimusrahoittaja.

Ministeri, molempien oikeuksien tohtori K. G. Idmanin palkinto professori Kaius Tuorille

Palkinto jaetaan joka kolmas vuosi parhaasta pohjoismaissa viimeisen kolmen vuoden aikana julkaistusta kansainvälisen oikeuden tai kansainvälisen yksityisoikeuden tutkimuksesta. Palkinto myönnettiin professori *Kaius Tuorille* teoksesta ”Empire of Law. Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe” (Cambridge University Press, 2020). Palkinto on 12 500 euroa.

Teos on erityisen ansiokas hyvinkin monella tavalla tarkasteltuna. Se on erityisen sujuvasti ja kiinnostavasti kirjoitettu, mikä tulee laajentamaan teoksen vaikutuspiiriä oman alansa ulkopuolelle. Se on paitsi oppinut, myös kriittinen esitys ja se tuo selvästi uutta omalle alalleen. Kyse on myös merkittävästä puheenvuorosta eurooppalaiseen keskusteluun.

Teos on kunnianhimoinen yritys tarkastella sitä, miten sodanjälkeisessä Euroopassa syntyi käsitys Euroopan yhteisestä oikeudellisesta perinteestä, jonka avulla torjuttiin niin kansallissosialistisen Saksan natsismi kuin Neuvostoliiton edustama sosialistinen perinne. Erityinen huomio kohdistetaan tapoihin, joilla roomalainen oikeus saatiin palvelemaan tätä tavoitetta. Merkittävien saksalaisten oikeustieteilijöiden ja roomalaisen oikeuden tuntijoiden tilanteet ja kohtalot poikkesivat toisistaan olennaisesti. Jotkut heistä joutuivat natsihallinnon vainon kohteeksi ja pakenivat maasta, toiset taas myötälivätkä natsihallintoa ja joutuivat sodan loputtua kohtaamaan natsihallinnon romahtamisen vaikutukset. Sinänsä kansallissosialistisessa ohjelmassa haluttiin kiistää Saksan oikeuden yhteys roomalaiseen oikeuteen.



Teoksessa otetaan esille se muutos, jonka maanpakolaisuus aiheutti tutkimuksen kohteiksi valikoitujen oikeustieteilijöiden tavassa jäsentää oikeutta ja yhteiskuntaa, ja osoitetaan, miten näiden kokemusten myötä sodanjälkeisessä Euroopassa muokattiin käsitystä Euroopan yhteisestä oikeudellisesta perinteestä. Näin torjuttiin niin kansallissosialistisen Saksan natsismi kuin Neuvostoliiton edustama sosialistinen perinne.

Samalla tutkimus osoittaa sen, ettei Euroopan sodanjälkeisen uuden alun taustalla ollutkaan niin yhtenäistä käsitystä jaetusta historiasta kuin myöhemmin totuttiin ajattelemaan. Tällaista näkemystä on myös oikeushistorioitsijoiden keskuudessa viljelty. Tuori hyödyntää jo väitöskirjassaan esitettyä ajatusta siitä, että roomalaisen oikeuteen viittaamisella tavoiteltiin aina jotakin, sillä siinä oli aina myös jotain keinotekoisia ja poliittista, eikä kyse ollut neutraalista historian faktojen selvittämisestä.

Tuorin teos on merkittävä ja itsenäinen puheenvuoro paitsi tuohon murrosvaiheen oikeushistoriaan, myös niihin perusteisiin, joille myöhempi käsitys Euroopan yhtenäisestä oikeushistoriasta ja siinä ilmenevästä jatkuvuudesta rakentui.

Teoksessa käsitellyt teemat nousevat erityisen ajankohtaisiksi tällä hetkellä. Venäjän sota Ukrainassa ja voimistuva autoritaarinen hallinto Venäjällä heijastuu Eurooppaan, jonka yhtenäisyyttä sota on vahvistanut, mutta myös Venäjään itseensä, jossa oikeustieteilijätkin jälleen kohtaavat vainoa ja osa saattaa joutua pakenemaan maasta. Tässä yhteydessä hekin, kuten nyt palkitun teoksen päähenkilöt aikanaan, joutuvat kohtaamaan vähintään sen kysymyksen, miten heidän tulisi oikeudesta ja valtiosta ajatella.

Vuoden 2021 väittelijän palkinto oikeustieteen tohtori Mirka Kuismalle

Palkinto myönnettiin väitöskirjasta ”Confronting Realities with the Legal Rule: On Why and How the European Court of Justice Changes Its Mind”. Monografiaväitöskirja tarkastettiin Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa 7.5.2021. Palkinto on 5 000 e.

Mirka Kuisma käsittelee väitöskirjassaan oikeuden jatkuvuuden ja muutoksen jännitettä unionin tuomioistuimen (aikaisemmalta nimeltään yhteisöjen tuomioistuimen) ratkaisujen kautta. Kuisma kysyy, miksi ja miten unionin tuomioistuin muuttaa mieltään. Tutkimusaihe on ilmeisen tärkeä. Unionin tuomioistuin käyttää merkittävää valtaa



SLY / Jani Laukkanen

staattisen, usein jopa tarkoituksellisen tulkinnanvaraisen EU-lainsäädännön ja muuttuvan yhteiskuntatodellisuuden välissä, perussopimuksissa saamansa toimivallan rajoissa. Jäsenvaltioiden lainsäätäjien ja tuomioistuinten on mukauduttava ratkaisulinjojen muutoksiin unionin tuomioistuimen sitovan laintulkinnan seurauksena. Unionin tuomioistuimen vakiintuneetkaan doktriinit eivät ole immuuneja muospaineille.

Kuisma tarkastelee syitä niin ratkaisulinjojen muuttamiselle kuin niiden muuttamattomuudelle. Samalla avautuu mahdollisuus arvioida unionin tuomioistuimen käsitystä itsestään vallankäyttäjänä. Kuisma selvittää myös, miten unionin tuomioistuin viestii doktriiniansa muutoksista.

Kuisman väitöskirja erottuu aikaisemmista näitä muutoksia käsittelevistä tutkimuksista laajuudellaan ja perusteellisuudellaan. Väitöskirjan erityisiin vahvuuksiin kuuluu tutkimusmenetelmien kehittäminen. Kuisma sulauttaa tutkimukseensa teoreettisia lähtökohtia skandinaavisesta oikeusrealismista, institutionaalista oikeusteoriasta ja sosiaalisesta konstruktivismista. Aiheen tarkastelu näistä lähtökohdista ei luonnollisesti voi olla tiukan oikeuspositivistista. Tarkastelu etenee unionin tuomioistuimen ratkaisutoiminnan luonteesta tuomioistuimen oman muutosdoktriinin rekonstruointiin ja edelleen tuomioistuimen ratkaisulinjojen muutoksen kontekstuaaliseen analyysiin neljässä tapaustudkimuksessa. Kuisma hallitsee menetelmänsä erinomaisesti ja vastaa niiden avulla tutkimuskysymyksiin. Tarkastelutapaa ja argumentaatiota luonnehtivat syvällisyys ja ajattelun kypsyyt.

Kuisman väitöskirja edustaa vahvasti kontekstuaalista eurooppaoikeuden tutkimusta. Se hakee unionin tuomioistuimen mielen muutosten vaikuttimia yhteiskunnan ja sosiaalisen toimintaympäristön muutoksista sekä selvittää, miten ratkaisulinjojen muutoksista tai muuttumattomuudesta on viestitty laajemmalle oikeusyhteisölle, sidosryhmille ja kansalaisyhteiskunnalle. Väitöskirja palvelee yleistäkin tiedonintressiä muun ohella avaamalla kriittisen näkökulman siihen, miten mahdolliset puutteet ratkaisulinjojen muutoksista kertomisessa voivat vaikuttaa tuomioistuimen uskottavuuteen ja sen toiminnan vaikuttavuuteen. Kuisma ei ainoastaan kuvaa tärkeää ilmiötä vaan esittää havaintojensa pohjalta normatiivisen ja tieteellisesti perustellun kannanoton siitä, miten ratkaisulinjojen muutoksia tai muuttumattomuutta voitaisiin perustella ja viestiä paremmin yleisölle. Kysymys on lopulta tuomioistuintoiminnan ja EU:n legitimitetistä.

Lakimies-aikakauskirjan kirjoittajapalkinnot (à 3 000 e)

– Lakimies-aikakauskirjan kirjoituspalkinto parhaasta vuonna 2021 julkaistusta kirjoituksesta myönnettiin OTT *Maija Dahlbergille* kirjoituksesta ”Perustuslakivaliokunnan valiokuntaneuvosten rooli perustuslainmukaisuuden valvonta-

järjestelmässä – valiokunnan työrukkanen vai merkittävä vallankäyttäjä?” (LM 5/2021).

– Lakimies-aikakauskirjan nuorten kirjoittajien palkinto myönnettiin OTM *Jalo Vatjus-Anttilalle* kirjoituksesta ”Tunnustukseen perustuva esitutkinnan rajoittaminen ja syyttämättä jättäminen toimenpiteistäluopumisjärjestelmän uudenkaltaisten tavoitteiden ilmentäjänä” (LM 6/2021).

Oivallisten OTM-tutkielmien palkinnot (à 2 000 e) vuonna 2021 valmistuneista tutkielmista

– OTM *Lotta Länsmanille* Helsingin yliopistosta velvoiteoikeuden tutkielmasta ”Ostajan reklamaatiovelvollisuus laatuvirheestä kiinteistön kaupassa”

– OTM *Tuuli Oikariselle* Helsingin yliopistosta ympäristöoikeuden tutkielmasta ”EU:n päästökauppajärjestelmän ilmaisjako ja sen yhteensopivuus hiilitullin kanssa”

– OTM *Sonja Vileniukselle* Turun yliopistosta ympäristöoikeuden tutkielmasta ”Kaivossopimukset vaihtoehtona paikallisyhteisön ja kaivosyhtiön välisen suhteen sääntelyyn”

– OTM *Tuomas Puotiniemelle* Lapin yliopistosta oikeusinformatiikan tutkielmasta ”Digitaaliset objektit ja varallisuus-oikeuden yleiset opit – tutkimus digitaalisten objektien ontologisista perusteista ja systeemikytköksistä varallisuus-oikeuden järjestelmään”

– OTM *Mira Koposelle* Itä-Suomen yliopistosta kauppaoikeuden tutkielmasta ”Copyright Exceptions and Internet Memes: A Comparative Study of Finland and the United States”

Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen tutkimusrahastosta ja Ministeri, molempien oikeuksien tohtori K. G. Idmanin rahastosta myönnetyt apurahat

Post doc -apuraha

– OTT, dosentti *Marja Luukkonen Yli-Rahmastolle* Helsingin yliopistosta siviilioikeudelliseen tutkimukseen lakiin kirjoittamattomista velvoiteoikeuden yleisistä opeista. Apuraha myönnettiin kolmeksi vuodeksi (à 30 000 e).

Väitöskirja-apurahat kokopäiväiseen tutkimustyöhön (à 24 475 e)

- M.I.C.L., B.Sc. *Juho Aallolle* Turun yliopistosta yhdenvertaisuusoikeuden väitöskirjatutkimukseen ”Oikeudellisen ajattelun kaksijakoisuuden haastaminen uusmaterialismin näkökulmasta sukupuolten ja seksuaalisuuden konteksteissa”
- OTM *Kim Hakalalle* Kim Helsingin yliopistosta kansainvälisen yksityisoikeuden ja oikeusvertailun väitöskirjatutkimukseen ”Europeanization and the Confluence of Private International Law and European Law”
- LL.M. *Ferdinando La Placalle* Turun yliopistosta valtiosääntöoikeuden väitöskirjatutkimukseen ”Populism, constitution, and democracy. A comparative analysis of the populist phenomenon and the constitutional and European instruments in defence of democracies”
- OTM *Samuli Melartille* Turun yliopistosta kauppaoikeuden väitöskirjatutkimukseen ”Copyright and Private Regulatory Power: Constructing Fair Balance in the Internet Era”
- OTM, LL.M. *Pekka Pohjankoskelle* Helsingin yliopistosta eurooppaoikeuden väitöskirjatutkimukseen ”Union without a Sword: Voercion in Europe’s Federal Constitution”
- OTM *Johanna Sammalmaalle* Turun yliopistosta velvoiteoikeuden väitöskirjatutkimukseen ”Dialog between contracting authorities and potential tenderers during the preparation phase of public procurement – legal and empirical study”

Pienet apurahat väitöskirjatutkimukseen liittyviin tutkijavaihtoihin ulkomaisissa yliopistoissa ja tutkimuslaitoksissa

- OTM *Tellervo Ala-Lahdelle* Helsingin yliopistosta ympäristöoikeuden väitöskirjatutkimukseen ”Innovaatiot, kestävyys ja varovaisuusperiaate – teollisen kestävyysmurroksen oikeudelliset mahdollisuudet” liittyvän tutkimusvierailun kuluihin Helmholtz-Centre for Environmental Research -tutkimuslaitoksessa Leipzigissa 3 500 euroa
- OTM *Miikka Hiltuselle* Helsingin yliopistosta eurooppaoikeuden väitöskirjatutkimukseen ”To Rein in Big Tech”: The Legal Governance of Social Media Platforms in the European Union” liittyvän tutkimusvierailun kuluihin EUI:ssa, Firenzessä 6 000 euroa
- OTM, EMBA *Jaana Kovalaiselle* Lapin yliopistosta hyvinvointioikeuden väitöskirjatutkimukseen ”Oikeusmuotoilulla parempaa sosiaalisten oikeuksien saavutettavuutta ja viranomaispalvelua?” liittyvän tutkijavierailun kuluihin Bolognan yliopistoon 6 000 euroa
- OTM *Otava Pihalle* Helsingin yliopistosta rikosoikeuden väitöskirjatutkimukseen ”Examining the Wrongness of Rape: The theory and implementation of rape legislation in Finland” liittyen osallistuminen kansainväliseen konferens-

siin, ensisij. Association for the Study of Law, Culture, and the Humanities pohjois-Amerikassa 2 850 euroa

– OTM *Laura Sarasojalle* Laura Helsingin yliopistosta oikeussosiologia väitöskirjatutkimukseen ”Oikeuden velkaantunut subjekti” liittyvän tutkijavierailun kuluihin Oñati International Institute for the Sociology of Law -instituuttiin Espanjassa 1 500 euroa

– OTM, VTM *Esko Yli-Hemmingille* Helsingin yliopistosta rikosoikeuden väitöskirjatyöhön ”Creating the Criminal Law’s Person – Critical Theory on Blameworthy Individual and Justification of Punishment” liittyvän tutkijavierailun Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law - instituutissa asumiskustannuksiin 1 200 euroa

Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön apurahat

Tutkimusapurahat (à 24 475 euroa)

– OTM *Oona Alitalolle* (Turun yliopisto) oikeussosiologian väitöskirjatyöhön ”Näkökulmia perheenyhdistämisen toimeentuloedellytykseen ulkomaalaisoikeuden jännitteiden ilmentäjänä”

– MICL *Rosa Maria Vitoria Baptistalle* (Helsingin yliopisto) eläinoikeuden väitöskirjatyöhön ”Animals under a Welfarist Regime”

– OTM *Emmi Kianderille* (Helsingin yliopisto) rikosoikeuden väitöskirjatyöhön ”Turvallisuutta rankaisemalla? Turvallisuus rikosoikeudellisena tavoitteena”

– TaT, OTM, VTM *Suvi Lamminpäälle* (Helsingin yliopisto) kauppaoikeuden väitöskirjatyöhön ”Aineeton varallisuus luovan alan liiketoiminnassa” 16 000 euroa

– MICL *Tuomas Palosaarelle* (Itä-Suomen yliopisto) kansainvälisen oikeuden väitöskirjatyöhön ”Ilmastosiirtolaisuutta koskevan kansainvälisen soft law -sääntelyn vaikutukset” 16 000 euroa

Opintoapurahat

– OTM, KTM *Julia Ahlforsille* (Helsingin yliopisto) tutkijavierailuun KU Leuvenin yliopistossa 6 000 euroa

– OTM, VT *Hanne Hirvoselle* (Helsingin yliopisto) International Association of Penal Law’n kongressin osallistumiskuluihin Italiassa 800 euroa

- OTM *Tuulia Karjalaiselle* (Helsingin yliopisto) tutkijavierailuun Kööpenhaminan yliopistossa väitöskirjatyöhön ”To Process and to Protect: Discourses of Personal Data in the EU General Data Protection Regulation” liittyen 6 000 euroa
- MICL, KTM, DI *Roni Laaksolle* (Helsingin yliopisto) tutkimusvierailuun KU Leuven yliopistossa väitöskirjatyöhön ”Corporate Governance in Systemic Banks: Reducing Risk Appetite and Systemic Risk through the Regulation of Board Governance” liittyen 4 000 euroa
- MSS *Amin Labbafille* (Helsingin yliopisto) 17th Annual Conference of the European Society of International Law -konferenssin osallistumiskuluihin Alan-komaissa 920 euroa
- HM, FM *Sanna Lehtiselle* (Tampereen yliopisto) tutkijavierailuun Davis School of Law, University of California väitöskirjatyöhön ”Drowning Lawscapes: State Responsibility of Future Generations’ Rights to Coastal Heritage” liittyen 6 000 euroa
- OTT, LL.M. (Yale) *Toni Malmiselle* (Tampereen yliopisto) kirjan *Los orígenes intelectuales d – el realismo jurídico* (Tirant Lo Blanch 2021) esittelyyn espanjankielisessä maailmassa, erityisesti Costa Ricassa ja Argentiinassa 4 000 euroa
- OTT *Panu Minkkiselle* (Helsingin yliopisto) tutkijavierailuun Luxemburgin yliopistossa Euroopan unionin tuomioistuimen viestintäkäytäntöjä selvittävään tutkimukseen liittyen 6 000 euroa
- OTT *Tiina Paloniitylle* (Helsingin yliopisto) Association of European Administrative Judges -järjestön seminaarin osallistumiskuluihin Lissabonissa 630 euroa
- OTT *Beatrice Schüttelle* (Helsingin yliopisto) tutkimusvierailuun Uppsalan yliopiston kauppaoikeuden laitokselle post doc -tutkimukseen ”How to Regulate AI-Related Damages Liability in the EU” liittyen 1 400 euroa
- OTM *Sofia Söderholmille* (Helsingin yliopisto) International Association of Penal Law’n kollokvion osallistumiskuluihin Buenos Airesissa 2 348 euroa
- OTM, VTM *Esko Yli-Hemmingille* (Helsingin yliopisto) tutkimusvierailuun Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Freiburg, väitöskirjatyöhön ”Creating the Criminal Law’s Person – Critical Theory on Blameworthy Individual and Justification of Punishment” liittyen 5 500 euroa

Julkaisuapurahat

- OTT, DI *Hannamari Helkelle* väitöskirjan ”Meriturvallisuustutkinta oikeudellisessa kentässä ja sen suhde rikosoikeudellisen vastuun kohdentamiseen” painatuskuluihin 428 euroa
- OTT *Kristian Keskitalolle* (Helsingin yliopisto) väitöskirjan ”Suomen rahan sääntelyn oikeushistoria – raha oikeudellisena maksuvälineenä ennen ja nyt” julkaisukuluihin 1 627 euroa

- OTT *Henna Marjosolalle* (Helsingin yliopisto) väitöskirjan ”Todistajankertomuksen luotettavuus – Henkilötodistelun selvittäminen, vastaanottaminen ja arviointi oikeuspsykologisen tutkimuksen valossa” julkaisukuluihin 2 000 euroa
- OTM (väit.) *Jaakko Markukselle* (Lapin yliopisto) väitöskirjan ”Oikeuksiin pääsy massavahinkotilanteissa. Prosessioikeudellinen tutkimus kollektiivisista oikeussuojakeinoista, erityisesti kanteiden yhteiskäsittelystä” painatuskuluihin 1 875 euroa
- MIR (väit.) *Marta Maronille* (Helsingin yliopisto) väitöskirjan ”The Right to Access the Internet: A Critical Analysis of the Constitutionalization of the Internet” julkaisukuluihin 700 euroa
- OTT, VTM *Tuomas Mattilalle* (Helsingin yliopisto) väitöskirjan ”Yhteistyö tekijänoikeudessa” painatuskuluihin 1 875 euroa
- OTT, KTM, VT *Jussi Päivärinteelle* (Turun yliopisto) väitöskirjan ”Siviiliprosessuaalinen asiavaltuus tekijänoikeuden loukkaustapauksissa” julkaisukuluihin 3 384 euroa
- Dr. iur., OTM *Alina Wernickille* (Helsingin yliopisto) väitöskirjan ”Mechanisms to Enable Follow-On Innovation: Liability Rules vs. Open Innovation Models” julkaisukuluihin 4 161 euroa

Henkilövaihdoksia yhdistyksen hallituksessa

Yhdistyksen puheenjohtaja *Jukka Mähösen* (kuvassa oik.) kolmivuotiskausi on päättymässä, vaalikokous 11.11.2022 valitsi uudeksi puheenjohtajaksi professori *Janne Salmisen* (kuvassa vas.). Erovuorossa olleet hallituksen jäsenet dosentti, asianajaja *Tuomas Lehtinen* ja dosentti, oikeusneuvos *Outi Suviranta* valittiin uudelle kolmivuotiskaudelle. Uutena jäsenenä hallitukseen valittiin professori *Susanna Lindroos-Hovinheimo*.



SLY / Jani Laukkanen

- Aalto-Heinilä, Maija*, FT, dosentti, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto,
maiya.aalto@uef.fi
- Bruun, Niklas*, OTT, professori emer.
- Dahlberg, Maija*, OTT, yliopistonlehtori, Suomen Akatemian tutkijatohtori,
Itä-Suomen yliopisto
- Friman, Johanna*, OTT, dosentti
- Helin, Markku*, OTT, professori emer., markku.helin@utu.fi
- Jaakkola, Jussi*, OTT, FM, tutkijatohtori, Turun yliopisto
- Karhu, Juha*, OTT, professori emer.
- Karkkulainen, Jussi*, OTM, yliopisto-opettaja, Itä-Suomen yliopisto,
jussi.karkkulainen@uef.fi
- Korpiola, Mia*, OTT, professori, Turun yliopisto
- Koskenniemi, Martti*, OTT, professori emer.
- Koskentausta, Lauri*, OTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto
- Kotkas, Toomas*, OTT, professori, Helsingin yliopisto
- Kuisma, Mirka*, OTT, oikeussihteeri, korkein hallinto-oikeus
- Kuuliala, Matti*, OTT, käräjätuomari, Keski-Suomen käräjäoikeus
- Laapas, Mikko*, OTT, VT, KTM, lakimies, Lakiasiantoimisto Mikko Laapas
Oy, mikko.laapas@lmlaki.fi
- Laine, Juhani*, OTT, VT
- Leskinen, Minni*, OTM (väit.), VT, Turun yliopisto
- Lindgren, Juha*, KTT, professori, Vaasan yliopisto, juha.lindgren@uwasa.fi
- Lindroos-Hovinheimo, Susanna*, VTM, OTT, VT, professori, Helsingin yli-
opisto, susanna.lindroos@helsinki.fi
- Lyly, Petra*, KTT, post doc -tutkija
- Lyyra, Mari*, OTT, HTM, KM, sivistysjohtaja, Kajaanin kaupunki,
marijohannalyyra@gmail.com
- Mielityinen, Sampo*, OTT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto, sampo.
mielityinen@uef.fi
- Määttä, Tapio*, OTT, akateeminen rehtori, professori, Itä-Suomen yliopisto,
tapio.maatta@uef.fi
- Niemi, Johanna*, OTT, professori, Helsingin yliopisto
- Niemi, Matti Ilmari*, OTT, professori, Itä-Suomen yliopisto, matti.niemi@uef.fi
- Nieminen, Liisa*, OTT, VTM, dosentti, vanhempi yliopistonlehtori, Helsingin
yliopisto
- Niiniluoto, Ilkka*, FT, kansleri emer., professori emer.
- Rudanko, Jorma*, OTT, oikeusneuvos emer.
- Soirila, Ukri*, OTT, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto, ukri.soirila@helsinki.fi
- Tallgren, Immi*, OTT, dosentti, tutkija, Helsingin yliopisto
- Tapanila, Antti*, OTT, käräjätuomari, Pirkanmaan käräjäoikeus
- Tikkanen, Veli-Matti*, OTM, nuorempi tutkija, Lapin yliopisto
- Tuori, Kaius*, OTT, professori, Helsingin yliopisto

TÄMÄN NUMERON KIRJOITTAJAT

Vuorela, Miikka, OTT, yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto

Vuorenpää, Mikko, OTT, professori, Lapin yliopisto

Väisänen, Tiina, OTT, VT, käräjätuomari, Länsi-Uudenmaan käräjäoikeus

Yli-Hemminki, Esko, OTM, VTM, väitöskirjatutkija, Helsingin yliopisto, esko.
yli-hemminki@helsinki.fi

LAKIMIES

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
AIKAKAUSKIRJA

Toimitus:

Professori
SAKARI MELANDER
Päätoimittaja

Oikeustieteen tohtori
MARJA LUUKKONEN YLI-RAHNASTO
Toimitussihteeri

Oikeustieteen tohtori
ANETTE ALÉN-SAVIKKO
Oikeuskäytäntöosaston
toimittaja

Oikeustieteen tohtori
TIMO SARANPÄÄ
Kirjallisuusosaston
toimittaja

Sadaskahdeskymmenes vuosikerta
2022

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS
Helsinki

Toimitusneuvosto:

EEVA NYKÄNEN
OTT, tutkimusjohtaja

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, asianajaja




MIKA VILJANEN
OTT, apulaisprofessori








Lakimies 2022

Artikkeleita

Artikel • Articles


- Aalto-Heinilä, Maija*: Laintulkinnan objektiivisuus episteemisten riskien hallinnan näkökulmasta 1031 
- Die Objektivität der Gesetzesauslegung aus dem Blickwinkel der Kontrolle epistemischer Risiken*
- Legal interpretation and the risk account of scientific objectivity
- Aine, Antti – Nurmi, Veli-Pekka – Valtonen, Vesa*: Oikeuden resilienssi, perusoikeudet ja kokonaisturvallisuus 841 
- Die Resilienz des Rechts, Grundrechte und die Gesamtsicherheit*
- Legal resilience, fundamental rights, and comprehensive security
- Autio, Anna-Liisa – Ervo, Laura*: Pandemian ja digitalisaation vaikutukset kärjäoikeuksien toimintaan..... 701 
- Die Auswirkungen der Pandemie und der Digitalisierung auf die Tätigkeit der Amtsgerichte*
- The Covid pandemic and digitalisation: Effects in the lower courts
- Dahlberg, Maija*: Asiantuntijainstituutio perustuslakivaliokunnassa – valtiosääntöoikeudellisen asiantuntijavallan taustaa, muotoja ja kipukohtia..... 1052 
- Sachkundigeninstitution im Verfassungsausschuss – Hintergrund, Formen und Schmerzpunkte der Macht von verfassungsrechtlichen Sachkundigen*
- Expert evidence in the Constitutional Law Committee of the Parliament of Finland – Background, forms, and problems of the authority of constitutional law experts
- Dahlberg, Maija – Harjuniemi, Timo*: Poliitiikan ”kuninkaantekijä” – politiikan journalismin suhde eduskunnan perustuslakivaliokuntaan 265 
- ”Königsmacher” der Politik – das Verhältnis des politischen Journalismus zu dem Verfassungsausschuss des Parlaments*
- The ”kingmaker” of politics – The relationship between political journalism and the Constitutional Law Committee of the Parliament of Finland
- Hietala, Elsa – Korpiola, Mia*: ”Nyt en jaksa enää kirjoittaa, olen niin väsynyt paljosta työstä.” – Suomalaisen kihlakunnantuomarin arki 1800-luvun puolivälissä Gabriel Wegeliuksen kirjeissä (1844–1860) 6 
- Der Alltag eines finnischen Amtsgerichtsrichters um die Mitte des 19. Jahrhunderts in Gabriel Wegelius Briefen (1844–1860)*
- “Now I can write no longer, I am so tired from working” – Life of a rural judge in Finland in the mid-19th Century, in the letters of Judge Gabriel Wegelius

Hietanen, Ari: Tekoäly keksijänä	874	
<i>Künstliche Intelligenz als Erfinder</i>		
Artificial intelligence as inventor		
Hirvonen, Hanne: Virkavastuu ja päätösaunomaatio – vastuun henkilökohtaisuus kriisissä?.....	386	
<i>Amtshaftung und die Automatisierung der Beschlussfassung – die persönliche Verantwortlichkeit in der Krise?</i>		
Official accountability and automated decision-making – Is the personal responsibility of public officials in a crisis?		
Huhta, Eetu – Huuhtanen, Joonas: Tekijänoikeuden yhteishallinnointi ja sopimusehtojen kohtuullisuus	899	
<i>Co-Management von Urheberrechten und die Billigkeit der Vertragsbedingungen</i>		
Collective copyright management and fairness of contract terms		
Hyvönen, Katja: Tasinkoprivilegin suojavaikutus ja osituksen moite	290	
<i>Schutzwirkung des Ausgleichsprivilegs und Anfechtung der Auseinandersetzung</i>		
Surviving spouse's retention privilege in the distribution of matrimonial assets and its effectiveness during court proceedings		
Junni, Jussi: Työaikalain soveltaminen Suomen evankelis-luterilaisen kirkon hengellisessä työssä.....	419	
<i>Die Anwendung des Arbeitszeitgesetzes bei der geistlichen Arbeit der Finnischen evangelisch-lutherischen Kirche</i>		
Application of the Working Time Act in the spiritual work of the Evangelical-Lutheran Church of Finland		
Karhu, Juha: Varallisuusoiikeuden huomen	1085	
<i>Die Zukunft des Vermögensrechtes</i>		
The Future of Property Law		
Karkkulainen, Jussi: Tavoitetahallisuus – tunnusmerkistön mukainen olosuhde rikoksenteikijän tavoitteena	444	
<i>”Umstandsvorsatz” – tatbestandsmäßiger Umstand als Ziel des Täters</i>		
Target intent as a theory of volition on the constituent elements of a criminal offence		
Karkkulainen, Jussi – Mielityinen, Sampo: Luova, luovempi, oikeustiede?	1105	
<i>Kreativ, kreativer, Rechtswissenschaft?</i>		
Creative, more creative, jurisprudence?		
Kempinen, Heikki: Rangaistuksen mittaaminen ja rangaistusarvo....	729	
<i>Strafzumessung und Strafwert</i>		
Sentencing and penal value		

Koskenniemi, Martti: Mistä oikeustieteessä on kysymys?	1016
<i>Worum geht es in der Rechtswissenschaft?</i>	
What is jurisprudence all about?	
Koskentausta, Lauri: Oikeuskirjallisuuden roolista perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnassa	1133 
<i>Die Rolle juristischer Literatur in der Beschlussfassung des Verfassungsausschusses</i>	
Role of legal literature in the decision-making of the Constitutional Law Committee of the Parliament of Finland	
Kurvinen, Evgeniya: Sijaintitietojen käsittely työnjohdollisessa ja työsuojelullisessa tarkoituksessa	467 
<i>Die Behandlung von Standortinformationen zum Zweck der Arbeitsleitung und des Arbeitsschutzes</i>	
Processing of location data in employment	
Laurikainen-Klami, Rosanna: Urakkasopimussuhteiden ongelmakohdat ja funktionaalinen sopimusteoria niiden ymmärtämisessä	33 
<i>Die Probleme von Akkordverträgen und der Beitrag der funktionalen Vertragstheorie zu ihrem Verständnis</i>	
Problems in contractual relationships in the construction sector and functional contract theory	
Leskinen, Minni: <i>De lege ferenda</i> -tutkimuksesta metodina ja tieteenä	1158 
<i>De lege ferenda-Forschung als Methode und Wissenschaft</i>	
Research <i>de lege ferenda</i> as a method and a discipline	
Lindroos-Hovinheimo, Susanna: Toistuvia pettymyksiä: pohdintaa perustuslain tulkinnan vaikeudesta	1186 
<i>Wiederholte Enttäuschungen: Überlegungen über die Schwierigkeit der Auslegung des Grundgesetzes</i>	
Recurring disappointments: The difficulties of interpreting the Constitution	
Lindroos-Hovinheimo, Susanna: Yksityisyyttä vai avoimuutta? Tietosuojan vaikutus julkisuusperiaatteeseen	749 
<i>Privatsphäre oder Offenheit? Der Einfluss des Datenschutzes auf das Öffentlichkeitsprinzip</i>	
Privacy or openness? The impact of data protection on the right of access to information	
Luoto, Lauri: Itsestään ajavat autot ja rikosoikeudellinen vastuu	927 
<i>Selbstfahrende Autos und strafrechtliche Verantwortung</i>	
Self-driving cars and criminal liability	

- Muukkonen, Matti:** Järjestämistä vastuu ja palvelujen laadun valvonta – erityistarkastelussa tehostettu palveluasuminen 312 
- Organisationsverantwortung und die Qualitätskontrolle von Dienstleistungen – besonders angehend intensiviert stationär betreutes Wohnen*
Responsibility for public service arrangement and quality control – With a focus on housing services
- Niemi, Matti Ilmari:** Lainopillisen tiedon erityisluonteesta 1209 
- Über den besonderen Charakter des rechtsdogmatischen Wissens*
The specific nature of legal knowledge
- Nieminen, Liisa:** Lasten tahdonvastaista huostaanottoa koskevan päätöksentekojärjestelmän uudistaminen – ”mission impossible”? 59 
- Die Umgestaltung des Entscheidungsfindungssystems angehend die erzwungene Inobhutnahme von Kindern – ”Mission Impossible”?*
Reform of the decision-making process concerning the taking of a child into care involuntarily – “mission impossible”?
- Niiniluoto, Ilkka:** Lainoppi vs. oikeustiede: turha riita? 1012
- Rechtsdogmatik vs. Rechtswissenschaft: ein zweckloser Streit?*
Legal dogmatics v jurisprudence: a pointless disagreement?
- Pesu, Jarkko:** Innovaatiokumppanuus ja valtiontuki 487 
- Innovationspartnerschaft und staatliche Beihilfe*
Innovation partnerships and state aid
- Savola, Pekka:** Valitusluvasta ja yksilöllisen oikeusturvan toteutumisesta hallintoprosessissa 341 
- Über Beschwerdeerlaubnis und die Erfüllung des individuellen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess*
Leave to appeal and individual due process rights in administrative court procedure
- Savolainen, Hanna:** Sähköinen allekirjoitus ja muotomääräys – tarkastelussa maakaaren säännös valtakirjasta 96 
- Elektronische Unterschrift und Formvorschrift – ein Blick auf die Regelung über Vollmacht im Gesetz über Immobilien*
Electronic signatures and form requirements – The provision on powers of attorney in the Code of Real Estate
- Sormunen, Milka:** Järjestelmä, oikeudelliset reunaehdot vai järjestelmään kohdistuvat odotukset? EU:n turvapaikkajärjestelmän vanhentumisen kolme tasoa 513 
- System, rechtliche Rahmenbedingungen oder Systembezogene Erwartungen? Drei Ebenen der Verjährung des EU-Asylsystems*
System, legal framework, or expectations? The three levels of obsolescence of the EU asylum system

<i>Tallgren, Immi – Korpiola, Mia – Niemi, Johanna: Näkyväksi? Sukupuoli ja itseymmärrys oikeudessa, sen ammateissa ja tutkimuksessa</i>	1232	📖
<i>Sichtbar werdend? Geschlecht und Selbstverständnis im Recht, in rechtlichen Berufen und in rechtlicher Forschung</i>		
Becoming visible? Sex/gender and self-understanding in law, its professions and its research		
<i>Tapanila, Antti: Tutkijana ja tuomarina</i>	1261	📖
<i>Als Forscher und als Richter</i>		
A researcher and a judge		
<i>Taponen, Jari: Tutkimus poliisin vaikutuksista rikollisuuteen vuosina 1970–2020</i>	118	📖
<i>Der Einfluss der Polizei auf die Kriminalität, 1970–2020</i>		
Effects of policing on crime in 1970–2020		
<i>Telaranta, Kari – Neuvonen, Riku: Oikeudesta kameravalvonnan tallenteisiin – empiirinen tarkastelu kansallisen ja EU:n oikeuden soveltamisesta</i>	774	📖
<i>Über das Recht auf die Aufnahmen der Kameraüberwachung – eine empirische Untersuchung der Anwendung von nationalem und EU-Recht</i>		
Access to CCTV footage: An empirical study of national and EU law		
<i>Tikkanen, Veli-Matti – Yli-Hemminki, Esko: Lainopillinen ja monitieteinen tulkinta tieteenrajat ylittävissä lain käsitteissä</i>	1285	📖
<i>Rechtsdogmatische und multidisziplinäre Auslegung von wissenschaftsübergreifenden rechtlichen Begriffen</i>		
Doctrinal and multidisciplinary interpretation in cross-disciplinary legal concepts		
<i>Vatjus-Anttila, Jalo: Syyteneuvottelun soveltamisalan rajoitukset yleisen ja yksityisen edun kannalta</i>	543	📖
<i>Begrenzungen des Geltungsbereiches der Verständigung im Strafverfahren in Bezug auf öffentliches und privates Interesse</i>		
Limitations of the scope of application of plea bargaining from the points of view of public and private interest		
<i>Vuorela, Miikka – Määttä, Tapio: Oikeustieteen professuurien nimikkeet oikeustieteen itseymmärryksen kuvastajina</i>	1305	📖
<i>Die Titel der rechtswissenschaftlichen Professuren als Spiegelbilder des rechtswissenschaftlichen Selbstverständnisses</i>		
Titles of Law Professorships as reflections of the self-understanding of jurisprudence		

Widlund, Joonas: Tiedonvaihdon luottamusperiaate kansainvälisessä tiedustelu-yhteistyössä.....	570	
<i>Das Vertrauensprinzip bei dem Informationsaustausch in internationaler nachrichtendienstlicher Zusammenarbeit</i>		
The principle of originator control in international intelligence co-operation		

Katsauksia ja pienempiä kirjoituksia

Rundschau und kleinere Schriften • Reviews and Smaller Writings

Friman, Johanna: Sodan lait ja hiljaisuus	1348
<i>Gesetze des Krieges und Stille</i>	
Laws of war and silence	
Halila, Heikki: Oikeustutkimus 2021 -seminaarin avajais-sanat	143
<i>Die Eröffnungsworte des Rechtsforschung 2021-Seminars</i>	
Opening remarks at the Legal Research 2021 Seminar	
Helin, Markku: Yhtenäinen vai pirstoutuva oikeus.....	147
<i>Einheitliches oder zersplitterndes Recht</i>	
Unitary law or fragmenting law	
Häyhä, Juha: Oikeudenalajaotus ja lainkäyttäjän tarpeet	155
<i>Rechtsgebietseinteilung und die Bedürfnisse des Rechtssprechers</i>	
Categorisation of legal fields and the needs of the adjudicator	
Kaisto, Janne: Muuttuvat oikeudenalat, muuttuvat yleiset opit	167
<i>Veränderliche Rechtsgebiete, veränderliche allgemeine</i>	
Changing legal fields, changing general principles	
Karhu, Juha: Oikeudenalaluokitus konventiona	174
<i>Rechtsgebetsklassifikation als Konvention</i>	
Categorisation of legal fields as a matter of convention	
Koskenniemi, Johannes: Papyrukset oikeushistorian lähteinä – esimerkkinä turkulainen anomuskirjelmä vuodelta 151 eKr.....	596
<i>Papyri als Quellen der Rechtsgeschichte – als Beispiel eine Bittschrift aus dem Jahr 151 v. Chr. aus der Turku-Sammlung</i>	
<i>Papyri as sources of legal history – a look into a petition letter from Turku from 151 BC</i>	

Koskenniemi, Martti: Sodan säännöt – rauhan oikeus. Mietteitä väkivallan historiasta	1343
<i>Regeln des Krieges – Recht des Friedens. Gedanken über die Geschichte der Gewalt</i>	
Laws of war – justice of peace. Some thoughts on the history of violence	
Kuisma, Mirka: Euroopan unionin tuomioistuimen laintulkinnan muutoksista ja tietämisen vaikeudesta tuomioistuintutkimuksessa	1337
<i>Über die Änderungen der Gesetzesauslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union und die Schwierigkeit des Wissens in der Gerichtshofforschung</i>	
Changes of interpretation in the Court of Justice of the European Union and epistemic difficulties of judicial research	
Kulmala, Samuli: Oikeuden väärinkäytön kielto ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 17 artikla.....	605
<i>Verbot von Rechtsmissbrauch und Artikel 17 der Europäischen Menschenrechtskonvention</i>	
Prohibition of the abuse of rights and Article 17 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms	
Kurki, Visa: Eläinoikeudesta oikeudenalana.....	178
<i>Über das Tierrecht als Rechtsgebiet</i>	
Animal law as a legal field	
Laine, Juhani: Tutkijan ja tuomarin tiedonintressien sekä sääntelykohteen intressien jännitteitä osakeyhtiöoikeudessa.....	1363
<i>Die Spannungen im Aktiengesellschaftsrecht zwischen den Wissensinteressen des Forschers und Richters und den Interessen des Regelungsobjektes</i>	
Tensions between the epistemic interests of research and adjudication and the interests of the regulated in Company Law	
Lyly, Petra: Veropoliittinen tutkimus esimerkkinä monitieteisestä oikeustutkimuksesta.....	1373
<i>Steuerpolitische Forschung als Beispiel multidisziplinärer Rechtsforschung</i>	
Tax policy research as an example of multidisciplinary legal research	
Muukkonen, Matti: Viranhaltijat kunnan omistajaohjauksen välineinä – oikeudellisista ongelmista	949
<i>Amtsinhaber als Mittel der kommunalen Inhabergeführung – über die rechtlichen Probleme</i>	
Municipal officials as conduits for corporate governance –Some legal issues	
Nieminen, Liisa: Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimuseettinen ymmärrys ja sen mahdolliset ongelmakohdat.....	1383

<i>Das forschungsethische Verständnis in rechtswissenschaftlicher Forschung und dessen mögliche Probleme</i>	
<i>The perception of research ethics in legal research and its possible issues</i>	
Norros, Olli: Voiko sijoitusrahaston osuusrekisterin sisältö olla liikesalaisuus?	800
<i>Kann der Inhalt des Anteilregisters eines Investmentfonds ein Betriebsgeheimnis sein?</i>	
<i>Can the investor register of an investment fund be a business secret?</i>	
Oker-Blom, Max – Aalto-Setälä, Minna: Yhdenmukaistetut tupakkapakkaukset ja Suomi	813
<i>Vereinheitlichte Zigarettenschachteln und Finnland</i>	
<i>Uniform tobacco packaging and Finland</i>	
Paloniitty, Tiina: Kestävyysoikeus: oikeudenala, temaattinen kokonaisuus vai jotain muuta?	182
<i>Nachhaltigkeitsrecht: Rechtsgebiet, thematische Gesamtheit oder etwas anderes?</i>	
<i>Sustainability law: Legal field, thematic concept, or something completely different?</i>	
Sandvik, Björn: Ympäristövahinkolain sovellettavuudesta irti päässestä tulesta aiheutuneeseen vahinkoon (palamisvahinkoon)	963
<i>Die Anwendbarkeit des Umweltschadengesetzes bei Schaden wegen ausgebrochenem Feuer (Brandschaden)</i>	
<i>On the application of the Act on Compensation for Environmental Damage in case of damage caused by fire</i>	
Sankari, Suvi – Koulu, Riikka – Hakkarainen, Jenni: Digitaalinen oikeus tutkimuksen kohteena	185
<i>Digitales Recht als Forschungsobjekt</i>	
<i>Digitalisation law as a field of research</i>	
Soirila, Ukri: Kansainvälisen oikeusjärjestelmän haasteet sotatilanteissa: Venäjän hyökkäyssota Ukrainaa vastaan kansainvälisissä tuomioistuimissa	1354
<i>Die Herausforderungen des internationalen Rechtssystems in Kriegssituationen: der russische Angriffskrieg gegen die Ukraine in internationalen Gerichtshöfen</i>	
<i>When war challenges the international legal system: Russia's attack on Ukraine in international courts</i>	
Tuori, Kaius: Oikeushistorian nykyiset merkitykset: Puhe Oikeuskulttuurin päivässä	1332
<i>Heutige Bedeutungen der Rechtsgeschichte: Rede am Tag der Rechtskultur</i>	
<i>Current meanings of legal history: Speech at the Oikeuskulttuurin päivä</i>	

Väitöksiä

Dissertationen • Dissertations

<i>Laapas, Mikko</i> : Itsekriminointisuoja vero-oikeudessa	1410
<i>Laapas, Mikko</i> : Itsekriminointisuoja vero-oikeudessa – erityisesti tehokkaan verotusmenettelyn sekä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. (<i>Mikko Vuorenpää ja Juha Lindgren</i>).....	1415
<i>Lyyra, Mari</i> : Kohti yhteensopivaa tulkintaa	1427
<i>Lyyra, Mari</i> : Kohti yhteensopivaa tulkintaa – Liikkeenluovutuksen tunnistaminen, oikeusvaikutukset ja EU-oikeuden tulkintavaikutus (<i>Niklas Bruun</i>).....	1432
<i>Marjosola, Henna</i> : Todistajankertomuksen luotettavuus. Henkilötodistelun selvittäminen, vastaanottaminen ja arviointi oikeuspsykologisen tutkimuksen valossa.....	192
<i>Marjosola, Henna</i> : Todistajankertomuksen luotettavuus. Henkilötodistelun selvittäminen, vastaanottaminen ja arviointi oikeuspsykologisen tutkimuksen valossa (<i>Minna Gräns</i>).....	197
<i>Mattila, Tuomas</i> : Yhteistyö tekijänoikeudessa. Tutkimus alkuperäisestä tekijänoikeuden haltijasta yhteistyöhön ja yhteisöllisyyteen perustuvissa luovissa prosesseissa	623
<i>Mattila, Tuomas</i> : Yhteistyö tekijänoikeudessa. Tutkimus alkuperäisestä tekijänoikeuden haltijasta yhteistyöhön ja yhteisöllisyyteen perustuvissa luovissa prosesseissa (<i>Juha Vesala</i>)	631
<i>Päivärinne, Jussi</i> : Siviiliprosessuaalinen asiavaltuus tekijänoikeuden loukkaustapauksissa	977
<i>Päivärinne, Jussi</i> : Siviiliprosessuaalinen asiavaltuus tekijänoikeuden loukkaustapauksissa (<i>Marcus Norrgård</i>)	983
<i>Raitasuo, Santtu</i> : Oikeustiedettä vai asianajoa? Kriittisiä näkökulmia vero-oikeuden tutkimukseen	990
<i>Raitasuo, Santtu</i> : Oikeustiedettä vai asianajoa? Kriittisiä näkökulmia vero-oikeuden tutkimukseen (<i>Anne Alvesalo-Kuusi – Matti Urpilainen</i>)	995
<i>Vähätalo, Tuukka</i> : Eurooppaoikeus ja kansallisen tuomion lopullisuus. Tutkimus Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja EU-oikeuden vaikutuksista niiden kanssa ristiriitaisten kansallisten tuomioiden lopullisuuteen.....	638
<i>Vähätalo, Tuukka</i> : Eurooppaoikeus ja kansallisen tuomion lopullisuus. Tutkimus Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja EU-oikeuden vaikutuksista niiden kanssa ristiriitaisten kansallisten tuomioiden lopullisuuteen (<i>Allan Rosas</i>)	642
<i>Väisänen, Tiina</i> : Eläkkeet avioero-osituksessa.....	1436
<i>Väisänen, Tiina</i> : Eläkkeet avioero-osituksessa. Tutkimus lakisäateisten työeläkeoikeuksien merkityksestä avioeron jälkeen toimitettavassa omaisuuden osituksessa. (<i>Markku Helin</i>)	1442

Oikeuskäytäntöä

Rechtsprechung • Legal Cases

KHO 2021:140 – Onko ylioppilaskunnan pakkojäsenyys perustuslain vastainen? (<i>Otto Meri ja Matti Muukkonen</i>).....	210
KHO 2021:110 – Digitaalisen palvelun toiminnallisuudet ja sähköisen asiakirjan lähettäminen määräajassa (<i>Tomi Voutilainen</i>)	222
KKO 2021:89 – Ylimääräinen muutoksenhaku – Tuomion purkaminen riita-asiassa Vahingonkorvaus – Korvattava vahinko (<i>Tuula Linna</i>)	235
Oikeustapauskommentti KHO 2022:43 – Perustuslain 107 §:n mukainen ristiriita vai yhdenvertaisuuslain 15 §:n mukaisten kohtuullisten mukautusten soveltamistilanne? (<i>Toomas Kotkas</i>)	1452
Parvekemetodi todistusharkintateoriana – Uutta vai vanhaa uudessa leilissä? (<i>Jorma Rudanko</i>)	1458
Rikossäännösten oikeushyvälottuvuus lainkonkurrenssiarvioinnissa korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön valossa (<i>Jenna Piippo</i>)	645
Yhdysvaltain korkein oikeus tapauksessa <i>Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization</i> , No. 19–1392, 597 U.S. (2022) – Yhdysvaltain perustuslaki ei turvaa oikeutta aborttiin (<i>Toni Malminen</i>).....	824

Kirjallisuutta

Literatur • Literature

Jonkka, Jaakko: Oikeusvaltion puolesta. Emeritusoikeuskanslerin puheenvuoroja (<i>Raimo Siltala</i>)	669
Koulu, Riikka – Koulu, Risto – Koulu, Sanna: Tuomarin roolit tuomioistuimissa (<i>Mirjami Paso</i>)	674
Leino-Sandberg, Päivi: The Politics of Legal Expertise in EU-Policy-Making (<i>Olli Mäenpää</i>)	243
Luukkonen Yli-Rahnasto, Marja: Reklamaatiovelvollisuus (<i>Ari Saarnilehto</i>)	247
Norros, Olli – Kisanlahti, Timo: Vahingonkorvaus arvopaperimarkkinoilla. Liikkeeseenlaskijan tiedonantovirhe. (<i>Sakari Sedbom</i>).....	368
Runesson, Anton: Blod, kött och tårar. Kroppslig erfarenhet i Sverige, ca 1600–1750. (<i>Mia Korpiola</i>)	375
Tapanila, Antti: Siviiliprosessi (<i>Matti Kuuliala</i>)	1467
Toebe, Brigit – Hartlev, Mette – Hendriks, Aart – Cathaoir, Katharina Ö – Rothmar Herrmann, Janne – Sinding Aasen, Henriette: Health and Human Rights. Global and European Perspectives. (<i>Liisa Nieminen</i>)	1001
Wilkinson, Michael A.: Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe (<i>Jussi Jaakkola</i>).....	1472
Toimitukselle saapunutta kirjallisuutta.....	254, 679, 1004

Keskustelua

Diskussion • Discussion

<i>Kuusiniemi, Kari</i> : Lastensuojelun päätöksentekojärjestelmän uudistaminen ja korkein hallinto-oikeus	680
--	-----

Personalia

Jaakko Jonkka in memoriam (<i>Raimo Lahti</i>)	255
Matti Pellonpää in memoriam (<i>Päivi Hirvelä</i> ja <i>Arto Kosonen</i>)	258

Ajankohtaista

Aktuelle Nachrichten • Current Issues

Henkilövaihdoksia yhdistyksen hallituksessa	1484
Lukijalle (<i>Sakari Melander</i>)	1011
Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiön apurahat	1482
Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen toimintakertomus 2021, tase ja tuloslaskelma 31.12.2021	684
Tämän numeron kirjoittajat	261, 380, 695, 836, 1004, 1485
Vuoden 2022 palkinnot ja apurahat	1477

Vuosikerran 2022 numeroiden sisällysluettelot

3 (n:o 1), 263 (n:o 2), 383 (n:o 3–4), 699 (n:o 5), 839 (n:o 6), 1007 (n:o 7–8)

Kirjoittajat

Aalto-Heinilä Maija	1031
Aalto-Setälä Minna	813
Aine Antti	841
Alvesalo-Kuusi Anne	995
Autio Anna-Liisa	701
Bruun Niklas	1432
Dahlberg Maija	265, 1052
Ervo Laura	701
Friman Johanna	1348
Gräns Minna	197
Hakkarainen Jenni	185
Halila Heikki	143

Harjuniemi Timo	265
Helin Markku	147, 1442
Hietala Elsa	6
Hietanen Ari	874
Hirvelä Päivi	258
Hirvonen Hanne	386
Huhta Eetu	899
Huuhtanen Joonas	899
Hyvönen Katja	290
Häyhä Juha	155
Jaakkola Jussi	1472
Junni Jussi	419
Kaisto Janne	167
Karhu Juha	174, 1085
Karkkulainen Jussi	444, 1105
Kemppinen Heikki	729
Korpiola Mia	6, 375, 1232
Koskenniemi Johannes	596
Koskenniemi Martti	1016, 1343
Koskentausta Lauri	1133
Kosonen Arto	258
Kotkas Toomas	1452
Koulu Riikka	185
Kuisma Mirka	1337
Kulmala Samuli	605
Kurki Visa	178
Kurvinen Evgeniya	467
Kuuliala Matti	1467
Kuusiniemi Kari	680
Laapas Mikko	1410
Lahti Raimo	255
Laine Juhani	1363
Laurikainen-Klami Rosanna	33
Leskinen Minni	1158
Lindgren Juha	1415
Lindroos-Hovinheimo Susanna	749, 1186
Linna Tuula	235
Luoto Lauri	927
Lyly Petra	1373
Lyyra Mari	1427
Malminen Toni	824
Marjosola Henna	192
Mattila Tuomas	623
Meri Otto	210
Mielityinen Sampo	1105
Muukkonen Matti	210, 312, 949
Mäenpää Olli	243
Määttä Tapio	1305
Neuvonen Riku	774
Niiniluoto Ilkka	1012

Niemi Johanna	1232
Niemi Matti Ilmari	1209
Nieminen Liisa.....	59, 1001, 1383
Norrgård Marcus	983
Norros Olli	800
Nurmi Veli-Pekka	841
Oker-Blom Max	819
Paloniitty Tiina	182
Paso Mirjami	674
Piippo Jenna	645
Pesu Jarkko	487
Päivärinne Jussi	977
Raitasuo Santtu	990
Rosas Allan	642
Rudanko Jorma	1458
Saarnilehto Ari	247
Sandvik Björn	963
Sankari Suvi	185
Savola Pekka	341
Savolainen Hanna	96
Sedbom Sakari	368
Siltala Raimo	669
Soirila Ukri	1354
Sormunen Milka	513
Tallgren Immi	1232
Tapanila Antti	1261
Taponen Jari	118
Telaranta kari	774
Tikkanen Veli-Matti	1285
Tuori Kaius	1332
Urpilainen Matti	995
Valtonen Vesa	841
Vatjus-Anttila Jalo	543
Vesala Juha	631
Voutilainen Tomi	222
Vuorela Miikka	1305
Vuorenpää Mikko	1415
Vähätalo Tuukka	638
Väisänen Tiina	1436
Widlund Joonas	570
Yli-Hemminki Esko	1285

Lakimies-keskustelutilaisuus

Oikeustieteen itseymmärrys

ti 17.1.2023 klo 17.00–19.00

Tieteiden talo, Kirkkokatu 6, sali 104
Kahvitarjoilu klo 16.30 alkaen.

Lisätietoja www.lakimiesyhdistys.fi.
Sitovat ilmoittautumiset tilaisuuteen kotisivulla
www.lakimiesyhdistys.fi olevan linkin kautta
viimeistään ke 11.1.2023. Tilaisuutta voi seurata
myös etäyhteydellä.

Tervetuloa!